

LAS DEFICIENCIAS LÓGICAS Y ONTOLÓGICAS DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN TÍPICOS, ATÍPICOS Y MIXTOS

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Doutorando em Direito da Universidade de Buenos Aires - UBA

Mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC

Juiz Federal

1. INTRODUCCIÓN

Se suele afirmar que las clasificaciones en derecho están vacías de significación, porque muchas veces no respetan el rigor lógico necesario. Esto es, porque no son realizadas observando ciertas reglas de consistencia racional, o bien porque no sirven para agrupar o congregiar clases de hechos, normas o, primordialmente, categorías jurídicas. De esta forma, ingresan libremente en el universo del Derecho una ola de conceptos e institutos que, en esencia, nada dicen o, lo que es mucho peor, solo sirven para introducir una confusión sistemática en el discurso jurídico.

Un ejemplo conocido de ello es la recurrente categoría “de los derechos-deberes”, de empleo tan común en la doctrina y que, no obstante constituye una contradicción neta, por agregar nociones lógicas de coexistencia inadmisibles.

Como acontece con la mencionada categoría, otras tantas no resisten un análisis más profundo. No es necesario una extensa explicación para demostrar cuán desastrosas son tales clasificaciones para el desarrollo de la ciencia del Derecho. Es común, de hecho, que sus críticos apunten a la variedad y a la carencia de sentido lógico en las taxonomías utilizadas por los juristas, como una de las más importantes debilidades de esta rama del conocimiento humano que aún pelea por afirmar su condición de ciencia.

En el presente trabajo se tomara por base una de las más tradicionales clasificaciones concernientes al derecho de los contratos, y se intentará argumentar que la misma no resiste a un análisis lógico detenido.

El marco teórico que servirá de objeto para la presente investigación es aquel que divide a los contratos en típicos, atípicos y mixtos. Por ende, con el mencionado examen se intentará demostrar que esa clasificación, desde un punto de vista lógico, se agotará con la división de los contratos en típicos y atípicos, representando el término mixto un *nonsense* racional.

Para concluir, se propondrá una nueva clasificación, en la cual, como se mencionó, serán excluidos los contratos mixtos tal como son hoy concebidos e incorporadas otras clases o grupos de convenciones.

2. DESARROLLO

2.1. EL PROBLEMA DE LAS CLASIFICACIONES EN DERECHO

La actividad de clasificación es elemental en cualquier ciencia. En la biología, es famosa la clasificación de la vida hecha por Lineus siglos atrás. En la química, los elementos están agrupados bajo una tabla, denominada periódica. Y así, hay innumerables ejemplos, en la sociología, la psicología, etc.

En todos los casos se busca adoptar un criterio cualquiera que ayude al científico a comprender y a explicar la parcela de la realidad que es objeto de su estudio. Para eso, deberá partir de ciertos padrones teóricos que son tomados justamente para permitir un agrupamiento de hechos, cosas o datos bajo ellos. Estas son las denominadas *categorías*.

Así, el fenotipo humano puede, por ejemplo, ser considerado a través de ciertos criterios distintivos como el color de la piel, la altura o la densidad de sus pelos. Por ende, habrán hombres negros y blancos, bajos y altos, peludos y lisos.

Naturalmente, una clasificación no es un compartimiento estanco y, por lo tanto, pueden penetrar subespecies o sub-ramas en los esquemas propuestos. Por ejemplo, entre los hombres blancos y negros puede ser que la observación perciba la existencia de otras categorías, como serán, las de los que tengan el color de la piel con tonalidad rubia o amarilla.

Entre tanto, es importante anotar que tales subdivisiones no pueden contener contradicciones internas. Sería, así, posible hablar de hombres altos (los que miden más que un metro noventa, por ejemplo), bajos (los que miden me-

nos de un metro setenta) y medianos (los demás entre un metro setenta y un metro noventa). Pero jamás sería posible hablar de un hombre alto-bajo, lo que representaría una contradicción neta.

Claro está que la necesidad de subdivisiones es una consecuencia directa del estado del arte de la ciencia. Cuanto más evolucionada la ciencia, más agregará explicaciones detalladas acerca de los hechos y, de esa forma, requerirá clasificaciones más precisas o extensas, siempre con el cuidado de no englobar conceptos entre si contrarios.

Los teóricos del derecho, los juristas, también están acostumbrados a hacer clasificaciones. Entre tanto, como en la ciencia del Derecho no hay cómo proceder a la verificación experimental de los enunciados normativos, sólo queda el rigor de la lógica como instrumental para conferir un mínimo de seguridad a sus taxonomías.

No obstante, tal circunstancia en nada sensibiliza a los juristas, quienes insisten en aprovechar la imposibilidad de contrastación empírica de sus fórmulas no para frenar sus ímpetus artísticos, sino contrariamente para, casi sin pudor, presentar una panacea de clasificaciones para todos los gustos, paladares y sensaciones.

Roberto José Vernengo, tomando como verdadera la crítica de Leibniz, por la cual la labor teórica de los juristas consiste en elaborar complicadas e inútiles clasificaciones, descarga una severa censura a las clasificaciones comúnmente hechas en Derecho que no tienen, en general, rigor lógico y, por eso mismo, resultan vagas y sin valor científico:

“Pero suponiendo que se trate de cierta clase de enunciados normativos, es claro que su clasificación puede efectuarse desde distintos puntos de vistas y tomando en cuenta diversos elementos componentes. Para una clasificación puramente lógica, las modalidades normativas utilizadas – prohibiciones, deberes y facultades – constituyen una partición suficiente, pero cuál sea la lógica modal deóntica a la que se recurre puede ocasionar divergencias en la taxonomía: así se encuentran en la literatura dogmática referencias a derechos-deberes, como sucede con algunos de los derechos humanos consagrados por documentos internacionales y muchas constituciones. Piénsese en el derecho al nombre o en derecho a la personalidad jurídica. Tal caracterización es, en principio, contradictoria y no define un conjunto interesante de datos (normas), toda vez que suscita

consecuencias triviales. No se trataría de una taxonomía aceptable. Parece, pues, que una labor importante de la ciencia del derecho y de su teoría general presupuesta es establecer criterios de clasificación teóricamente adecuados”¹.

La violación de varias reglas de la Ontología y de la Lógica produce, casi siempre, la introducción de tipos taxonómicos extravagantes como los que se suele denominar de *ecléticos*, *mixtos* o de *tercius genus*. Es decir, son agrupados en un mismo concepto términos entre sí contrarios.

Eso se hace con olvido de la regla que la Lógica clásica denomina como el principio del tercer excluido (*tertium exclusum ou tertium no datur*), que enuncia que entre dos proposiciones que juntas forman una contradicción no hay una tercera posibilidad (*inter duo contradictoria non este médium*). Es decir, la tercera está excluida. Así *o A es B o A no es B* (o bien *P* es verdadera, o bien su negación $\neg P$ lo es).

Esa regla se supone en conjunto con los principios de la contradicción y de la identidad, que en resumen establecen las bases de la Lógica tradicional, y genera como consecuencia ontológica el hecho de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, como explican los filósofos desde Aristóteles.

Es decir, si un enunciado significa algo no puede significar, al mismo tiempo, lo contrario de lo que indica, pero también ya no admite la creación de una fórmula *mixta*, que se agregue a ambas, ya que ellas se excluirían mutuamente.

De esta forma, por ejemplo, no es aceptable hablar de individuos blancos, negros y todavía blancos-negros. Sería posible hablar de amarillos, rubios, o mismo verdes, como en la ficción, pero nunca de una categoría que contuviera dos colores que por definición se excluyesen.

Si las proposiciones son evidentes por sí mismas y si ambas son entre sí contradictorias, no es posible la creación de un *tercer genus* que reúna a ambas en una única categoría, ya que las estructuras conceptuales generadas por ella recíprocamente se anularían.

Pero adviértase que el término *contradictorio* no es empleado como sinónimo de *contrario*, debiéndose realizar la distinción entre ambos términos. Dos *contrarios* pueden formar una secuencia de enunciados validamente lógi-

¹ VERNENGO, Roberto José. Descripciones y Clasificaciones en Derecho. *Dianoia / Anuario de Filosofía*. México, Vol. XXXIX, 1993. p. 244.

cos, así como una cierta categoría puede contener en su formulación dos *contrarios lógicos*, pero no su concepto ya que ahí llegaríamos a una situación de *contradicción*².

Así, entre dos juicios contrarios puede darse un término medio. En cambio, entre dos juicios contradictorios ello no sería posible.

El desastroso efecto de la admisión como verdadero de un enunciado contradictorio nos es develado por la fórmula comúnmente atribuida a Duns Scotus o al Pseudos-Scotus de que de una contradicción cabe inferirse cualquier cosa.

En un sistema de permisiones, prohibiciones u obligaciones como es el Derecho, eso representaría el convertir en siempre permitidos, o siempre prohibidos, o bien en siempre obligatorios todos los enunciados normativos, lo que significaría la propia insubsistencia práctica, además de teórica, del sistema.

Otras veces, los juristas toman un dato particular por universal y viceversa, lo que produce una inversión de contenido que destruye la estructura interna de la taxonomía.

Me refiero en ese último caso al empleo casi irresponsable de las categorías esencia (*universal*) y existencia (*particular*) que los juristas insisten en no respetar al hacer sus clasificaciones.

Cuando se clasifica algo se está, en primer lugar, haciendo un juicio acerca de ese algo. Es decir, se está proponiendo un predicado a un sujeto. Tales predicados atribuyen propiedades al sujeto. Entonces clasificar es, en resumen, decir que un sujeto se encuentra bajo tales o cuales propiedades o características.

Pónganse a consideración, las dos ya mencionadas propiedades: alto y bajo. Si se predica que Juan es alto, se está afirmando que el hombre Juan integra la clase de los altos. Vale decir, Juan es alto y no bajo (su opuesto categórico).

² “Dos posiciones son contradictorias entre sí cuando una equivale a la negación de la otra, de tal modo que no pueden ser las dos verdaderas ni las dos falsas: “llueve” y “no llueve”; “hace frío” y “no hace frío”. En cambio, dos proposiciones son contrarias cuando son incompatibles (es decir, no pueden ser ambas verdaderas) pero dejan entre ellas un espacio para otras posibilidades. Así, contraria de la “pared es blanca” sería “la pared es negra”; pero contradictoria es “la pared no es blanca” [...] Dos proposiciones contrarias pueden ser ambas falsas, pero entre dos proposiciones contradictorias (es decir, entre una proposición y su negación lisa y llana) alguna tiene que ser verdadera. La pared es blanca o bien no lo es (por ser negra, gris, verde o de cualquier otro color).” (ECHAVÈ, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. Buenos Aires, Astrea, 2002. pp. 86-87).

Cuando las propiedades son predicadas respecto de todos los seres contenidos en el universo considerado (universo del discurso), aparecen los juicios universales. En las palabras de Roberto José Vernengo: “Un juicio como ‘todos los hombres son mortales’ es un enunciado universal porque atribuye la propiedad designada por el predicado, la de ser mortal, a todos los entes que son hombres”³.

Tales enunciados son denominados, desde el punto de vista ontológico, como esenciales, porque las propiedades referidas son atinentes a todos. Basta que uno de los seres contenidos en el universo no posea tal característica, para que el enunciado ya no sea universal, o sea, de esencia.

De ahí que la definición hecha por Baruch Spinoza de que la esencia es el dato que siéndolo dicho de una cosa, hace necesariamente que ella lo sea y que, por otro lado, siéndolo suprimido haga necesariamente que ella ya no sea⁴.

Asimismo, la propiedad no es particular, en la medida en que se refiere apenas a una parte del universo del discurso. Cuando se habla de la afirmación de que Juan es alto, la propiedad “alto” no es común a todos los hombres, sino que apenas a Juan que es un hombre.

Por lo tanto, ya no sirven los enunciados particulares para predicar algo con respecto al todo, sino que apenas a uno o algunos del grupo, pero jamás del grupo en sí mismo. Son accidentales, es decir, ellas se relacionan con la forma con que presentan una parte del conjunto⁵ y sólo eso.

Como no predicán algo acerca de todos sus integrantes, ya no sirven para enunciar acerca del todo. Entre tanto, es común que en muchas clasificaciones se tome la parte accidental como universal, produciendo un desvío conceptual que sólo contribuye para el desarrollo de las tan criticadas taxonomías jurídicas.

³ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 80. El autor, a continuación, propone un análisis distinto del esquema tradicional, generalmente, representado en términos de “Todo S es P”. De hecho, el Dr. Vernengo, exprime la afirmación ahora en términos condicionales con esa fórmula: “para todo x , si x es hombre, entonces x es mortal. El cambio, entre tanto, no altera el hecho de que la afirmación debe englobar a todos dentro del universo, o entonces quedarse volcada, porque: “en la afirmación universal, lo característico es que se lo predica, condicionalmente, de todo ente que sea miembro del universo del discurso”.

⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p 48

⁵ Roberto Vernengo, sustituyendo aquí también los conceptos tradicionales, enseña que el problema entre enunciados esenciales y existenciales es apenas de cantidad. En los enunciados universales, la proposición irá referirse a el todo, lo que es expresado por la fórmula: $(x)CHxMx$, mientras que la proposición particular se destina a por lo menos uno del universo, pero nunca a todo universo y se representa por la fórmula: $(Ex)KHxGx$. Cf: VERNENGO, Roberto José *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 81.

Realizadas tales aclaraciones, ahora es posible adentrarse en el tema propuesto, es decir, demostrar que lo que la doctrina tradicionalmente denomina *contratos mixtos*, (cuando refiere a los contratos típicos y atípicos), no es otra cosa que un caso de tercer excluido que engloba en su definición términos contradictorios entre si. Además, suele olvidarse que configuran casos de aparición accidental entre los contratos atípicos. Entre tanto, de ser tratados como especies puramente accidentales, son erigidos en una categoría autónoma, como si hubiera un grupo propio (es decir, un universo) que pudiera ser comprendido independientemente de los contratos atípicos.

2.2. LOS CONTRATOS Y SU CLASIFICACIÓN COMO TÍPICOS (NOMINADOS) Y ATÍPICOS (INNOMINADOS)

Uno de los institutos importantes para el Derecho, quizás el de importancia práctica más relevante para aquella rama denominada Derecho privado, es el contrato.

Conforme el artículo 1.137 del Código Civil de Vélez, “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Es natural que, como otros institutos jurídicos, los juristas no se cansen de hacer taxonomías con respecto a los contratos. De hecho, lo hacen desde el Derecho Romano, el cual no solamente conocía a este instituto sino que lo manejó a niveles muy avanzados. Como se sabe, muchos de los aportes concebidos por los romanos son todavía empleados por nosotros, siglos después.

Enseñan Georges Ripert y Jean Boulanger que clasificar un contrato constituye la operación (intelectual) bajo la cual se incluye ese contrato en una categoría jurídica preestablecida, hecho de mucha relevancia, inclusive al punto de permitir su control por la Corte de Casación en demandas judiciales, porque “llegado el caso, permite determinar las reglas aplicables a ese contrato en ausencia de una voluntad expresa de las partes y también las reglas imperativas que imponen a las partes ciertas obligaciones o les prohíben ciertas cláusulas.”⁶

⁶ RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. según el tratado de planiol* Trad. de Delia García Daireaux. Buenos Aires, La Ley, 1988. t. IV (Las Obligaciones). v. I p. 70.

El Código Civil argentino reproduce algunas de las categorías más clásicas en la doctrina y en las legislaciones de genealogía romana⁷. Así, además de otras, el Código reconoce y prescribe la existencia de las clases contractuales señaladas a continuación:

- a) contratos bilaterales y unilaterales (artículo 1.138)⁸;
- b) contratos a título oneroso y a título gratuito (artículo 1.139)⁹;
- c) contratos consensuales y reales (artículo 1.140)¹⁰;
- d) y, contratos nominados e innominados (artículo 1.143)¹¹.

Acerca de estos últimos, hoy en día, la totalidad de la doctrina trae a colación que la taxonomía nominado e innominado debe ser substituida por otra (o por lo menos comprendida como) que, no divergiendo de la concepción tradicional, adjunte un significado más riguroso a la clasificación: a) contratos típicos (nominados) y atípicos (innominados). Francisco Messineo explicita la sutil distinción con las siguientes palabras:

“Se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica

⁷ Inclusive aportando definiciones terminológicas, en lo que se distingue de varios otros códigos que no aportan cualquier explicación conceptual. Tal es el caso de su vecino Código Civil brasileño, el cual, a pesar de emplear los términos *contrato oneroso* (art. 447), *contrato bilateral* (476) etc. no otorga un concepto acerca de los mismos.

⁸ Art.1138.- Los contratos se denominan en este Código unilaterales, o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

⁹ Art.1139.- Se dice también en este Código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

¹⁰ Art.1140.- Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.

¹¹ Art.1143.- Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial.

que caracteriza la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados”¹².

La distinción entre contratos nominados (típicos) e innominados (atípicos) nace en el Derecho Romano, si bien los autores apuntan que el sentido de la clasificación para ellos era diversa de la que solemos emplearse en la actualidad.

Es sabido que el Derecho Romano sólo permitía *actio* a las convenciones destinadas a producir obligaciones que hubiesen sido mencionadas y nombradas por la Ley Civil. Las especies contractuales eran cerradas (según las *Institutas* de Gaio eran cuatro: *verbis, litteris, re y consensu*).

De esta forma, saber si un contrato estaba reglamentado por la Ley (es decir, si era nominado), resultaba de imprescindible importancia para los romanos, porque, destituido de *actio*, el acto perdía totalmente su fuerza obligante.

Sin embargo, como explica José María Gastaldi, la evolución del Derecho Romano reconoció también acción común a una categoría especial de convenciones, no sancionadas por el Derecho Civil, por influencia de los jurisconsultos, por el Derecho pretoriano, o por las constituciones imperiales. De esta forma:

“Los contratos innominados aparecen como un complemento y una generalización de los contratos reales. Como a éstos, en los innominados la causa de la obligación consiste en la prestación efectuada por un sujeto a favor de otro para obtener la contraprestación convenida; pero ésta, o sea el objeto de la obligación, a diferencia de los contratos reales, puede divergir, a veces esencialmente, de la causa”¹³.

¹² MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. TOMO IV. p. 450.

¹³ GASTALDI, José María en ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Contratos I: cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada*. Buenos Aires, Víctor Zavalia, 1971. p. 170.

Como la propia eficacia jurídica del acto dependía de la clasificación del contrato como nominado e innominado, ya que las razones para la validez de aquellos eran diversas de las de éstos, la taxonomía en cuestión era de gran importancia en el Derecho Romano.

Se suele atribuir a Ulpiano, ya en una fase posterior del desarrollo del Derecho Romano, por la primera vez el empleo de la expresión *contratos innominados* (D., 2, 14, 1 y 7).

Para él, existirían dos tipos bien diseñados de contratos. En una primera clase estarían los que poseían nombre propio según el Derecho (*proprium nomen contractus*), no importando que lo fuese por Derecho Civil estricto o por Derecho Pretoriano (así tanto los contratos de compravenda, alquiler y sociedad, que poseían orígenes en el *ius civile*, como los contratos de depósito y comodato nacidos del *ius gentium* eran considerados como nominados). En otra clase estaban las convenciones o operaciones que Ulpiano denominaba de nuevas (*nova negotia*) y que, así, no tenían forma jurídica distinta (*nomens iuris*).

Sin poseer un nombre propio, es decir, sin contar con una acción nominada para “darle vida” independientemente de otras circunstancias, el contratante solo podría exigir el cumplimiento del contrato *si causa subest*, significando esto que debería, en primer lugar, ejecutar su parte del pacto para sólo entonces poder exigir la del otro.

Mismo para quienes sostienen que en sus fases posteriores el Derecho Romano ya aceptaba como obligatorias a todas las formas de convenciones, no se debía olvidar que los contratos dichos innominados carecían de una profunda desventaja frente a los nominados, a la vez que estos no necesitaban de *causa* para que fueran ejecutados en caso de incumplimiento por uno de los contratantes¹⁴.

¹⁴ “Les Romains, au debut de l'époque classique, ont comencé par admettre quatre contrats consensuels. Ils ont également admis un certain nombre de pactes, de sorte que le consensualisme s'étendait considérablement dans la pratique, mais demeurerait toujours limité en son principe à quelques cas spécifiés, sanctionnés chacun par une action particulière. Avec la notion de contract innominé, on en arrive à admettre que toute convention puisse devenir *obligatoire*. Mais, à cela, preside une condition d'une importance essentielle: il faut que l'une des parties ait déjà exécuté. On n'a donc pas affaire à un consensualisme pur. Il se trouve introduit en lui, en quelque sorte, un élément réel, ou tout au moins onéreux, qui le qualifie dès sa formation” (LEVY, Jean-Philippe y CASTALDO, André. *Histoire du Droit Civil*. Paris, Dalloz, 2002. p. 766).

Sin embargo, siglos después, con la introducción de los *principios de la autonomía de la voluntad y de libertad contractual*, la división perdió en definitiva su anterior importancia¹⁵.

Apuntan los mismos Ripert y Boulanger que como consecuencia del principio de la libertad contractual siguió que la clasificación no tendría más la relevancia preconizada por los romanos, sirviendo ahora tan sólo para indicar que un contrato “no entraba en una de las categorías previstas por el Código Civil”¹⁶.

De hecho, el efecto directo del goce de esta libertad es la facultad echada a las manos de los contratantes para dieran a sus *pacta* el contenido que les parecía adecuado, incluso hasta al punto de alejarse de todas las reglas del Derecho Civil vigente, salvo las que se referían a las buenas costumbres, al orden público, o las que, ahora, establecen ciertos límites a la autonomía de la voluntad dentro de la llamada economía dirigida. Es decir, las normas que una u otra clasificación en Derecho Privado suele denominar como *ius cogens*.

Sin embargo, ello implicará que los contratos, sean los disciplinados por la ley o bien los creados libremente por los sujetos, posean igual fundamento de validez jurídica: la voluntad libremente ejercida. De menor relevancia sería ahora el hecho de que el tipo contractual esté o no previsto en la ley, ya que lo decisivo otorgarle fuerza obligatoria es apenas la autonomía de la voluntad¹⁷.

Es con base en esta nueva postura teórica que el Código Civil de los franceses, el Código Napoleón, finalmente encierra todas las discusiones doctrinarias aún existentes acerca de los contratos innominados como categoría merecedora de un tratamiento jurídico diferenciado (es decir, a menor) que los contratos nominados, presuponiendo como consecuencia de su artículo 1.107 que todos los contratos estarían bajo las reglas generales (“son soumis à des règles générales”) acerca de éste gran instituto.

¹⁵ La obsolescencia de la clasificación de los contratos según su previsión en el derecho legislativo (*stricti iuris*) era enseñada por Pothier cincuenta años antes del surgimiento del Código Napoleón, le sirviendo, en realidad, de inspiración en éste asunto: “La división que hace el Derecho Romano de los contratos, en contratos innominados, en contratos *bonae fidei* y en contratos *stricti iuris*, no tiene lugar entre nosotros” (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. de Guillermo Cabanellas de Torres. 2 ed. Buenos Aires, Heliasta, 2007. p. 17)

¹⁶ RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Ob. cit.* p. 69.

¹⁷ Acerca de la fuerza obligatoria del contrato como consecuencia de la libertad de contratar, observa, inclusive con amparo filosófico, Alberto Spota que: “A la libertad sigue la antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato: quienes han ejercido la libertad se someten a la no-libertad, a la obligación (autoobligarse): estamos frente al art. 1197. O sea, que nos hallamos ante aquella regla de derecho que permite considerar al contrato como una *lex* en pequeño o, en lenguaje kelseniano, como norma individual obligatoria. (SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil: contratos*. introducción. ámbito de aplicación. clasificaciones. Formación (consentimiento contractual). Buenos Aires, Desalma, 1984. v I. p. 25.

Mismo con el advenimiento de la conocida *crisis del contrato*, mejor dicho, *la crisis del concepto de contrato*¹⁸, no se ha podido superar este paradigma o marco que es tanto normativo como teórico. Hubo, sin duda, una sensible disminución de los sitios en que la autonomía de la voluntad puede transitar, como lo demuestran los nuevos arquetipos normativos oriundos de las relaciones laborales y del derecho del consumidor. Con todo esto, todavía no es correcto postularle un substituto cuando se habla del fundamento jurídico (es decir, de la razón de ser) de los contratos, que sigue siendo la libertad y la autonomía de la voluntad¹⁹.

De ahí, entre tanto, no se debe concluir que la clasificación que distingue a los contratos entre típicos (nominados) y atípicos (innominados) es destituida de su significación en la actualidad.

Como se ha visto, en primer lugar, el propio Código de Vélez Sarsfield, como tantos otros, aún trabajan con tal criterio de clasificación, en resumen, porque éste es capaz de producir efectos jurídicos relevantes. Esta es, por ende, la segunda razón y, desde ya, la más relevante.

Como se ha subrayado, lo decisivo en una clasificación contractual es que se pueda saber cuáles normas le serán aplicadas en caso de un posible vacío normativo ocasionado por la ausencia de manifestación de las partes. Dividiendo los contratos entre típicos y atípicos se puede, con alguna seguridad saber que:

¹⁸ Es ya clásica la obra de Grant Gilmore, una de las primeras y más famosas a expresar la incapacidad del concepto tradicional de contrato frente a los actuales dictámenes de armonía y convivencia sociales. Jugando con los conceptos de *civil liability* y *tort liability* en el derecho del *common law*, hizo una nueva conceptualización contractual que lo aproximaba de los *torts*, con que lograría al ampliar los innumerables daños a ser indemnizados en razón de él, pero no apenas por su no cumplimiento: "With the growth of the ideas of *quasi-contract* and unjust enrichment, classical consideration theory was breached on the Benedit side. With growth of the promissory stoppels idea, it was breached on the detriment side. We are fase approaching the point where to prevent unjust enrichment, any Benedit received by a defendant must be paid for unless it was clearly meant as a gift; where any detriment reasonably incurred by a plaintiff in reliance on a defendant's assurance must recompense. When that point is reached, there is really no longer any viable distinction between liability in contract and liability in tort. We may take the fact that damages in contract have become indistinguishable from damages in tort as obscurely reflecting an instinctive, almost unconscious realization that the two fields, which had been artificially set apart, are gradually merging and becoming one." (GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995. p. 96).

¹⁹ "Lo innegable es que el derecho de los contratos tiende a humanizarse, a socializarse, sea en lo que atañe a los contratos más modestos y frecuentes, sea en la esfera de la industria y el comercio, donde nos enfrentamos con poderosas coaliciones. Pero su fuerza obligatoria no declina: aun puede hablarse de *soberanía* del contrato, entendida ésta en el sentido del logro de un equilibrio entre la idea individual y la social" (SPOTA, Alberto. *Ob. cit.* p. 32).

También existen otras clasificaciones, como la que propuso Messineo, considerando la existencia de tres categorías visiblemente distintas: a) contratos típicos; b) contratos mixtos e c) contratos atípicos.

Para él, los contratos mixtos debían ser concebidos bajo otra definición. Ellos corresponderían, no sólo a los que agregaban algunos elementos extraños a los tipos legales (figura que, a pesar de haber sido identificada, era considerada como atípica), sino que también comprenderían aquellos compuestos en su todo por figuras conocidas por la ley, que eran agrupadas de forma distinta a la originalmente concebida por el legislador, generando, en consecuencia, una nueva especie contractual²³.

Un tercer grupo refiere a clasificaciones todavía más complejas y extensas, como lo serían, por ejemplo, las que han sido sugeridas por Ennecerus.

Para este pensador, los contratos mixtos deberían ser sub-divididos entre: a) *contratos combinados (o gemelos)*, “cuando uno de los contrayentes se obliga a varias prestaciones principales, mientras que el otro contratante promete una contraprestación unitaria” (así, por ejemplo, me obligo con una sola prestación a pagar el hospedaje y la comida); b) *contratos mixtos en sentido estricto*, que funciona más como una distorsión de un tipo legal precedente (por ejemplo, una transacción que, en realidad, contiene elementos de una compraventa; c) *contratos de doble tipo*, cuando “el total contenido del contrato encaja en dos tipos distintos de contrato [...], les siendo aplicables tanto las reglas de un contrato como las de otro y de manera inmediata, no sólo por analogía”²⁴.

La clasificación en cuestión agrega además las *uniones de contratos y los contratos típicos con prestaciones subordinadas*. No obstante, parece partir del presupuesto de que todas estas formas de unión o combinación de tipos, representarían una expresión de la atipicidad. Si es así, no puede decirse que tal taxonomía es incorrecta. Podrá, como se probará, no ser útil, ya que el fenómeno de la atipicidad contractual es tan poderosamente creativo que para nada servirá hacer una catalogación cerrada. En cuanto a esto último, el propio Ennecerus lo advierte cuando dice que su clasificación se echa como *un resumen* de ellas.

Finalmente, es también compleja la clasificación realizada por Mario Piantoni para quien los contratos serían: a) estrictamente puros y simples, cuyas

²³ MESSINEO, Francesco *Ob. Cit.* p. 451.

²⁴ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martfn. *Ob. Cit.* pp. 7-9.

prestaciones no coinciden; b) atípicos unidos entre sí; c) atípicos conectados entre sí por una simple unión externa, objetiva, en un mismo instrumento; d) mixtos; e) con múltiples prestaciones combinadas; f) con múltiples prestaciones a cargo de una de las partes, cada una de ellas principales²⁵.

A pesar de cambiar de sentido y significación en cada una de ellas, la expresión *contrato mixto* siempre traerá consigo el germen de la incomprensión lógica, por recalcar en la *ley del tercer excluido*, excepción hecha sólo a la clasificación de Ennecerus por los motivos anteriormente señalados.

Si se dice que el criterio distintivo para la formulación de la taxonomía es la ausencia de reglamentación de un contrato bajo la ley civil, solamente dos categorías se podrán inferir de ahí: 1. o bien el contrato estará reglamentado (A es B); 2. o bien será su no reglamentación (A no es B). Es decir, si *P* es verdadera su negación $\neg P$ no lo es, o viceversa. Así, no será posible una tercera opción porque ella siempre redundará en una contradicción lógica, ya que un contrato no puede ser al mismo tiempo reglamentado y no reglamentado.

Como ha sido explicado, tales imperativos lógicos apuntan para una consecuencia ontológica según la cual algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Así, si se admite una categoría que contiene un universo en el cual ingresan apenas los contratos reglamentados por la ley civil, todos los demás que no estén reglamentados representarán la negativa y, por lo tanto, representarán la única otra opción lógica posible, ingresando en ella los que presenten una parte reglamentada y otra no, si la consecuencia final de ese agrupamiento es la obtención de un tipo contractual distinto.

De aparición posible serían los instrumentos contractuales que incorporen varios tipos contractuales. Tal es el caso de un contrato de locación de inmuebles en el que se agrega el servicio de limpieza (locación de servicios). En tal supuesto, no obstante la existencia de un solo instrumento y de una sola prestación a cargo del locatario, lo correcto es admitir que se tratan de obligaciones yuxtapuestas, pero visiblemente preservadas en sus esencias. Se está frente a una simple acumulación de dos contratos típicos (la locación de inmueble y servicios), encadenados en un único instrumento contractual.

Si el intérprete puede hacer tal operación mental, dividiendo y agrupando las múltiples obligaciones existentes sin cambiar sus características, se estará

²⁵ PIANTONI, Mario en STIGLITZ, Rúben S. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Directores de la obra. *Contratos*. Buenos Aires, La Rocca, 1989. pp. 51-52.

frente a uniones de obligaciones, lo que, se cree, no convierte al contrato en atípico. Es que el acuerdo no alterará la calidad de ellas, sino que, por practicidad o por una especial razón de los contratantes, las agrupa en un todo.

Por eso mismo, la *causa* del contrato tampoco interesará al resultado final. Es decir, aun cuando el no cumplimiento se configure por el *todo*, el contrato será atípico porque siempre será posible la individualización de cada una de las obligaciones, por más que el no cumplimiento de una traiga consigo el no cumplimiento de las restantes. Esa será una cuestión distinta y que nada interfiere en la clasificación de un contrato como típico o atípico.²⁶

Por las mismas razones la forma como se hace la prestación no puede de antemano servir de criterio para configurar a un contrato como típico y atípico. Puede ser que la propia ley no tenga fijado como se dará la prestación. Aun en la locación, por ejemplo, no es posible que ella se pague con prestaciones *in natura*, de conformidad con lo que dispone el artículo 1493 del Código Civil²⁷. Cualquier locación donde la prestación sea en especie ya no será típica, por que ello desvirtúa la norma legal.

En otros casos, la ley no establece el modo como se realizará el pago. En tales supuestos, el hecho de la prestación ser en dinero, servicios, cosas o mismo en un no hacer, no tendrá importancia alguna. Es lo que pasa, también respecto a la locación, con el artículo 565 del Código Civil brasileño, que, contrariamente al argentino, refiere solo a una *retribución cierta* como modo de pago de la locación.

Si, entre tanto, las obligaciones están mezcladas de modo que ya no puedan ser retiradas sin perjuicio de su propio sentido individual, eso impondrá la conclusión de que, por más que sean todas ellas típicas, el resultado pasará a ser un contrato distinto, no reglamentado por la ley.

Un ejemplo de los más comunes fue el contrato de leasing que antes de su reglamentación por la ley 25.248 envolvía exclusivamente los arquetipos de los

²⁶ Explica Masnatta a propósito que en las uniones de contrato (a las cuales agrupa en tres tipos distintos: a) *uniones meramente externas*; b) *uniones de contratos con dependencia unilateral*; e c) *uniones alternativas*) no se confunden con los contratos complejos, que serían los *mixtos*. Para él, en las uniones existiría apenas una combinación de contratos complejos y en los complejos una verdadera combinación de los propios elementos contractuales. (*Ob. Cit.* p. 56).

²⁷ "Art.1493.- Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero."

contratos de compraventa y de alquiler, pero como es de conocimiento general, ni por un momento podría ser considerado como típico.

El jurista podría identificar, como categorías de existencia, eventuales manifestaciones de los contratos atípicos: por ejemplo: a) contratos que no contengan una parte siquiera ya disciplinada por la legislación vigente; b) contratos que contengan partes reglamentadas y otras no reglamentadas; c) contratos que contengan todas las partes ya reglamentadas, pero en razón de la disposición concebida por los contratantes creen un nuevo tipo de obligación etc.²⁸.

Con todo, la división como se puede imaginar sería amplia y como advirtiera el jurista Enneccerus, cuando mucho, dibujaría un resumen de estas manifestaciones existenciales. Sin embargo, en todas estaría presente un aspecto en común: el hecho de no guardar una exacta correspondencia con cualquiera de los tipos de contrato establecidos por la ley.

A su vez, la analogía, como criterio de integración, tampoco sería válida para dar un sentido a los contratos mixtos, porque tanto en los atípicos puros como en los mixtos ella podrá ser empleada. Ya se vio que, como lo demuestra Enneccerus, sería perfectamente posible hablar de una analogía entre contratos típicos (*ut supra* n. 3.2).

Por otro lado, muchos de los contratos modernos nacen como derivaciones o en razón de la agregación de otras figuras contractuales²⁹. Así que en todos ellos existiría la posibilidad del recurso a la analogía. Es verdad que en este punto la doctrina siempre hace la observación de que la analogía tendrá que ser con el contrato típico que esté más cercano del atípico, pero no consigna cualquier criterio para el develar cuál es el *contrato más cercano*. Si se realiza un contrato imaginario de prestación de servicios médicos, por ejemplo, ¿La analogía será hecha con el contrato de locación de servicios, o con el de seguro? Ambos son contratos que guardan alguna proximidad con la figura atípica y sería temeroso decir, previamente, con cuál de los dos guarda una mayor analogía, hasta porque podría guardarla con los dos.

Mientras tanto, por motivos obvios, el recurso a la analogía se mostraría no sólo como infructífero sino también como inconsecuente en las especies que juntan dos o más tipos de contratos típicos y los convierten en un nuevo tipo.

²⁸ Un ejemplo de ellas sería la que propuso Henri De Page quien, a propósito critica el hecho de que no los juristas intenten realizar un análisis más detenido de los contratos innominados, a pesar de la amplitud con que se manifiestan. (DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles, Émile Bruylant, 1943. t. IV. p. 13 y ss.).

²⁹ RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Ob. Cit.* p. 69.

Hoy en día la doctrina parece ser conciente del riesgo que es proponer la aplicación de la analogía como criterio de superación de las insuficiencias del contrato atípico. A lo mejor, parece ser más sensata la búsqueda, primeramente, en la propia estructura normativa del contrato, con la investigación de sus causas y finalidades económicas. Sólo después, si continúa la indefinición, es que se deberá buscar en los demás modelos normativos previstos en la ley alguna forma de respuesta para la resolución del conflicto³⁰.

4. CONCLUSIÓN: EL RETORNO A LA TAXONOMÍA TRADICIONAL COMO MODELO TAXONÓMICO CORRECTO

Por todo lo dicho, la conclusión que se sigue, y que no es de todo inédita³¹, es que la inclusión de una tercera rama en la clásica distinción de los contratos en típicos y atípicos (o nominados y innominados), no sólo que de nada contribuyó para la evolución científica del tema, sino que, además, le trajo un sensible prejuicio a la vez que hizo imperar la confusión terminológica y la incongruencia de la propia taxonomía.

Un contrato mixto pierde toda significación porque incide en la prohibición lógica conocida como principio del tercero excluido que, en conjunto con los principios de la contradicción y de la identidad, generan la consecuencia ontológica de que una cosa no puede al mismo tiempo ella misma y su negación.

Cuando se habla de un *contrato mixto* se está predicando la existencia de una categoría que sea una cosa y al mismo tiempo su negación, lo que, como demostrado, no sería ni lógica ni ontológicamente posible.

³⁰ “El contrato innominado rige sus efectos - en caso de insuficiencia de sus cláusulas - por las normas generales relativas a las convenciones y, además, por las particulares, del contrato o los contratos que lleva implícitos, o de cuyos caracteres participa. CNCiv., Sala E, 28.6.77; Zeigner, Lávoro c. Barsky, Isidoro y otro - Fallo N. 26.972. JA, 1977-IV, página 341” *apud* PORTILLO, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario, Editorial Juris, 1993. p. 16. En el mismo sentido: TRANCHINI, Marcela in STIGLITZ, Rubén S. director. *Ob. Cit.* p. 151.

³¹ Del mismo modo, ya se había manifestado en la doctrina argentina José María Gastaldi: “En resumen de lo expuesto, en nuestra opinión, las clasificaciones de los contratos atípicos ensayadas por la doctrina al no ser totalmente coincidentes y ofrecer dudas cuanto a los conceptos en juego, según se dejó expresado en varios supuestos, no resultarían del todo útiles al intérprete para resolver los casos concretos que se presenten, máxime que según se verá, no hay acuerdo respecto al sistema apto para juzgar y regular los contratos mixtos. Ello ha llevado a la crítica de la categoría de los contratos *mixtos* tendiente a la eliminación de la misma, crítica que, por las razones antedichas, llegamos a compartir. Parece más claro sostener la simple existencia de las dos categorías clásicas: típicos o nominados y atípicos o innominados” (GASTALDI, José María in ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Ob. Cit.* p. 201).

Además, este equívoco parece tener origen en una práctica, infelizmente, bastante común entre los juristas que insisten en no realizar sus clasificaciones con el rigor necesario. Es muy frecuente el empleo retorcido de las categorías de esencia (universales) y las de existencia (particulares).

Por tal ausencia de cuidado, muchas veces se toma un dato como manifestación particular de otra categoría como si fuera una categoría propia, lo que hace que la taxonomía examinada no resista ni a una primera constatación lógica.

Con el retorno al modelo tradicional, se pasa a considerar a los contratos, cuanto a su reglamentación por la ley, en *típicos* y *atípicos*. Nada más.

Con todo, los contratos típicos pueden ser formados por una única obligación típica o por un conjunto de ellas, agrupadas estas últimas en un único instrumento contractual. Como en el fallo que sirvió de base para el aporte de las consideraciones anteriormente realizadas, es muy frecuente englobar en un único instrumento contractual dos o más contratos.

Estos convenios, sin embargo, estarán apenas yuxtapuestos, de modo que el intérprete podrá resolver un eventual conflicto con la simple aplicación de las normas que rigen el tipo contractual que reglamente la obligación objeto de la demanda, aun cuando la consecuencia sea la consideración del incumplimiento de todo el contrato.

Por otro lado, aun cuando un contrato se presente como compuesto en todas sus partes por elementos típicos, si ellos están dispuestos de un tal modo que generan una obligación distinta, es decir, si se funden de modo tal de crear un nuevo contrato (el antiguo caso del *leasing*, por ejemplo), ya no podrán ser considerados como típicos. Con mayor razón, todos aquellos que son compuestos de una parte reglamentada y otra no, serán considerados atípicos.

En estos últimos, comúnmente denominados como complejos, la atipicidad de la parte no reglamentada posee una especie de *vis atractiva* lógica que convierte el todo contractual en un todo no reglamentado, aunque, a lo sumo, solo una mínima parte no goce de normativa legal.

Sería posible la distinción doctrinaria entre las varias formas de manifestación de los contratos atípicos, pero ya no serían del todo productivas, aún cuando parte de la doctrina diga lo contrario, ya que siempre sus apariciones en la vida social serán cambiantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BORDA, Guillermo A. (*et alli*). *Tratado de Derecho Civil*. obligaciones. 9. ed. Buenos Aires, La Ley, 2008. t. II.
- DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles, Émile Bruylant, 1943. t. IV.
- ECHAVÈ, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. derecho de obligaciones*. Traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer. Barcelona, Bosch, 1944. t. II. v. 2.
- GASTALDI, José María en ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Contratos I: cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada*. Buenos Aires, Victor Zavalia, 1971.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995.
- LEVY, Jean-Philippe; CASTALDO, André. *Histoire du Droit Civil*. Paris, Dalloz, 2002
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. TOMO IV.
- PIANTONI, Mario en STIGLITZ, Rúben S. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Directores de la obra. *Contratos*. Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. de Guillermo Cabanellas de Torres. 2 ed. Buenos Aires, Heliasta, 2007.
- PORTILLO, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario, Editorial Juris, 1993.
- RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. según el tratado de planiol* Trad. de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires, La Ley, 1988. t. IV (Las Obligaciones). v. I.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino: fuentes de las obligaciones*. 2 ed. Buenos Aires, TEA, 1957. t. II.

- SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil: contratos. introducción. ámbito de aplicación. clasificaciones. Formación (consentimiento contractual).* Buenos Aires, Desalma, 1984.
- TRANCHINI, Marcela en STIGLITZ, Rubén S. director. *Contratos. teoría general I.* Buenos Aires, Depalma, 1994.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica.* 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho.* 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 80.
- _____. *Descripciones y Clasificaciones en Derecho. Dianoia / Anuario de Filosofía.* México, Vol. XXXIX, 1993.