

DOCTRINA ESENCIAL

DOCTRINA ESENCIAL

DOCTRINA

Causa, tipo y teoría del contrato

POR ENRICO GABRIELLI

Sumario: I. Autonomía privada, contrato y tipo legal. — II. Autonomía privada, tipos jurisprudenciales, tipos sociales. — III. La tendencia de la jurisprudencia a la “tipización” del contrato atípico. — IV. La tipización y la connotación del contrato. — V. Causa y tipo. — VI. La causa como función económico-individual. — VII. La causa en concreto y su control. — VIII. La libertad de concluir contratos diversos de los tipos codificados. — IX. Atipicidad del contrato, licitud de la causa y meritoriedad del interés. — X. El tipo y la interpretación. La distinción entre los tipos y la calificación del contrato según el tipo.— XI. Las críticas a la perspectiva unitaria de individualización del tipo. — XII. El método tipológico. — XIII. Límites y críticas al método tipológico. — XIV. Las funciones del tipo contractual. — XV. La estructura del tipo contractual. Tipo y subtipo. — XVI. El análisis de la estructura formal. Variaciones del tipo legal y elasticidad del esquema formal. — XVII. Autonomía privada y operación económica. — XVIII. La operación económica como categoría ordenante del derecho de los contratos. — XIX. La operación económica y la su tipización legislativa.

“La adopción de un cierto tipo de contrato es índice de la elección que los contratantes han querido cumplir en mérito a la repartición de los riesgos que pueden derivar del contrato, de modo que en base al modelo negocial, al cual las partes han hecho referencia, se puede deducir cuál de los contratantes debe soportar las consecuencias que inevitablemente vienen vinculadas al esquema jurídico formal en el cual ingresa la entera operación económica”.

una disciplina particular, siempre que se dirijan a realizar intereses meritorios de tutela según el ordenamiento jurídico.

La noción de tipo contractual (1), sin embargo, no ha sido proporcionada por el legislador, quien no obstante la utiliza con frecuencia en el tejido normativo del código, sea cuando la emplea directamente, mediante la explícita mención del término; sea cuando se refiere a nociones (como aquella de “naturaleza del contrato”, art. 1369 c.c.) de la cual representan sinónimos; sea cuando se sirve de la clasificación de los contratos en función de definiciones de la disciplina aplicable.

El proceso de emersión del tipo legal (y por ende la identificación de los denominados contratos nominados), se origina normalmente en la praxis del derecho de los negocios y del comercio y, luego de una sucesiva elaboración y afinamiento - que va operando también por obra de la jurisprudencia

I. Autonomía privada, contrato y tipo legal

El art. 1322 c.c. del Código Civil italiano establece dos principios fundamentales para los sujetos privados: la posibilidad de variar el contenido de los contratos típicos; la posibilidad de concluir contratos no pertenecientes a tipos que poseen

(1) R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1966, 786, observa que “tipicidad” significa “cosa muy diferente según que se refiera al contrato (o al negocio en general), o se refiera a la función del negocio elevada a causa”; y por otro lado, que la tipicidad de las figuras jurídicas es relativa “a la categoría con la cual las figuras son comparadas”.

(la así llamada tipicidad jurisprudencial) - el tipo, progresivamente radicado en el tejido económico (la así llamada tipicidad social), resulta individualizado en el plano normativo (2).

En consecuencia, el tipo legal “no es otra cosa que un esquema reglamentario abstracto que encierra en sí la representación de una operación económica recurrente en la práctica comercial” (3).

La matriz del tipo legal sugiere, además, mediante manipulaciones y mutaciones del esquema, la creación de mezclas y coligamientos entre tipos, dando lugar así a ulteriores problemas de encuadramiento, de clasificación y de disciplina de los supuestos de hecho singulares.

El discurso sobre el tipo, en razón de la amplitud de los confines dentro de los cuales puede moverse, debe de todos modos ser circunscrito dentro de algunas líneas esenciales limitadas a su incidencia sobre los perfiles de más amplio respiro correspondientes al contrato en general, puesto que el análisis del proceso de emersión de los tipos contractuales singulares ampliaría el terreno de la investigación más allá de toda medida razonable.

En efecto, el primer problema que suscita el encuadramiento del tipo contractual es el planteado por la sistematización operada por el legislador, que consiste en la distinción y la relación entre disciplina general de los contratos y disciplina de los singulares tipos contractuales.

El tema ha conocido una primera sistematización en época inmediatamente sucesiva a la codificación del 1942, en el sentido de que entre los dos grupos de normas se individualizaba una relación según la cual las normas generales (primer grupo)

(2) Piénsese, por ejemplo, en el caso que ha llevado a irse desprendiendo del esquema originario del contrato de locación (que en el Código Civil de 1865 se encontraba disciplinado como esquema unitario) múltiples y normativamente distintos esquemas legales: la locación (art. 1571 ss.); el arrendamiento de bienes fructíferos (art. 1615 ss.); el contrato de obra (art. 2222 ss.); el contrato de trabajo subordinado, (art. 2094 ss.); así como, aún más recientemente, el contrato de leasing recientemente elevado al rango de tipo social y encuadrado en la disciplina de la locación, especialmente financiera.

(3) F. GAZZONI, “Manuale di diritto privato”, Napoli, 2007, XIII ed., 808.

adquirían su significado como de “cornisa” a las normas particulares (segundo grupo), que son exclusivas a cada una de las figuras de contratos especiales; lo que explica (en concurso con otras razones) cómo y por qué aquel primer grupo precede al otro en la distribución de la materia.

Se trata de una coexistencia de normas, que, como veremos de inmediato, adquiere un particular significado en el sentido de la combinación (y no de la recíproca exclusión) entre ellas: por lo que el primer grupo constituye un indispensable, aunque no siempre advertido, presupuesto o conjunto genérico para el segundo grupo” (4). En esta línea de pensamiento, la portada de la locución “normas generales” puede significar, en primer lugar, normas que preludian a las “normas particulares”, siendo éstas últimas las que constituirían la disciplina peculiar de cada tipo singular de contrato; de modo que en tal sentido la locución “normas generales” denotaría un esquema genérico, de por sí completo, que se contraponen, colocándose en un plano normativo supra ordinado, a los numerosos esquemas correspondientes a los tipos singulares, y en tal guisa no estaría sujeto a confundirse con éstos.

En un diverso sentido, la locución “normas generales” podría significar normas “comunes”, esto es tales que podrían aparecer “susceptibles de ser aplicadas a todo contrato singular: pero en concurso (y no en antítesis) con las normas particulares, que son, en cambio, dictadas *ratione materiae*; y, en tal ulterior significado, aquella locución se coloca en el mismo plano normativo que éstas últimas. Ahora bien, parece que sea el segundo, el significado preeminente de la locución en examen” (5).

En tiempos recientes, la clasificación desarrollada en estos términos ha sido sometida a revisión crítica.

La doctrina nos señala, por un lado, que el código de 1942 sustituye la contraposición “contratos nominados — innominados”, con la otra “contratos pertenecientes — no pertenecientes

(4) F. MESSINEO, “Dottrina generale del contratto”, Milano, 1944; ID., “Il contratto in generale”, en Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1973, t. I, 11.

(5) F. MESSINEO, “Il contratto in generale”, cit., 11.

a los tipos que tienen una disciplina particular” y que “el cambio de terminología crea una posibilidad de equívoco”(6); por otro, que hablar de “tipicidad”, como característica de la causa, según una elaboración desarrollada por una parte de los intérpretes, “puede hacer creer a los desprevenidos que la asonancia de las palabras lleve consigo un paralelismo de los conceptos.” Esta doctrina nos advierte, además, que “cuando se habla de “contrato típico” se quiere decir “contrato que encaja en una figura que tiene una disciplina particular”; cuando hablamos de “régimen de la tipicidad de los contratos” nos referimos a un régimen en el cual el acuerdo no produce efecto si no encaja en las figuras especialmente admitidas por el ordenamiento; cuando en cambio se dice que la causa del negocio es su función “típica”, con esto se quiere significar solamente que la causa del negocio no se reduce ya a las cien funciones, variables y subjetivas, a las cuales las partes pueden plegar los efectos negociales queridos, sino sólo a aquella función que aparece inseparable de los efectos de aquel singular negocio individual”(7).

Las críticas referidas a la configuración propuesta por Messineo se dirigen también en otra dirección. Se afirma en efecto que aquella relación sistemática no existía “ayer, en la comparación entre normas generales y normas particulares sobre los contratos en el código civil. Tanto menos existe hoy, en la comparación entre normas del Código Civil y normas de las leyes especiales”, y aún menos compartible sería la concepción, en la cual se inspiraba aquél, “de una parte general del contrato como disciplina idónea para regular el contrato como figura unitaria”(8).

Se sostiene que las tendencias presentes en doctrina al fin de explicar la relación entre normas de la parte general y normas de la parte especial testimonian que la parte general sobre el contrato no es ya más considerada central. Podría identificarse al contrario un “fenómeno centrífugo” adscribible a varias circunstancias, entre las cuales: la intervención del legislador, verificada mediante leyes orgánicas de sector, en contratos que siempre han sido objeto

de intervenciones episódicas; o el florecimiento de nuevos contratos, librados a la disciplina analítica de las partes, con vocación de auto-suficiencia.

La parte general sobre el contrato no podría ya más ser considerada como la disciplina de una figura unitaria, dado que “se ha reabierto la fisura entre contratos privados y contratos de empresa”, “se ha abierto la fisura entre contratos entre empresas y contratos con el consumidor. Se ha abierto la fisura entre contratos domésticos y contratos internacionales”, de modo que “la relación lineal entre parte general sobre el contrato y parte especial sobre los contratos singulares, que leemos en el art. 1323, no ha respondido nunca al derecho positivo, y tanto menos responde hoy, frente a una indudable fragmentación de la figura del contrato y a una evidente tendencia centrífuga hacia disciplinas de contratos singulares cada vez más alejada de la disciplina general”(9).

La actualidad de una distinción entre parte general y disciplina de los contratos particulares resulta sin embargo confirmada y reiterada por una significativa parte de la doctrina (10), la cual destaca, entre otras cosas, sea que la centralidad de las normas generales sobre los contratos encuentra fundamento en la historia de la codificación, la cual habría demostrado “un movimiento centrípeto: institutos “particulares” convertidos en figuras “generales” y de todos modos un enriquecimiento de la disciplina general”(11), sea que también las nuevas figuras contractuales emergentes del derecho de la praxis no pueden ser consideradas extrañas a nuestro sistema puesto que “o bien son trasladables (como se ha intentado afirmar) a tipos contractuales expresamente disciplinados por el código; o son figuras atípicas, y entonces, según el art. 1323 c.c., se les puede y debe aplicar la disciplina de los contratos en general”(12).

(9) DE NOVA, “Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti”, cit., 333.

(10) G.B. FERRI, “Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?”, en Riv. dir. comm., 1988, I, 428.

(11) G. BENEDETTI, “La categoria generale del contratto”, in Riv. dir. civ., 1991, I, 669; y ahora también en Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, Napoli, 2a ed., 1996, 31 ss.

(12) G.B. FERRI, “Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?”, cit., 428.

(6) SACCO, en R. SACCO — G. DE NOVA, “Il contratto in generale”, en Tratt. Sacco, Torino, 2004, 3a ed., 440.

(7) SACCO, en R. SACCO — G. DE NOVA, “Il contratto in generale”, cit. 440.

(8) DE NOVA, “Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti”, en Contr. impr., 1988, 328.

El predominio de la parte general, sobre aquella especial, de los contratos, quedaría sin embargo excluida -se replica- por una serie de argumentos que confirmarían cómo el nivel privilegiado de intervención del legislador de 1942, en materia de contratos, habría sido la disciplina de los tipos singulares, la cual por otro lado, desde la aprobación del código hasta los tiempos recientes, se habría ido vaciando, en lugar de actualizarse. La opción del legislador en efecto se habría dirigido hacia perspectivas diversas: la de la disciplina de los sujetos y no de los contratos; la de la disciplina del reagrupamiento de contratos, en lugar de la disciplina del tipo contractual; y cuando el legislador ha disciplinado los tipos singulares, la naturaleza de las disposiciones dictadas se habría separado de aquella característica de las disposiciones del originario Título Tercero; con la consecuencia de que respecto de las mutaciones en curso en la disciplina de los contratos singulares, “no se trata de manifestar nostalgias por una disciplina de contratos ordenada por tipos. Se trata de denunciar un fenómeno preocupante. El de la *pérdida del supuesto de hecho*, y ello en el delicado y crucial sector de los límites de la autonomía contractual” (13).

II. Autonomía privada, tipos jurisprudenciales, tipos sociales

Un agudo intérprete ha destacado que la función de los art. 1322 y 1323 sería la de impedir al juez el declarar la nulidad del acuerdo por el solo hecho de que el mismo no encaje dentro de ninguno de los tipos especialmente previstos por la ley y en esta proclamación ha visto agotarse la competencia de la regla de autonomía, con la consecuencia de que “el contrato atípico, al cual aplicar solamente las reglas generales contenidas en los art. 1321, 1469 del código civil, no ha hecho nunca aparición nunca en un juzgado!” (14).

Por otro lado, la parte de la doctrina que ha profundizado con mayor empeño el tema, ha destacado que el art. 1322 c.c. se remite, sustituyéndola, a la disposición contenida en el art. 1103 del Código Civil de 1865 (en la cual se hablaba de contratos que tienen una denominación particular). El art.

1322 no puede en forma alguna ser entendido como una reproducción, ni aún con una fórmula diversa, de aquella norma, puesto que la introducción del término tipo, no asume en el nuevo código un valor solamente descriptivo, sino que representa más bien el reflejo de la tipicidad del sistema de las fuentes de las obligaciones.

En el ordenamiento precedente al instaurado con el actual código, en efecto, la tipicidad de un contrato condicionaba y limitaba los efectos perseguibles por las partes mediante la utilización de aquel contrato, con la consecuencia de que cuando nos encontrábamos frente a situaciones en las cuales la producción de un efecto provenía de un contrato cuyo esquema típico no preveía aquel efecto específico, se recurría a la figura del contrato mixto (15).

Con el nuevo código aquella exigencia no tendría más razón de ser, dado que la tipicidad de los contratos habría perdido su carácter vinculante y la inclinación del legislador sería más bien la de “sustituir la tipicidad del contrato con la tipicidad de las prestaciones; esto es, la tendencia a valorizar la sustancia de la operación económica, cualquiera sea el contrato que la determine”. En tal sentido, desaparecería incluso aquella “coacción legal del tipo” que representaba la dirección dominante en doctrina, y que se manifestaba en el sentido de que todo fenómeno contractual (contratos mixtos, fiduciarios, indirectos, coligamientos negociales, etc.) no inmediatamente adscribible a un tipo legal, fuera en todo caso trasladado, mediante un análisis más o menos complejo del contenido del supuesto de hecho, con el fin de llevar el contrato atípico a la disciplina de aquel típico al cual correspondía la prestación principal. Es esta perspectiva hermenéutica la tipicidad de la operación económica no podría por tanto asumir un relieve autónomo (16).

La doctrina sobre la tipicidad había distinguido conceptualmente ya por otro lado entre tipo legal y tipo social en el sentido de que “la configuración por tipos no se opera necesariamente mediante calificaciones técnico-legislativas: ella puede operarse aún mediante reenvío a aquellas que

(13) G. DE NOVA, “Nuovi contratti”, Torino, 1994, 2a ed., 23 ss.

(14) R. SACCO, “Autonomia contrattuale e tipi”, cit., 788..

(15) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 231.

(16) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 231-232.

son las concepciones dominantes en la *conciencia social* de la época en los variados campos de la economía, de la técnica, y de la moral”, de modo que cuando la necesidad de tutela de la autonomía privada perciba la inadecuación de las denominaciones tradicionales, entonces, en lugar de la rigidez de la tipicidad legislativa que se erige sobre un número cerrado, “ingresa otra tipicidad que siempre cumple el cometido de limitar y dirigir la autonomía privada, pero a parangón de aquella, es bastante más elástica en la configuración de los tipos, y, en cuanto opera mediante reenvío a las valoraciones económicas o éticas de la conciencia social, podría llamarse “*tipicidad social*” (17).

La tipicidad social lograba emerger por tanto solamente en cuanto representada y expresada en la “*particular denominación propia de los contratos directamente nominados por el ordenamiento jurídico*”, con la consecuencia de que la disciplina del contrato innominado se asimilaba por parte de la doctrina a aquella del contrato *nominado*, en razón del mayor número de analogías que este último presentaba con el contrato innominado (18).

En la historia de las ideas de la doctrina italiana antecedente al código de 1942, aún sugestionada por las influencias francesas, el pasaje del *nomen iuris* del contrato al tipo contractual importaba que también el perfil de la elasticidad del tipo contractual veía acrecentado su valor, con inmediatos y evidentes reflejos por ejemplo sobre el tema de los contratos mixtos, que en el sistema alemán, en cambio, era caracterizado en términos de relevancia del aspecto económico del contenido del contrato resultante de la mixtión, más bien que en términos de la relevancia de la prestación prevalente más vecina a la de un contrato nominado

El problema del tipo se circunscribía, por tanto, tendencialmente, en los límites del *nomen iuris* del contrato y de la concepción del tipo como tipo legal (19); y -dado que la tipicidad representaba ya de por sí una expresión de valoración positiva del

ordenamiento -se realizó fácilmente en la reflexión de los intérpretes la conexión entre tipicidad de la operación económica y causa del contrato: “la tipicidad de la operación económica, que parece constituir la base y el sentido de la tipicidad legal, llevaba pues a poner en evidencia la finalidad típica que caracteriza, en sede económica y en sede jurídica, a la operación absorbida en el contrato típico”, con la consecuencia de que el problema del tipo resultaba aproximado y conjugado con el de la causa y esta relación se convirtió en uno de los nudos centrales de la teoría del contrato (20).

La necesidad de operar una separación de las indicadas posiciones y de revelar los equívocos en los cuales había caído el legislador desviado por los condicionamientos de la denominada teoríaobjetiva de la causa — los cuales habían influido ya sea la codificación de 1942, ya sea la noción misma de causa, como expresión de una función económico social típica — se puso puntualmente en evidencia por parte de la doctrina, la cual sugirió una consideración autónoma de los dos problemas, puesto que “afrontar el problema del tipo contractual significa atribuir relieve jurídico a aquel valor que cada operación económica tiene en la realidad social. Y con este fin no puede hacerse directamente una contraposición entre tipos legales y sociales; en definitiva los primeros no representan sino la recepción, por parte del ordenamiento jurídico, de los tipos que ya antes se han afirmado en la realidad social” (21).

La recepción de los tipos sociales, mediante su elevación al rango de tipos legales, es el signo por parte del ordenamiento de un reconocimiento y de una calificación positiva al interés subyacente al tipo social singular normalmente correspondiente, aún si tal recepción “no vale para modificar la estructura de la operación económica y el valor efectual que ella expresa en la realidad social”. De aquí la conclusión de que “la problemática del tipo refiere, entonces, tanto a los tipos legales, como a los tipos sociales, aún cuando en las dos hipótesis puede asumir modalidades particulares. La noción de contrato atípico no coincide, por tanto, con la de contrato innominado, pero comprende

(17) E. BETTI, “Teoria generale del negozio giuridico”, en el Tratt. di dir. civ., diretto da F. VASSALLI, Torino, 1952, 2a ed., 191.

(18) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 231-233.

(19) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 234.

(20) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 234.

(21) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 240.

los actos individuales que no se pueden asimilar a ningún tipo, ni legal, ni social” (22).

El proceso de tipización legal en efecto nace en primer lugar de la observación de la realidad del tráfico, puesto que el legislador quiere ofrecer a los privados una serie de modelos jurídicos que sean idóneos para la realización de las finalidades empíricas que ellos quieren conseguir mediante el instrumento del contrato. Tal proceso se desarrolla según una secuencia que partiendo de la así llamada tipicidad jurisprudencial y procediendo a través de la denominada social, llega finalmente a la nombrada legal.

El tipo jurisprudencial — vale decir la emersión en la dimensión del proceso y del juicio de las exigencias concretas que se manifiestan en la realidad del tráfico y que deben ser sistematizadas y racionalizadas con el contrato — para convertirse en tipo legal necesita de comportamientos reiterados, de una suerte de aplicación uniforme y constante de un determinado esquema, puesto que solamente a través de este mecanismo el modelo se radica en el sistema social y del tráfico. Lo que da cuenta, por otra parte, de la circunstancia de que a menudo los sujetos interesados en la tipización de un determinado modelo de contrato crean finalmente asociaciones de categoría entre los operadores del sector, los cuales se prefijan la tarea de redactar un esquema contractual uniforme para regular la materia disciplinada, como en el caso de las normas bancarias uniformes.

Como ha sido notado, el tipo jurisprudencial “se forma por estratificación sobre la base de juicios concernientes a determinados esquemas y repetidos en el tiempo; el tipo jurisprudencial es, en sustancia, el banco de prueba de la existencia del tipo social” (23).

De la tipicidad jurisprudencial, y de la social, quedan por tanto excluidos solamente los comportamientos individuales, vale decir los singulares contratos atípicos sujetos a la disciplina cubierta por el art. 1322, visto que el número de los tipos creados por la práctica de los nego-

cios y convalidado por la jurisprudencia “no es fijo: puede —con el tiempo— aumentar; puede decrecer. Todo tipo, luego de su emersión social-jurisprudencial, está destinado a convertirse en tipo legal en ocasión de esta o aquella reforma legislativa (24).

III. La tendencia de la jurisprudencia a la “tipización” del contrato atípico

La tipicidad jurisprudencial, por otra parte, representa la inevitable consecuencia de una constante tendencia de los tribunales, cuyas técnicas fueron sometidas a un preciso y analítico examen por Rodolfo Sacco (25), el cual ha revelado los expedientes lógicos de los cuales nuestra jurisprudencia se sirve cuando encuentra tener que operar ante un contrato aparentemente no adscribible a un tipo.

Los resultados de tal investigación son ahora un resultado adquirido por nuestra doctrina, pero su importancia en la reconstrucción del tema es tal que es de todos modos oportuno hacer aunque sea una breve referencia, resumiéndola según su más reciente formulación.

Un primer expediente de la jurisprudencia, preliminar a la tipización de los contratos, consistiría en la tipización de las cláusulas, que sin embargo no significa tipización de los contratos, sino procedimiento que la prepara y la hace posible, puesto que “sustituye a la variabilidad de lo “querido” la lista objetiva de las cláusulas”; un segundo expediente permite a la jurisprudencia el dar “victoria” al tipo, cuando la cláusula extraña al tipo está en conflicto con la tipicidad de los contratos, mediante la afirmación, que se convierte en regla general, según la cual “aún una relación que tenga cualquier característica no adherente al supuesto de hecho legal puede trasladarse, en base al concepto de la prevalencia de los otros elementos típicos, a la disciplina propia de la relación típica que los elementos prevaletes concurren a constituir”.

La ampliación del tipo se realizaría también mediante el recurso a la analogía, de modo que

(22) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 241.

(23) F. GAZZONI, “Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi”, en Riv. dir. civ., 1978, I, 80 ss.

(24) R. SACCO, “Autonomia contrattuale e tipi”, cit., 796.

(25) R. SACCO, “Autonomia contrattuale e tipi”, cit., 802.

la imagen que el código evocaría sería la “de una vasta área continua, representada por los posible contratos atípicos, punteada de islotes, constituido por las áreas de los contratos típicos” y a través de la irrelevancia (a los fines de la calificación) de las cláusulas atípicas podría observarse cómo “los diversos islotes desbordan los límites originarios y se amplían invadiendo porciones siempre mayores del área de los contratos atípicos”.

El proceso de expansión así descrito, continuaría con el auxilio de un procedimiento lógico que se sirve, en el caso de contrato legalmente atípico, del empleo por parte de la jurisprudencia de los singulares efectos elementales propios de los contratos típicos. En tal modo se opera una escisión entre los variados efectos elementales que permite a la jurisprudencia construir la figura contractual correspondiente al fin de recomponer la unidad del todo y hablar de tal modo de hipótesis de contrato mixto o bien complejo.

La distinción entre estas dos hipótesis, aún cuando evidente en el plano de la lógica escolástica, no llegaría sin embargo a ninguna consecuencia prácticamente relevante, puesto que ambas figuras, según la regla de la prevalencia, son reducidas siempre a un contrato típico, de modo que el juez “no deberá fallar sobre la base de la equidistancia del contrato mixto de dos tipos diversos: el juez debe siempre encontrar un esquema contractual prevalente sobre el otro”, con la consecuencia de que la calificación de un contrato como complejo o como mixto constituye el medio lógico para incorporar un contrato en el tipo a que más se asemeja” (26).

En otros casos la jurisprudencia, aún no pudiendo basarse en el principio de la prevalencia pero no queriendo renunciar a la tipización, se sirve de diferentes técnicas y afirma que el contrato mixto está sujeto a la disciplina unitaria que le compete, en razón de los elementos prevaletentes, pero no excluye la aplicación de las normas propias del contrato que ha sido absorbido y “alcanzará así a hacer rotar la regla contractual sobre la disciplina de los tipos” (27).

Con la técnica de la descomposición del contrato, además, la jurisprudencia, cuando se aprecia

que la técnica de la absorción se adapta mal al caso concreto, abandona la idea de pertenencia del contrato a un único tipo y considera el contrato en una perspectiva atomística y en tal sentido somete las diversas prestaciones al régimen del contrato típico más conveniente (28).

La tensión de la jurisprudencia hacia la tipización es de todos modos bastante constante, aún cuando no opera mediante la técnica de la absorción de las cláusulas atípicas y la incorporación de los contratos mixtos y complejos en un tipo, con la consecuencia de que “el intérprete no se pregunta si el contrato pertenezca o no a un tipo, si sea o no típico. Él se pregunta directamente a cuál tipo pertenece este o aquel supuesto de hecho” y aún cuando la subsunción directa del supuesto de hecho en el tipo no puede operar y el contrato resulta formalmente calificado como atípico, se podrá igualmente proclamar que la disciplina suya propia es la del contrato típico al cual mayormente se avecina (29).

Rodolfo Sacco ha entonces develado que la tendencia de la jurisprudencia es hacia la tipización, y que los resultados más vistosos de tal tendencia son representados por los *naturalia negotii*, vale decir por aquellos efectos que se reputan consiguientes a un determinado tipo de contrato, del cual se hacen descender en ausencia de una voluntad contraria de las partes, de modo que adscribir un contrato a un determinado tipo más bien que a otro, significa atribuirle algunos *naturalia negotii* en lugar de otros.

La doctrina que se ha movido a lo largo del recorrido así trazado, luego de haber demostrado que la jurisprudencia mira a la disciplina de los tipos singulares para buscar la norma a aplicar y descuida técnicas y criterios alternativos a la tipización, se ha esforzado por individualizar las razones de esta tendencia a la tipización y ha creído encontrarlas en una pluralidad de circunstancias: que nuestro código prevé un elenco muy amplio de tipos legales; que la parte general sobre el contrato mira a la estructura del acto de autonomía, en lugar de mirar al contenido, por lo cual no es el lugar más adecuado donde encontrar normas para integrar eventuales lagunas; que el nivel de la prestación es pobre en cuanto a la disciplina.

(26) R. SACCO, “Il contratto in generale”, cit., 441.

(27) R. SACCO, “Il contratto in generale”, cit., 441.

(28) R. SACCO, “Il contratto in generale”, cit., 441.

(29) R. SACCO, “Il contratto in generale”, cit., 441.

Se ha preguntado por otra parte por qué razones nuestros tribunales rehúsan acudir a las cláusulas generales a favor de la tipización, concluyendo que el juez italiano tipiza porque los ciudadanos esperan que él motive la propia decisión con la cita puntual de las normas invocadas (30).

En extrema síntesis, entonces, la asimilación al tipo serviría por una parte para completar la disciplina del contrato que las partes hayan dejado en lagunas; por otro, para controlar la operación económica puesta en marcha por los contratantes, vale decir a controlar la meritoriedad del interés que las partes quieren perseguir.

IV. La tipización y la connotación del contrato

Diverso al proceso de tipización es el de la connotación (31), con el cual se quiere indicar el caso en que el legislador ha mencionado el contrato, pero no ha delineado completamente su disciplina, como ocurre en algunas disposiciones presentes en el T.U. de la ley bancaria (por ejemplo, art. 117.8) en el cual se prevé la posibilidad para el Banco de Italia de “prescribir que determinados contratos o títulos, individualizados a través de una particular denominación o sobre la base de específicos criterios calificativos, tengan un contenido típico determinado. Los contratos y los títulos diformes son nulos”.

Al respecto se ha observado, por un lado, que en este caso no nos encontraríamos “en presencia de una tipicidad de los instrumentos, entendida como número cerrado”, puesto que la formulación de la norma no excluiría que las partes puedan recurrir a instrumentos diversos; por otro, que no nos encontraríamos tampoco en presencia de un procedimiento de tipización, puesto que no estaríamos en presencia ni de una asimilación de los casos presentes en la praxis a tipos legales ya conocidos, ni a una hipótesis de recepción mediante una disciplina legislativa o de fuente secundaria de casos ofrecidos por la praxis y no regulados aún; ni menos aún se podría pensar en un caso de control preventivo por obra del Banco de Italia. Se trataría, en cambio, de un fenómeno diverso: “la prescripción de las características que

un título o un contrato deben poseer para poder ser indicados con un determinado nomen” y por tanto de un fenómeno del cual se podría hablar, puntualmente, de “connotación” (32).

V. Causa y tipo

Uno de los principales itinerarios recorridos por los intérpretes de la teoría del contrato está signado, en la historia de las ideas, por la tendencial identificación, de la noción de causa con la función que define el tipo de negocio y con su consiguiente inescindibilidad (33).

Este modelo de aproximación representaría uno de las consecuencias de la noción de causa objetiva, que también debía servir en las intenciones de la doctrina para distinguir entre causa y motivos, puesto que la causa debía aparecer como el elemento siempre recurrente en una serie de negocios trasladables a determinadas operaciones económico-sociales.

El abandono de tales tendencias a favor de una presentación más adherente al terreno de los problemas de la disciplina a aplicar en concreto a determinadas operaciones económicas, representa una significativa evolución en la profundización del tema cuyo mérito es reconocido a aquella doctrina (34) que ha puesto de relieve cómo el problema de la tipicidad de un contrato no refiere a *la tipicidad de las forma de tutela* concedidas por el ordenamiento jurídico a un determinado interés, debiéndose distinguir el problema de la tipicidad de la fuente de la relación, del problema de la tipicidad de la relación misma. Y en efecto una vez que un interés, mediante un contrato, haya sido creado *ex novo* o haya sido transferido de un sujeto a otro, el problema de la tipicidad refiere propiamente a la actividad contractual que las partes ponen en movimiento para alcanzar la creación o modificación de determinadas situaciones jurídicas subjetivas, de modo que en la hipótesis contractual el interés puede ser considerado sea como resultado alcanzado, sea como incorporado en la actividad contractual y caracterizante de ella. En esta perspectiva la tipicidad refiere

(30) G. DE NOVA, “Nuovi contratti”, cit., 24.

(31) DE NOVA, “Trasparenza e connotazione”, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, 937 — 938.

(32) DE NOVA, “Trasparenza e connotazione”, cit., 937.

(33) E. BETTI, “Teoria generale del negozio giuridico”, cit., 184.

(34) G. B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 247.

propiamente al contrato, y por tanto la actividad en sí y por sí considerada y no a la tipicidad de la situación estática que mediante aquella actividad se quiere alcanzar.

En efecto, como se ha observado autorizadamente, la identificación entre causa y tipo ha llevado a postergar el análisis del contexto económico concreto en el cual los privados actúan, que es la única vía a recorrer a fin de alcanzar “el núcleo del concepto de causa, correctamente entendido como razón del negocio, como justificación de los movimientos de bienes de un individuo a otro, tal como es presumible de la forma en que se presentan los intereses en el caso singular, presumibles en concreto, si es el caso, a partir de la más compleja operación económica, y no, ya en abstracto, de la construcción del tipo contractual configurado por el legislador (35).

VI. La causa como función económico-individual

El punto de partida para la superación de la concepción de la causa como función económico-social del acto de autonomía (con la consecuencia, según esta doctrina, de que de la identificación de la noción de causa con la función que define el tipo de negocio se haga descender su consiguiente inescindibilidad) y el consiguiente pasaje a la idea de la causa como función económico-individual (36), ha sido la revisión que la doctrina ha desarrollado sobre el perfil causal del negocio y del contrato (37).

La causa se convierte en el elemento de cohesión de todos los otros elementos que componen la construcción del negocio y de la “actividad”, y al mismo tiempo en el índice de cómo la regla de los sujetos privados sea “la expresión objetiva de

las finalidades subjetivas que el autor o los autores del negocio intentan conseguir”, de manera de convertirse en el elemento que “técnicamente vincula a la operación económica, a la cual el negocio da vida, entendida en su globalidad, con los sujetos que son sus autores” (38).

De ello se deriva la liberación del tipo contractual de la causa, en el sentido de que desaparece la superposición entre causa y tipo, y por tanto desaparece la necesidad de distinguir entre el esquema causal abstracto, representado por el tipo legal, y la causa concreta del negocio singular (39).

El contrato, todo contrato, es en definitiva el que resulta de su causa en concreto, y el tipo expresa solamente un modelo de organización de intereses (40).

La justificación de la identificación entre causa y tipo (propio de la doctrina antecedente al nuevo código) puede por tanto justificarse en la lógica de la afirmación según la cual “todo tipo tiene una función económico social, en cuanto en su estructura resume una determinada operación económica”, y por tanto, entendida la causa como la función económica que se quiere realizar con una determinada organización de intereses, una vez que esta operación se presente como tipizada, es posible individuar una finalidad abstractamente típica (41).

El art. 1322 c.c., no obstante, no establece una necesaria simetría entre interés realizable mediante el contrato y estructura típica, vale decir entre interés perseguido e interés tipizado, puesto que el contrato puede acoger en su esquema la realización de intereses nuevos y diversos de aquellos ya hechos propios por las estructuras típicas, a condición de que respondan a un interés meritorio de tutela, creando en tal modo nuevas estructuras

(35) GAZZONI, “Manuale di diritto privato”, Napoli, 2007, XIII ed., 808.

(36) BETTI, “Teoria generale del negozio giuridico”, cit. 391.

(37) Cfr. Cfr. por todos, G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 251; BENEDETTI, “Dal contratto al negozio unilaterale”, Milano, 1969, 222; ID., “Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico—individuale del negozio giuridico”, in *Dir. giur.*, 2008, 317; RODOTÀ, “Le fonti di integrazione del contratto”, Milano, 1969, 78 ss.; PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, Milano, 1970, 136; ID., “Contratto di alienazione e titolo dell’acquisto”, Milano, 1974, 2.

(38) G.B. FERRI, “La causa nella teoria del contratto”, en FERRI-ANGELICI, “Studi sull’autonomia dei privati”, Torino, 1997, 99.

(39) G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., p. 231 ss..

(40) G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 247.

(41) G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 250.

o bien atribuyendo nueva función a las estructuras ya típicas (42).

La valoración del acto se desplaza entonces del plano de la causa y del tipo al plano del interés, puesto que la tipicidad de un contrato no representa de por sí un índice seguro de su meritividad, debiéndose más bien hacer pie en la naturaleza del interés en concreto perseguido; operando de ese modo se lograría superar el problema de la ilicitud de la causa del negocio típico, ya que la tipicidad termina por individualizar - señaladamente en el esquema (aún socialmente) típico -no un perfil de meritividad del interés, sino una disciplina a aplicar para la realización de ese interés.

La causa se vuelve entonces la función económico-individual del contrato “en cuanto refiere a una operación que expresa exigencias e intereses de uno o más individuos”. El problema de la causa y del tipo, en la perspectiva del ángulo particular del interés, supera el perfil del tipo y de sus clasificaciones, puesto que “en el caso concreto el negocio jurídico, en su conjunto de elementos esenciales y no esenciales, forma un bloque unitario y como tal, esto es unitariamente, deberá ser valorado por el ordenamiento jurídico: solamente de esta manera, en efecto, se puede captar el sentido y la portada de la operación económica, que el negocio jurídico expresa” (43).

VII. La causa en concreto y su control

La nueva lectura del perfil causal del contrato, sugerida por la doctrina recién recordada, permite abarcar la complejidad de las operaciones creadas por los sujetos privados cuando éstas superan la dimensión estricta representada por el acto singular y abre la vía a la posibilidad de valorar en su concreción todos los intereses que

(42) G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 251.

(43) G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., 256. Del mismo autor, cfr. también *La causa nella teoria del contratto*, cit., p. 97 ss.; ID., “I profili generali della teoria del negozio giuridico”, en FERRI-ANGELICI, “Studi sull’autonomia dei privati”, cit., 29 ss.; ID., “L’invisibile” presenza della causa del contratto”, en G.B. FERRI, “Il potere e la parola”, Padova, 2008, 449; ID., “L’accordo sufficiente e la funzione del contratto”, *ivi*, 459; ID., ID., “Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico—individuale del negozio giuridico”, cit., 317 ss.

entran a formar parte de la razón sustancial del negocio, independientemente de su presencia en el modelo legal típico elegido por las partes para disciplinarla.

La relevancia de aquellos intereses en efecto emerge cuando se supera una concepción de la causa en términos objetivos y se comprende que el tipo, no ya rígidamente anclado en la causa, sino separado de ella, se convierte, propiamente en cuanto modelo de organización de los intereses, en un plano de distribución de riesgos contractuales; de modo que su elección es ya de por sí un índice de cómo las partes quieren distribuir el riesgo de incumplimiento y de las circunstancias sobrevinientes relevantes, esto es, de cómo quieren regular la economía de su contrato (44).

La contraposición entre causa y motivos, como efecto de la concepción económico-social de la causa, entendida como función típica de un determinado contrato, comprimía en el plano de los instrumentos interpretativos la posibilidad de acordar (independientemente de la violación del dogma de la irrelevancia de los motivos) importancia a los intereses subyacentes al contrato, esto es, a la razón concreta del negocio, así como ella emergía independientemente de la causa propia del tipo.

Por tanto, superada la rígida contraposición entre causa y motivos, el interés de los contratantes surge como elemento objeto del control del ordenamiento en el plano del perfil causal del contrato y sobre la realización de los efectos programados en concreto por las partes, en cada caso, con la operación económica por ellos querida.

En tal perspectiva, el perfil de la relevancia de la causa en concreto y del efectivo interés de las partes que emerge de la operación, ha sido sabiamente valorizado en el estudio de la ilicitud de la función negocial, por parte de quien, por un lado, ha denunciado que “la doctrina del negocio ilícito es fruto de un logicismo abstrayente” (45); por otro, ha reconstruido el tema atenta y convicentemente, poniendo en evidencia que el punto

(44) Cfr. E. GABRIELLI, “Tipo contrattuale”, en Enc. Giur. Treccani, Agg. VIII, Roma, 2000, 9 (ahora también en ID., *Studi sui contratti*, Torino, 2000).

(45) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 86.

de incidencia de la ilicitud no es fijo, puesto que cambia según la variación de los elementos de la autorreglamentación de intereses y de las formas mediante las cuales se combinan los componentes de la operación que señalan sus perfiles esenciales (46).

El problema de la causa ilícita viene así trasladado a sus exactos términos de relevancia, que no son aquellos “del elemento estructural que funda el tipo, sino de la función unitaria que caracteriza la operación sobre el variado perfil de la autorreglamentación” (47), de modo que el problema de los límites de relevancia de la ilicitud funcional queda contenido dentro de hipótesis bien determinadas, que son aquellas en las cuales la presentación concreta de los elementos que componen la operación reclamen y justifiquen la sanción de invalidez del negocio, como único instrumento idóneo para impedir la realización del interés contrario a la ley (48).

El fenómeno de la función como interés objetivado en el negocio debe ser entonces afrontado en la perspectiva de la función unitaria del negocio mismo, puesto que cae en la prohibición impuesta por el ordenamiento el negocio “aún cuando la autorreglamentación, por sí lícita, está destinada a operar como componente preceptivo de una organización de intereses cuya función está dirigida, según el ejercicio del poder de autonomía, a situaciones subjetivas preexistentes, de modo de realizar, a través de estos posteriores elementos de estructura, el resultado *contra legem*” (49).

En definitiva las hipótesis de divergencia o de incompatibilidad entre el tipo negocial y el interés perseguido en concreto deben ser resueltas abandonando la identificación de la función, que permea por sí el negocio, con la causa. Con el consiguiente error de perspectiva de reducir, en tal modo, a un esquema típico, la que es en cambio la compleja estructura de la autorreglamentación, superponiendo así a la organización de intereses

en concreto construido por las partes, como regla para sus intereses, el efecto característico del esquema típico por ellas preseleccionado, y perdiendo de vista lo que es el punto central del tema: la “ilicitud de la función implica valoración en concreto del negocio” (50).

En la investigación de la función ilícita, en efecto, “lo que cuenta es la operación” (51), en cuya amplia perspectiva se supera “el equívoco al cual induce la abstracción del concepto de “causa ilícita” (52).

El control sobre la razón justificativa del negocio, y por tanto sobre la realización de la función concreta del contrato y sobre su medida, permite además dar ingreso en la interpretación del acto, sea a la relevancia de la presuposición, sea a la selección de los intereses que aparecen meritorios de ser tutelados cuando, en razón de los cambios ocurridos en la originaria economía del contrato, aparece contrario a todo criterio de razonabilidad y de buena fe en la ejecución adosar a uno de los contratantes el riesgo del incumplimiento o de la circunstancia sobreviniente (53).

En presencia de eventos supervinientes, o bien de presupuestos de la iniciativa contractual no explícitamente enunciados en el contenido del acto, pero en todo caso puestos por las partes como fundamento del negocio, el recurso a la concepción de la causa como función económico-social, en efecto, había demostrado que ni con el auxilio de las directivas de administración del riesgo contractual elaboradas por la jurisprudencia, ni mediante las configuraciones proyectadas por la doctrina, se lograba suplir la falta de un principio general y codificado que pudiera asegurar una disciplina cierta a las hipótesis de sobreveniencia contractuales y que por tanto pudiera dar estabilidad a la organización originaria de intereses fijados por las partes en el contrato, aún en presencia de casos en los cuales, por la particularidad o singularidad del evento, resultase dudoso a cuál de los contrayentes

(46) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 26.

(47) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 215.

(48) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 216.

(49) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 209.

(50) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 2.

(51) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 62.

(52) PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 150.

(53) Cfr. BESSONE, “Adempimento e rischio contrattuale”, Milano, 1969, *passim*.

debiera ser adosado el riesgo, y el daño, de la falta de realización del negocio programado. Con el resultado de que a menudo los intérpretes se movían erráticos e inciertos entre la aplicación de la condición implícita, la teoría de la presuposición y la de la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que se hacía uso bien de una, bien de la otra técnica para la solución de las cuestiones conexas a la sobreveniencia de lo imprevisible.

El recurso al control sobre la causa en concreto, en cambio, permite seleccionar los intereses relevantes y decidir, en cada caso y con específica referencia a la construcción de la operación económica concreta y singular, cuáles sean en la interpretación del contrato los criterios de administración y de distribución del riesgo contractual a aplicar al caso singular para equilibrar los intereses contrapuestos del contrayente golpeado por la imprevisibilidad del evento negativo (al cual el ordenamiento no reputa equitativo y razonable hacer soportar el riesgo de sobreveniencia), y de aquél que de tal evento (respecto de lo que era la originaria economía del negocio creado por las partes) resultaría, al contrario, injustamente favorecido.

La teoría de la causa en concreto es ahora constantemente aplicada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Cassazione italiana (54).

VIII. La libertad de concluir contratos diversos de los tipos codificados

El principio de autonomía que el ordenamiento reconoce a los privados en el art. 1322 Código Civil representa una de las normas de mayor dificultad interpretativa de la materia de los contratos en general, puesto que el problema

(54) Cfr. la fundamental sentencia Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, en Giust. civ., 2007, I, 1988; y en el mismo sentido, Cass. 11 giugno 2007, n. 13580, en Giust. civ., 2008, I, 729, con nota di E. GABRIELLI, "Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica"; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in Nuova giur. civ. comm., 2010, I, 448, con nota di DI LEO; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in Giust. civ., 2007, I, 1988; Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in Giur. It., 2010, 2033, con nota de ROCCHIO, "Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie", viste dalle Sezioni Unite; Cass. Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in Foro It., 2010, 2460, con nota di F.S. COSTANTINO, "Adempimento di debito altrui, fallimento del "solvens" e revocatoria al vaglio delle sezioni unite"; Cass. 18 agosto 2011, n. 17360, en Giur. It., 2012, 1795.

de la meritoriedad del interés perseguido por las partes en el contrato atípico ha sido definido como "el problema central de la autonomía privada" (55), ya que involucra, entre otros, el tema de la definición de la relación entre libertad de los sujetos privados y valores del ordenamiento y por otro lado el de la dinámica de producción de los efectos jurídicos.

Sobre este terreno por otra parte confluyen ya sea las cuestiones de la noción misma de causa del contrato, sea las de su ilicitud, sea las relativas a la relación entre criterios de meritoriedad del interés y normas imperativas, orden público, buenas costumbres; así como aquellas planteadas por la necesidad de la presencia, junto a estos criterios normativos de referencia, del criterio de utilidad social.

La relación entre tipo contractual y principio de autonomía resulta por tanto vinculado también con el control judicial del contenido del contrato, a través del perfil de los intereses meritorios de tutela, con el surgimiento del problema, que ha dado lugar a un conspicuo debate en doctrina, de si el control del juez sobre los contratos no pertenecientes a tipos legales deba o no desarrollarse y aplicarse mediante una valoración más profundizada que aquella reservada a los tipos previstos por la ley.

El contrato típico en efecto, según una cierta concepción interpretativa, se encontraría, como esquema legal de creación del ordenamiento, exento de la necesidad de un control sobre su causa, la cual por definición sería lícita.

De ello se derivaría - para esta opinión - que en el caso de contrato atípico el juez debería valorar los intereses que han impulsado a las partes a la conclusión del contrato y a la construcción de un determinado reglamento de intereses apreciando su dignidad y meritoriedad en la línea de criterios de juicio que ciertamente no podrían ser limitados a aquellos que refieren a la conveniencia que el contrato singular asume para las partes, sino que debería ir más allá, tomando como punto de referencia los principios generales que presiden la meritoriedad de los intereses.

(55) G.B. FERRI, "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", cit., 87.

El problema del control de la meritoriedad de los intereses en las opiniones más autorizadas tiende de todos modos a separarse actualmente de aquel de la asimilación al tipo y a asumir una autonomía propia.

En la contraposición de las opiniones en la materia, que gira desde hace tiempo sobre la alternativa ya indicada, se ha agregado, en los últimos años, aquella según la cual la teoría de la causa como función económica (sea social, sea individual) sería inadecuada en relación con la discusión sobre el contrato atípico, en la cual jugaría un papel determinante la multiplicidad de las prestaciones que pueden ser deducidas como objeto de la relación, con el consiguiente surgimiento de una multiplicidad de problemas trasladables al área de la juridicidad del vínculo, de modo que el art. 1322 no podría encuadrar en una visión exclusivamente normativa de licitud en razón de la existencia de otros problemas que rotan en torno al contrato atípico (58).

El juicio acerca de la meritoriedad del interés sería por otra parte cuantitativamente diverso del de la licitud, teniendo el primero como objeto la “valoración de la idoneidad del instrumento elaborado por los sujetos privados para servir como *modelo jurídico* de reglamentación de los intereses, vista la ausencia de una obra preventiva de tipización legislativa, entendida como mera predisposición de una cierta serie (más o menos variable) de esquemas” (59), lo que se resolvería en la conformidad del acto con todas aquellas normas inderogables de carácter “*procedimental y formal* que se refieran al reconocimiento del instrumento pacticio como *instrumento jurídico*” (60).

El juicio de licitud de la causa ex art. 1343 se distinguiría del de la meritoriedad del interés y se extendería también a los contratos típicos, ya que la existencia de esquemas típicos preconfeccionados no tiene relación con la existencia de una conformidad con los principios del ordenamiento, sino con la elaboración de los nomina juris.

(58) F. GAZZONI, “Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi”, en Riv. dir. civ., 1978, I, 61.

(59) F. GAZZONI, “Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi”, cit., 62.

(60) F. GAZZONI, “Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi”, cit., 62.

De aquí la necesidad de la distinción entre el juicio que refiere al tipo de aquél que refiere a la causa (61).

A esta elaboración se replica, repitiendo una línea interpretativa expresada desde hace tiempo, que meritoriedad de los intereses no puede significar relevancia de los mismos, sobre el criterio de la obligatoriedad del esquema a través del cual los sujetos privados lo han regulado, sino que significa “conformidad de los intereses con los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico (62).

La meritoriedad de los intereses sería, en efecto, por un lado, algo más y algo bien distinto que el interés relevante, y por otro, la fórmula expresaría el resultado de un juicio de idoneidad de la regla, que se hace portadora de tales intereses, a obtener la tutela del ordenamiento y por tanto sería el resultado de un juicio en el cual es comprobada la conformidad de los intereses (o de las reglas a través de las cuales los mismos son manifestados por los sujetos privados en el reglamento negocial) con los criterios de valoración de tal meritoriedad fijados por el legislador. El perfil de la relevancia emergería, en cambio, de la comprobación de que tales intereses y su reglamentación hayan tenido, en el grado mínimo requerido de plenitud estructural, la medida de objetivación que pueda permitirles ser percibidos por el ordenamiento jurídico, con el resultado de que el problema de la relevancia sería “precedente, autónomo y no coincidente con el de la meritoriedad” (63).

X. El tipo y la interpretación. La distinción entre los tipos y la calificación del contrato según el tipo

La doctrina ha distinguido desde hace tiempo el procedimiento de interpretación de aquel de la calificación del contrato.

La calificación, esto es la valoración jurídica del supuesto de hecho según los criterios distintivos de la materia contractual, debe en efecto ser considerada distinta respecto de la interpretación del

(61) F. GAZZONI, “Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi”, cit., 62.

(62) G.B. FERRI, “Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse”, en Riv. dir. comm., 1979, I, 5.

(63) G.B. FERRI, “Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse”, cit., 5.

contrato, en cuanto sería una valoración jurídica, mientras que la interpretación sería una valoración de hecho y por tanto la calificación presupondría la previa interpretación, esto es la previa determinación del contenido del contrato. Y se agrega que “la calificación del contrato es principalmente aquella que lo asigna a un determinado tipo contractual. Esta calificación procede en base a la causa concreta del contrato” (64).

Uno de los resultados más significativos de la concepción de la causa como función del contrato consiste por tanto en la convicción según la cual la causa es el elemento unitario idóneo para individualizar el tipo.

La afirmación de que sea la causa lo que individualiza el tipo, que es central en las ideas de Emilio Betti, encuentra aún, desde hace tiempo, una adhesión convencida en las opiniones de los Tribunales.

Sin embargo, la actitud de la doctrina, como se ha señalado recientemente, se estaría alejando de la de la jurisprudencia en el sentido de que mientras la segunda percibe, en la utilización de la causa, como función, el común denominador sobre el cual fundar la reducción del contrato concreto al tipo legal, la doctrina, en cambio, se serviría de ella más a menudo para construir primero la noción de típico y de atípico, por medio de lo cual valorar el contrato y sólo en un segundo tiempo para poner en comunicación esas dos áreas a través del reclamo a la analogía o a las operaciones combinatorias permitidas por la investigación que coloca como central el elemento funcional (65).

La jurisprudencia es hoy firmemente orientada en encontrar en la causa —y en la “causa en concreto”— el instrumento de individualización

(64) C.M. BIANCA, “Diritto civile”, 3. Il contratto, Milano, 1984, 444-445. En la misma dirección se orienta por otra parte la jurisprudencia, cuando, incluso recientemente, afirma que “a la calificación de un contrato se llega a través de dos fases; una primera consistente en la individualización y en la interpretación de la común voluntad de los contratantes y una segunda consistente en el encuadramiento del supuesto de hecho en el esquema legal paradigmático correspondiente a los elementos que caracterizan su existencia jurídica”: Cass. 16 giugno 1997, n. 5387, en Contratti, 1998, 337, con Commento de G. PIAZZA.

(65) F. DI GIOVANNI, “Il tipo e la forma”, Padova, 1992, 23.

y separación del tipo, tanto que algunas veces en las propias motivaciones retoma, y recuerda, lo afirmado en la Relación al código y afirma que “la distinción por tipos está fundada sobre el elemento funcional (...) y no concierne a los aspectos estructurales, cuya reglamentación está reservada al legislador respecto de los mismos contratos atípicos, y se remite a la distinción entre *essentia-liay naturalia negotii* para incluir (o excluir) un contrato en un tipo (66).

XI. Las críticas a la perspectiva unitaria de individualización del tipo

La perspectiva unitaria que ve en la causa el instrumento de individualización del tipo, no está sin embargo exenta de críticas, que radican en la consideración de que la causa no puede revestir un valor unitario en tal sentido, sino que, cuanto más, resulta idónea para aparecer como un instrumento de agregación entre los tipos.

El recurso a la causa para la individualización del tipo, por un lado, no sería siquiera respetuoso del derecho positivo, el cual presenta tipos legales individualizados por elementos que no podrían ser trasladados a la causa sin forzamientos y exageraciones; por otro, “la individualización del elemento calificante en la causa no ofrece criterios para la determinación de cuál sea, para el tipo singular, la función específica” (67).

Se ha replicado además a la tesis que se funda sobre normas imperativas que, por cuanto el criterio pudiera ser operante, la distinción entre normas derogables e inderogables en la disciplina del tipo no es de ayuda alguna para la individualización de los elementos caracterizantes, puesto que no todas las normas imperativas presentes en la disciplina del contrato traducen elementos esenciales del tipo, ni todas las normas que traducen elementos esenciales del tipo son imperativas. Sólo el equívoco terminológico sobre el significado de la noción de inderogabilidad podría inducir a acercar problemáticas del todo diversas, puesto que en realidad las normas que describen el tipo no son ni imperativas, ni dispositivas, dado que

(66) Cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, en Banca, borsa, tit. cred., 1998, II, 491, con nota de A.M. AZZARO, Il pegno “rotativo” arriva in Cassazione: ovvero “come la dottrina diventa giurisprudenza”.

(67) G. DE NOVA, “Il tipo contrattuale”, cit., 64.

a ellas no se ajustaría este género de predicado (68).

XII. El método tipológico

La tendencia a un repudio del instrumento de la causa, como único elemento de individualización del tipo, se ha manifestado en doctrina a través del reclamo a una multiplicidad de datos individualizantes en razón de la circunstancia de que los tipos legales se distinguen entre ellos en base a criterios múltiples y heterogéneos, y ha sido desarrollada mediante la aplicación del así llamado método tipológico (69). Con tal instrumento se opera una contraposición entre tipo y concepto, en el sentido de que, aún siendo ambos dos modos de representar la realidad, el primero expresa el esfuerzo de acercarse lo más posible al fenómeno observado, el segundo representa el resultado de una operación gnoseológica dirigida a definir con una abstracción la esencia identificante de la situación considerada; el tipo resulta pues compuesto de un complejo de elementos significantes, colocados todos en el mismo plano y que pueden aparecer incluso con diversos grados de intensidad y, a diferencia del concepto, no es cerrado sino abierto, no puede ser definido sino descrito, no es rígido, sino elástico (70).

La crítica a la teoría de la causa como elemento de individualización del tipo se apoya sobre la idea de que la función del contrato (cualquiera sea la acepción en la que es entendida) no da informaciones sobre el contrato, y por tanto no sirve al fin de operar una distinción entre uno y otro.

La tendencia a operar la distinción entre tipos legales mediante la utilización de normas imperativas, en cambio, se desarrolla sobre el terreno de la fragilidad del significado que puede ser reconocido al término “norma imperativa”, al cual se puede atribuir sea el significado de norma que, si es derogada, implica la nulidad de la derogación misma, sea en el sentido de norma que, si es derogada, implica el cambio de género del contrato.

De tal modo, renunciando a individualizar un único elemento tipizante, dotado de operatividad general, se ha acudido a una serie de trazos

distintivos, clasificados según que se refieran: al contenido del contrato, a la cualidad de las partes, a la naturaleza del bien objeto del contrato, al factor tiempo, al modo de perfeccionarse el contrato. Se trata en todo caso de un elenco que no puede considerarse exhaustivo, “porque se ha tenido cuidado en poner en evidencia las diferencias entre los tipos sólo cuando la afinidad inducía al análisis diferencial, mientras que se ha descuidado los trazos distintivos que podrían resultar de la comparación entre tipos lejanos entre sí.

Desde el punto de vista lógico, con referencia a un ordenamiento positivo dado, y por tanto a un catálogo dado de tipos legales, bien podría ser formulado un elenco de trazos distintivos dotado de plenitud” (71).

XIII. Límites y críticas al método tipológico

El método tipológico, que representa en la historia de los dogmas un momento seguramente importante, aún cuando aplicado por una parte de los intérpretes, no parece sin embargo que haya modificado la actitud de gran parte de la doctrina aún persuadida de adherir a la teoría tradicional.

Se observa, en el plano de la consideración general de ese método, que en el lenguaje que lo caracteriza, el reclamo al tipo “asume un sentido bien diverso de aquel que se le atribuye en forma acostumbrada”, puesto que el tipo no vale para designar el esquema normativo, compuesto de los elementos necesarios para la configuración del supuesto de hecho de contrato, “sino una realidad diversa, y con contornos verdaderamente algo confusos, como forzosamente debe ocurrir cuando, para construirla, se confía más en el instinto que en la lógica, reconociendo que los datos característicos del tipo “son evidenciados en función de un cuadro global captado mediante la intuición” (72).

En esta posición crítica se señala que, en la contraposición entre tipo contractual y concepto de contrato, adoptada por el método tipológico, encuentra explicación el repudio del criterio de

(68) G. DE NOVA, “Il tipo contrattuale”, cit., 66.

(69) G. DE NOVA, “Il tipo contrattuale”, cit., 66 ss.

(70) G. DE NOVA, “Il tipo contrattuale”, cit., 66 ss.

(71) G. DE NOVA, “Il tipo contrattuale”, cit., 111.

(72) A. CATAUDELLA, “Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche”, ahora en *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, 260 ss.

la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto (cuando se trata de decidir si las normas dictadas con referencia a un determinado esquema abstracto de contrato deben aplicarse o no a un contrato concreto) en función del recurso a un procedimiento que se vale del acercamiento por sucesivas aproximaciones del supuesto de hecho concreto al tipo en la acepción así delineada por el método tipológico. Se deriva que “la genericidad de las indicaciones que esta perspectiva se encuentra en grado de ofrecer al intérprete y la labilidad de los confines que, en su línea, es dado trazar”, serían suficientes para explicar el limitado consenso encontrado en la doctrina civilística (73).

En la misma dirección se ha sostenido (74) —en sentido crítico frente a la afirmación según la cual la misma finalidad puede ser perseguida mediante esquemas negociales diversos, de modo que desaparecería el valor individualizante de la causa— que el interés concretamente perseguido por las partes resulta normalmente diverso, si son diversas las posiciones jurídicas conferidas y luego que, si la causa es la misma, se puede entonces dudar que los esquemas negociales operados sean sustancialmente diversos. Se reitera además que a través de la interpretación del contrato se deben buscar los intereses concretos que las partes han entendido perseguir mediante su operación.

Bajo otro perfil, a la idea de que la causa no ofrecería los criterios para la determinación de la función específica del tipo singular, se replica que la búsqueda de los modelos negociales típicos debe proceder a través de una interpretación que tome en cuenta no sólo de la realidad histórica en la cual se origina la norma, sino sobre todo de la realidad social en la cual la norma adquiere significado como regla de la vida de relación, puesto que es a través de tal vinculación que emerge ya sea el significado de la operación económica que caracteriza las variadas figuras negociales, ya sea el grado de correspondencia de los modelos originarios con las nuevas exigencias de la praxis negocial. Y aún más, a la afirmación de la heterogeneidad y discontinuidad de los criterios utilizados por el legislador para la tipización y a

la posibilidad de que la finalidad de individualización del tipo pudiera realizarse mediante una pluralidad de criterios, se objeta que la relevancia de tales criterios se explica en cuanto ella se refleja sobre la función de la operación, vale decir, en cuanto incide sobre la causa (75).

Los límites del recurso al método tipológico han sido además individualizados bajo distintos aspectos.

Se ha señalado, para limitarnos a algunas indicaciones, que los intentos más o menos exitosos de su aplicación inducirían a reflexionar si esos resultados no habrían podido conseguirse igualmente recurriendo a la figura del contrato mixto y a la técnica de la combinación, y que el método tipológico “tiene su natural contexto operativo en situaciones que han ya superado el estadio de la extemporaneidad y se han estabilizado en la praxis, cuyos factores constitutivos se repiten con una cierta constancia habitual”, de modo que el método tipológico funciona cuando el problema de la elección de las normas a aplicar refiere a un caso concreto que puede considerarse típico (76).

Tales anotaciones han sido compartidas también en la perspectiva de investigación que ha puesto por hipótesis que el método tipológico pudiera proporcionar un instrumento en grado de superar las insidias en las cuales nos tropezaríamos cuando se debe discutir la aplicabilidad a un caso concreto de las prescripciones de forma ligadas a la individualización de su naturaleza jurídica. Se ha observado en efecto que tal método, cuando se trata de aplicar las normas que presuponen la individualización del tipo (vale decir, aquellas que mencionan el *nomen iuris* del contrato) a un contrato de dudosa calificación, “encuentra las mismas dificultades que obstaculizan el método de la subsunción propio de la tradición: el mismo no sabe decirnos cuáles elementos del tipo deben necesariamente estar presentes en el caso de especie, para que esa norma sea aplicable, y en cuáles pudieran en cambio faltar, ni cuándo eventuales elementos ulteriores, agregados a aquellos característicos del tipo, impliquen una diferenciación tipológica tal que

(73) A. CATAUDELLA, “Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche”, cit., 260 ss

(74) C.M. BIANCA, “Diritto civile”, 3. Il contratto, cit., 447.

(75) C.M. BIANCA, “Diritto civile”, 3. Il contratto, cit., p. 447.

(76) COSTANZA, “Il contratto atipico”, cit., 232 ss..

vuelva inaplicable la norma misma” El defecto del método tipológico, en el área indicada de investigación relativa al problema de la forma, consistiría en el asumir una única y exclusiva acepción del tipo contractual, negando toda relevancia a la tipización de los modelos de operación económica resultantes de las definiciones legislativas y a las normas que de ella dependen, de modo que “bajo la urgencia de excluir la utilización de las definiciones para deducir la disciplina aplicable a la relación, se llega impropriamente hasta negar toda y cualquiera relevancia a la tipización de los modelos de negocios económicos legalmente definidos (77).

XIV. Las funciones del tipo contractual

El tipo contractual no sirve solamente para indicar al intérprete un cuadro de disciplina ya individualizado por el legislador para regular una determinada organización de intereses, sino que la elección operada por las partes en la adopción de un tipo contractual más bien que otro, puede cumplir la función de criterio distributivo del riesgo contractual.

En efecto, todo contrato tiene el equilibrio económico que las partes le confieren, de modo que en su “economía”, entendida como la repartición del riesgo de sobreveniencia que resulta en cada caso conforme la reglamentación de intereses contractualmente prevista, toda prestación tiene siempre y solamente el valor de la contraprestación concedida por el contratante interesado al fin de obtenerla, y no un valor de mercado abstracto y objetivo.

El intérprete por tanto —al fin de valorar si los eventos externos han alterado la economía originaria del contrato, determinando así los presupuestos para su resolución— debe reconstruir e identificar el equilibrio económico que las partes han querido asignar a la organización de sus intereses.

En esta perspectiva, es necesario elaborar criterios de juicio que deben tomar en cuenta la variedad y variabilidad de los supuestos de hecho que la experiencia jurídica concreta continuamente presenta, y en la búsqueda de tales criterios la consideración del tipo contractual proporciona

(77) DI GIOVANNI, “El tipo e la forma”, cit.75 ss.

un instrumento seguro de interpretación, puesto que cada tipo de contrato es al mismo tiempo “un plano de distribución de riesgos” (78), de modo que la elección del tipo contractual representa una técnica para distribuir los riesgos al interno del contrato y permite valorar, respecto de su economía global, la compatibilidad entre la organización originaria de intereses y aquél presente en el momento del incumplimiento.

Es evidente en efecto que la adopción de un cierto tipo de contrato es índice de la elección que los contratantes han querido cumplir en mérito a la repartición de los riesgos que pueden derivar del contrato, de modo que en base al modelo negocial, al cual las partes han hecho referencia, se puede deducir cuál de los contratantes debe soportar las consecuencias que inevitablemente vienen vinculadas al esquema jurídico formal en el cual ingresa la entera operación económica.

La distribución del riesgo contractual marca entonces el límite dentro del cual se pueden soportar oscilaciones capaces de incidir en la medida del intercambio sin, al mismo tiempo, operar modificaciones tales que impidan la realización de tal función (79).

El intérprete debe por tanto indagar, en caso de proposición de la demanda de resolución por parte del contratante perjudicado, si la relación de cambio, no obstante los nuevos eventos, siga en condiciones de permitir aún en concreto la realización de una función de cambio.

La determinación acerca de la resolubilidad de los supuestos de hecho singulares debe por tanto operar mediante criterios de valoración cualitativos, cuantitativos y temporales, en cuanto la superación del álea normal del tipo contractual singular no justifica aún la admisibilidad, en el plano de los presupuestos sustanciales, de la acción de resolución por excesiva onerosidad.

El ordenamiento, en efecto, prescribe para su aplicación (y correlativamente para trasladar el contrato a equidad), que este límite no se restrinja

(78) FLUME, “Das Rechtsgeschäft”, Berlin — Heidelberg - New York, 1975, 2 ed., 507 y ss.

(79) E. GABRIELLI, “Alea e rischio nel contratto”, Napoli, 1997, *passim*. Sobre la diferencia entre el riesgo y el álea contractual en el derecho argentino, cfr. L. LEIVA FERNANDEZ, *El álea en los contratos*, Buenos Aires, 2002, 2 ss.

a la imprevisibilidad de la sobreveniencia, sino que sea ampliado a todo el contenido del contrato, con particular referencia a la causa del tipo contractual y al contrato en concreto.

Corresponde examinar si el tipo (o el sub-tipo) de contrato celebrado, por su contenido y por su función, no implique de por sí que al momento de su perfeccionamiento exista o deba existir conciencia de las parte de afrontar necesariamente un cierto margen de riesgo, vinculado al eventual verificarse de acontecimientos y situaciones que normalmente inciden en el desarrollo “de aquel singular tipo de relación e influyen sobre el resultado económico que las partes quieren conseguir” (80).

XV. La estructura del tipo contractual. Tipo y subtipo

Al indagar la estructura formal del tipo contractual, con el fin de individualizar sea la morfología del esquema del tipo, sea las líneas de confín entre los indicados supuestos de hecho y trasladarlos en un contexto sistemático ordenado, dirigido a satisfacer concretas exigencias aplicativas, se puede distinguir entre tipo, subtipo y variaciones del esquema legal (81).

El perfil del subtipo contractual, que a menudo representa un instrumento de individualización y de clasificación de un supuesto de hecho concreto al fin de (excluirlo o de) colocarla dentro de un esquema típico y de su disciplina, aún revistiendo un rol de relieve primario en la teoría general del contrato, resulta sin embargo escasamente elaborado en doctrina, por lo que parece oportuno señalar sus perfiles esenciales.

Entre las sugerencias que la doctrina ha ofrecido puede recordarse aquella de Carnelutti que considera los tipos jurídicos correspondientes “a supuestos de hecho y situaciones genéricas, según una clasificación de los actos que resulta de la experiencia; los tipos singulares se prestan pues a una progresiva especificación mediante la agregación a los requisitos y a los efectos típicos, requisitos y efectos extratípicos”, de modo que “agregando a los requisitos y a los efectos típicos

requisitos y efectos extratípicos se forman subtipos de situaciones o de hechos” (82).

Esta tesis -además de señalársele la equívocidad de la terminología empleada- sufre la crítica de quien sostiene que el subtipo se caracteriza no sólo por la presencia de los requisitos típicos, sino de la especificación de alguno de ellos.

El subtipo emergería, por tanto, en algunos casos, de la circunstancia de que todos los elementos esenciales del tipo se encuentran presentes, pero alguno de ellos es calificado; en otros, de la misma sistematización dada a la materia por el código, aún cuando al subtipo le sea atribuida una *appellatio* diversa de aquella atribuida al tipo; por último, la calificación de subtipo, que pudiera atribuirse a un dado contrato nominado, debería deducirse por el intérprete sobre la base de un atento examen sistemático (83).

Esta posición sufre aún, a su vez, la crítica según la cual aparece inmotivadamente limitativa en su proposición como criterio de aplicabilidad general la indicación que ve caracterizado el subtipo por la calificación o “especificación” de alguno de los requisitos propios del tipo, excluyendo implícitamente que pueda serlo a través de la introducción de requisitos diversos.

Se observa, por el contrario, que ciertamente cuando ello ocurriese, y toda vez que el elemento extra-típico introducido fuese característico de un tipo diverso, se plantearía el problema, específico de la temática de los contratos mixtos, de determinar si la especie entra en uno o en otro tipo de los cuales presenta elementos combinados, o bien se deba calificar como figura autónoma. En el caso en el cual la investigación debiese alcanzar la conclusión de que no exorbita el tipo, la configuración como subtipo resultaría “la desembocadura natural” (84).

En realidad, como se ha observado, la genericidad de las expresiones “requisitos extratípicos”, aún cuando se ha vuelto necesaria por la exigen-

(80) R. NICOLÒ, voz Alea, en Enc. dir., vol. I, Milano, 1958, 1026

(81) Cfr. E. GABRIELLI, “Tipo contrattuale”, cit., 9.

(82) F. CARNELUTTI, “Teoria generale del diritto”, Roma, 1951, 3ª ed., 232

(83) G. MINERVINI, “Lo sconto bancario”, Napoli, 1949, 73.

(84) A. CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, cit., 80.

cia de hacerla idónea para englobar todas las hipótesis en prospecto, indudablemente bastante variadas, no resulta sin embargo equívoca, puesto que “vale para dar adecuadamente el concepto de que se tiene subtipo solamente cuando exista una caracterización determinada por la introducción de un elemento no contemplado como esencial en el esquema del tipo (85).

XVI. El análisis de la estructura formal. Variaciones del tipo legal y elasticidad del esquema formal

En la definición de la articulación de la relación entre tipo y subtipo, según la doctrina que mayormente ha profundizado el tema, un primer elemento de individualización puede encontrarse en la necesidad de que el esquema del tipo tenga una elasticidad mayor que aquel del subtipo.

Entre los dos términos se instaura una relación de continente a contenido: “en el sentido de que el ámbito del primero no puede no abrazar al segundo” (86).

El esquema del tipo debe por tanto — para tener una mayor capacidad expansiva — ser necesariamente menos articulado que aquel del subtipo. Se subraya (87), en efecto, que en el subtipo “permanecen aspectos esenciales del tipo, integrados con otros elementos que la ley considera y disciplina en la configuración de tal negocio. Que corresponde entonces, para ser más precisos, siempre a un tipo, pero diríamos de rango subordinado (y por tanto, por la parte no contemplada, sometido a la misma disciplina del tipo principal)”. El esquema del subtipo, para ser tal, a su vez, debe presentar todos los elementos indispensables para la configuración del tipo, con el agregado de algunas notas ulteriores, que valga para caracterizarlo (88).

(85) A. CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, cit., 80.

(86) A. CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, cit., 80.

(87) R. SCOGNAMIGLIO, “Contratti in generale”, en Tratt, di dir. civ., diretto da GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1977, 3a ed., 40-41ss.

(88) A. CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, cit., 80; L. MENGONI, “La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, en Riv. it. dir. lav., 1986, I, 10.

El grado de elasticidad del tipo constituye por tanto la medida de producción de sus subtipos, que serán tantos cuantas puedan ser las posibilidades de agregar, a aquel esquema, notas individualizantes ulteriores respecto a aquellas propias del tipo, que no hayan sido contempladas como esenciales para la definición del mismo.

La graduación mediante la cual se articula tal escansión implica la necesidad preventiva de individualizar ya sea cuáles elementos deben considerarse esenciales para la definición del tipo (que incide también en el delineamiento de la relación entre los ámbitos de tipos diversos), ya sea la definición del esquema del tipo.

De todos modos todos estos aspectos parecen trasladables a un único problema: la individualización del tipo; que, como ya se ha dicho, parece correcto resolver aparejándolo sobre la línea metodológica que recurre a la causa, como elemento individualizante dotado de operatividad general.

A diversas consideraciones podría dar lugar la hipótesis inversa, respecto de aquella hasta ahora considerada: la ausencia, en el supuesto de hecho concreto, de un elemento considerado esencial para la configuración del esquema típico. En tal caso, la exclusión de una figura sub-típica es motivada por la misma imposibilidad de identificar, en el esquema tomado en consideración, un esquema típico, dada la ausencia, precisamente, de uno de los factores esenciales para su reconocimiento.

A fin de que el ámbito de emersión y las notas caracterizantes del subtipo aparezcan más netamente, corresponde, sin embargo, operar una partición entre el subtipo contractual e hipótesis en las cuales, en cambio, se asiste a “*variaciones del tipo contractual*”. Hipótesis, estas últimas, que se restringen siempre al tipo así llamado legal, puesto que solamente a su respecto, dada la existencia de una definición y disciplina expresa, es posible señalar con certeza las eventuales variaciones.

Las variaciones del esquema legal, por otra parte, no parecen representar otra cosa que los reflejos reportados sobre el delineamiento formal del esquema, de las modificaciones de la función. Cuando estas modificaciones no asuman una entidad tal de producir una verdadera y propia

alteración causal del acto de autonomía, ella serán compatibles con el esquema típico originario, no determinando, en consecuencia, una derogación de su disciplina. No podrá ocurrir lo mismo, en cambio, en aquellas hipótesis en las cuales, respecto al esquema típico, no pueda apreciarse una variación, sino una verdadera y propia alteración.

El límite, luego del cual la disciplina del contrato no puede ser derogada sin alterar el tipo legal, puede ser verificado y comprobado solamente “con referencia al significado de la operación económica expresada en el contrato típico”, puesto que la compatibilidad de las variantes con el tipo debe ser, en particular, reconocida cuando los intereses ulteriores que las partes persiguen tienen carácter de complementariedad respecto del interés principal (89).

Emerge, de ese contexto, la importancia de una exacta demarcación de los límites de elasticidad de cada tipo, al fin, precisamente, de señalar su eventual superación y de aplicar por tanto una disciplina diversa de la que es propia del tipo.

El problema de la elasticidad del tipo legal se plantea cuando el supuesto de hecho concreto no entra completamente en el esquema típico y se trata por tanto de analizar si el mismo puede ser extendido hasta comprenderla (90).

La determinación de la elasticidad del esquema —y por ende de la capacidad del supuesto de hecho abstracto para comprender supuestos de hecho concretos que presenten entre ellos diferencias significativas— debe efectuarse en base a la valoración de la función concreta del contrato. Esto es así porque la respuesta del ordenamiento al acto de autonomía, que se concreta y expresa en el ligar al mismo los efectos jurídicos queridos por las partes, encuentra su razón en la valoración de la función concreta.

Al respecto es de rigor precisar que no todas las reglas predisuestas por los sujetos privados se encuentran en grado de incidir sobre la función, como abstractamente ha sido diseñada por el ordenamiento. Corresponde por tanto operar

una partición entre reglas dotadas de capacidad modificativa de la función y reglas carentes de tal idoneidad (91).

Esto sin embargo implica, a su vez, la exacta delineación de los elementos que resulten esenciales en la configuración abstracta del esquema típico.

El concepto de elemento esencial, en tanto referido al supuesto de hecho concreto, es un concepto relacional, puesto que suponiendo la comparación entre aquél y un determinado tipo legal, permite fijar, sobre la base de las notas que caracterizan el tipo, cuáles elementos deba presentar el supuesto de hecho para ser encuadrado en él. Elementos que, en todo caso, también en el reglamento dictado por los contratantes, debe revestir importancia primaria.

Para subsumir un supuesto de hecho concreto en un esquema típico se debe por tanto determinar cuáles elementos tengan importancia primaria para la realización de la función concreta del contrato y por tanto determinar la existencia o no de una correspondencia entre los elementos así enucleados y aquellos descritos como esenciales por el legislador para configurar el tipo legal (92).

La investigación sobre el punto —puesto que la distinción entre elementos principales y secundarios es susceptible de muy variadas graduaciones— deberá referirse siempre al examen concreto del supuesto de hecho singular, y luego de haber considerado en su complejo la organización de intereses que las partes pretenden realizar, se detendrá a analizar los elementos singulares de los cuales se compone.

En una perspectiva teleológica, podrá en consecuencia emerger la importancia y la función que cada elemento singular reviste respecto del reglamento de intereses en su globalidad y de su total realización.

Deberá en efecto ser considerado esencial cada elemento en ausencia del cual la organización de intereses pretendida no pueda realizarse en sus líneas fundamentales.

(89) BIANCA, “Diritto civile”. 3. Il contratto, cit., 449.

(90) CATAUDELLA, “La donazione mista”, Milano, 1970, 70 ss.

(91) CATAUDELLA, “La donazione mista”, cit., 70 ss.

(92) CATAUDELLA, “La donazione mista”, cit., 70 ss.

Cuando las reglas dictadas por las partes se encuentren en grado de incidir sobre la función modificándola, el supuesto de hecho concreto no será subsumible en el tipo legal; diversamente ocurrirá cuando, aún no coincidiendo completamente el supuesto de hecho concreto con el abstracto, no se perciban modificaciones de la función.

Los límites de elasticidad del esquema legal están por tanto constituidos —igual que las mutaciones identificables en el modelo formal— por las modificaciones de la función, de modo que para señalar —en ambos casos— su medida y su intensidad, es preciso desarrollar una investigación sobre la función concreta del acto de autonomía singular.

La simple falta de coincidencia del reglamento negocial con el legal no es en efecto suficiente para excluir respecto del contrato singular la calificación según el tipo: para este último fin es necesario determinar la compatibilidad de la función concreta con aquella abstractamente diseñada por el tipo (93).

De la comparación entre el significado que expresa la operación económica diseñada en el esquema típico y los intereses que en concreto las partes han deducido y cristalizado en la organización de intereses convencionalmente programada, emerge, en definitiva, si estos últimos —aún persiguiendo la obtención de finalidades ulteriores, accesorias o complementarias a las típicas— sean compatibles con el esquema típico.

Se vuelve por tanto necesario valorar con referencia a los supuestos de hecho singulares la presencia de notas ulteriores que valgan para caracterizarlos respecto del esquema general del tipo teniendo bien presente: que los elementos individualizantes de los subtipos son siempre accidentales respecto del tipo, en el sentido de que su presencia o ausencia no incide sobre la encuadrabilidad en el esquema del tipo, mientras se vuelven esenciales respecto del subtipo; y que para delinear un subtipo es necesario hacer pie en su disciplina legal, aislando en ella las normas que disponen los efectos esenciales para la realización de la función típica, determinado así si los efectos individualizados de tal modo sean tales

que resulten necesarios para la realización de la organización de intereses querida (94).

XVII. Autonomía privada y operación económica

La emersión de la teoría de la causa en concreto, y la distinción con el tipo contractual, ha entonces puesto en evidencia que la pluralidad y la diversidad de los intereses subyacentes al acto de autonomía no se agotan a veces en un contrato singular y unitario, sino que, caracterizando en concreto la función perseguida por el auto reglamento de intereses, hacen necesario que tal complejidad se exprese en la unidad formal de la operación económica la cual, en cuanto técnica de construcción conceptual del supuesto de hecho, está por sí misma supraordinada a la calificación, en el sentido de la tipicidad o atipicidad, del esquema negocial elegido por las partes.

La noción de contrato como puro esquema formal resulta insuficiente para expresar la multiforme presentación de los intereses en juego y la variabilidad de las soluciones a través de las cuales los mismos pueden componerse, sobre todo cuando estos intereses prescinden de aquellos que el legislador ha esquematizado en el tipo.

La auto regulación negocial, en efecto, no se compone sola y únicamente de las enunciaciones y de las disposiciones preceptivas de las partes, sino también de los comportamientos y de las actividades conexas y dependientes de tales disposiciones, de modo que el ángulo visual desde el cual el ordenamiento observa la composición de intereses debe ser aquél proporcionado sea por el acto, sea por la actividad.

La riqueza y complejidad de los intereses que en cada caso las partes tienden a disciplinar supera en efecto la estricta dimensión del tipo, sea en el plano de la valoración de los intereses perseguidos (y protegidos) y de la cualidad de tales intereses, sea en términos del control del respeto de los límites (cualitativos y cuantitativos) que, según la naturaleza del negocio, el ordenamiento impone a la organización de intereses fijada por las partes en el contrato.

(93) E. GABRIELLI, "Il pegno "anomalo"", Padova, 1990, 74 ss.

(94) CATAUDELLA, "Intuitus personae e tipo negóiale", en St. in on. di F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, vol. I, 627.

La relevancia que en concreto, en todo supuesto de hecho singular, la función del acto asume se vuelve más evidente a través del concepto de operación económica, puesto que es en el plano del hecho, del negocio, considerado y valorado en todos sus componentes tipológicos, morfológicos y funcionales que corresponde dirigir la investigación para comprender plenamente el valor y el significado del negocio de los privados y la disciplina que lo gobierna.

El negocio, así como es construido por los privados debe ser considerado en su unidad formal, esto es como “operación económica”, independientemente del singular tipo o conjunto de tipos, aún cuando coligados entre ellos o dependientes, que las partes han utilizado para construir su organización de intereses.

La noción de operación económica, como categoría conceptual, identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que también tal situación concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada (95).

La disciplina de la operación económica en efecto es síntesis sea de las determinaciones preceptivas, sea de los comportamientos actuativos, queridos por las partes y de la simultánea presencia en un mismo reglamento de varias funciones, cada una correspondiente a una peculiar perspectiva a través de la cual el ordenamiento observa y valora la conformidad de la composición de intereses a los principios y a los valores ordenantes del sistema normativo.

Corresponde, sobre todo en la perspectiva de las posibles patologías del acto, mirar el reglamento

negocial desde aquello que en forma bastante eficaz ha sido definido como “el denominado *punto de vista externo* al contrato, o sea la *situación global*, de la cual el contrato singular es directa expresión o en cuyo contexto el mismo está destinado a interactuar”, puesto que tal situación “tiene valor *constitutivo*”, no solamente hermenéutico, de la organización reglamentaria del contrato” (96).

Es en tal contexto que la operación económica expresa, más allá de las fórmulas empleadas por las partes para definirla y del aspecto exterior del esquema adoptado, el significado más profundo del poder de autonomía reconocido a los sujetos privados.

Se trata entonces de aclarar los perfiles del fenómeno, cuáles son sus nudos problemáticos y cuáles las posibilidades de desarrollo y de construcción de la noción, como categoría conceptual y jurídica, y cuáles las posibilidades de su empleo concreto sea para la reconstrucción de los supuestos de hecho singulares para resolver problemas concretos de disciplina como, a mero título de ejemplo, el de la ilicitud del acto (97).

La operación económica, como categoría ordenante, en efecto, no importa sólo en el momento del surgimiento de situaciones de patología del acto, sino, como han demostrado los estudios en la materia, en la totalidad de las situaciones que refieren a la autorregulación de intereses, sea en la fase de la formación del vínculo, sea en de la construcción de la regla, o de su ejecución, y sobre todo como criterio de selección de los intereses relevantes en clave de interpretación del acto de autonomía privada.

En tal perspectiva la doctrina ha operado en el tiempo un proficuo empleo sistemático y aplicativo, como categoría jurídica unitaria y ordenante, tanto del derecho común de los contratos y de los actos de autonomía privada, como del derecho de los contratos especiales (98).

(95) La definición reportada en el texto (antes bosquejada en E. GABRIELLI, “Il pegno “anomalo””, Padova, 1990, id., E. GABRIELLI, “Il contratto e le sue classificazioni”, in Riv. dir. civ., 1997, p. 719) es ahora compartida por G.B. FERRI, “Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico—individuale del negozio giuridico”, in Dir. giur., 2008, 318; y también C. SCOGNAMIGLIO, “Problemi della causa e del tipo”, in Trattato del contratto, dir. da Roppo, Milano, 2006, vol. II, p.119; G. LENER, “Profili del collegamento negoziale”, Milano, 1999, p. 181

(96) V. SCALISI, “I diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia”, en VETTORI (a cura di), Remedies in contract, Padova, 2008, 243.

(97) Cfr. por todos, PALERMO, “Funzione illecita e autonomia privata”, cit., 67 ss.; M. NUZZO, “Negozio illecito”, en Enc. Giur., vol. XX, Roma, 1990.

(98) Cfr. E. GABRIELLI, “Doctrina general del contrato”, vol. I, cit., p. 70 ss.

Tal orientación es actualmente compartida por la jurisprudencia de la Corte de Casación la cual en la reconstrucción e interpretación de los fenómenos contractuales objeto del juicio, además del empleo de la noción de causa en concreto (99), se sirve de la categoría de la operación económica (100).

El tema de la causa en concreto y de la operación económica -probablemente introducido en el debate de la doctrina uruguaya como consecuencia de una intervención mía (101)- ha suscitado una áspera polémica entre las tesis contrapuestas de Jorge Gamarra (102) y de Santiago Carnelli (103).

(99) Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, en *I contratti*, 2007, p. 621, con comentario de RIMOLDI; en *Nuova giur. civ. comm.* 2007, I, p. 299 con nota de CUCCOVILLO, "La nullità del contratto d'opera per difetto di causa".

(100) Cfr. Cass. 23 aprile 2005, n. 8565, en CED Cassazione n. 580637, según la cual "en tema de subarrendamiento de obra, el art. 18 l. 19 marzo 1990 n. 55 (referente a nuevas disposiciones para la prevención de la delincuencia de tipo mafioso y de otras graves formas de peligrosidad social), que ha impuesto (inciso 4) a la empresa adjudicataria, con rebaja no superior al 20 %", tendiendo así a impedir un excesivo fraccionamiento de la operación económica con finalidad de explotación del trabajo, es inaplicable (inciso 1) a los subarrendamientos o trabajos "a façon" relativos a trabajos adjudicados o confiados antes de la fecha de entrada en vigor de la ley (7 de abril de 1990). En efecto, para evitar efectos elusivos de la normativa que tiene finalidad de orden público, el límite temporal, establecido por el citado inciso 1, debe ser referido solamente a la fecha de estipulación de los subcontratos, que hayan nacido o hayan repetido su razón económico-social del arrendamiento de obra madre, o de los otros actos con los cuales haya sido comenzada la entera operación económica o haya emanado el arrendamiento de obra inicial, y no a la fecha de formación de éstos últimos. (En aplicación de tal principio la Corte ha confirmado la sentencia de mérito y rechazado el recurso del arrendador que pedía su nulidad, en cuanto el inicio de la operación económica, constituida por la concesión-contrato, había tenido lugar en una fecha anterior a la entrada en vigor de la ley; la Corte ha observado sin embargo que, en consideración del hecho de que el subarrendamiento de obra, al cual había dado lugar el arrendador, había sido negociado en una fecha posterior a ella, debía encontrar aplicación la nueva disciplina limitativa de la rebaja del precio, como había establecido el juez de mérito)".

(101) E. GABRIELLI, "Doctrina general del contrato", vol. I, *El contrato y la operación económica*, cit., p. 17 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 ss.;

(102) GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayano*, t. XXVI, p. 274.

(103) CARNELLI, "Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato", en *ADCU*, t. XLII, p. 419 ss.

El primer autorizado jurista ha modificado, en efecto, su propia convicción precedente, adhiriendo a la tesis de la causa del contrato como causa en concreto, y consecuentemente también a la idea de la operación económica como categoría ordenante de los actos de autonomía privada.

Los confines del referido debate -más allá de irrelevantes consideraciones y valoraciones de naturaleza personal, esencialmente ajenas, como tales, al discurso científico- se concentran y pueden sintetizarse, como cuestión de fondo, en la circunstancia de que, según Carnelli, la concepción de la "causa en concreto" termina por colocar la causa en el plano de los efectos, cuando, por el contrario, debería ser considerada únicamente en el plano y en el momento de la conclusión del contrato, y por ende únicamente como requisito de validez del mismo, ya que "la causa nos conduce a la función del contrato, cuando los efectos de éste se producen por el cumplimiento de las obligaciones que se asumieron al concluirse".

En mi modesta opinión, se trata de una posición que - independientemente de la legislación nacional a la que se haga referencia, y por tanto, independientemente del contexto normativo normativo en el cual pueda ubicarse - comete, en el plano general de los conceptos y de las categorías del derecho privado, una indebida y por tanto errónea interpretación de la noción misma de causa, "extirpándola" -en la estructura formal del acto de autonomía privada- de aquél que es su terreno propio: el de los efectos (104).

La causa, en efecto, es la proyección, en el plano de la eficacia del acto, de aquello que las partes han querido en el contenido del contrato; es el reflejo, en clave dinámica, de la voluntad de las partes y de la capacidad de las mismas de modificar, mediante el acto de autonomía privada (negocio, contrato, etc.) la realidad jurídica y material sobre la cual la autorreglamentación de intereses incide en concreto.

Independientemente de la noción de causa que se adopte (es decir, sea como función económico-social, sea como función económico-individual

(104) Sobre el punto cfr. También las puntuales observaciones críticas de BLENGIO, "El contrato y la operación económica", en *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, 2013, p. 31 ss.

o bien concreta, del acto de autonomía), en la teoría de la causa del contrato, la concepción “ontológica” de la causa, como síntesis de los efectos esenciales, o como razón justificativa del negocio, es siempre indicada sustancialmente como “función”, esto es, como instrumento de producción de efectos (105).

La evolución del concepto de causa, que (partiendo de la idea de Emilio Betti de la causa como función económico-social) ha llevado (como resultado de la tesis de Giovanni Battista Ferri, de la causa como función económica individual) a la conceptualización de la “causa en concreto”, encuentra su fundamento, incluso, en la necesidad de dar justificación a la categoría de las llamadas “prestaciones aisladas” (art. 627, 651 e 1197 c.c., art. 1706 c.c., comma 2, artt. 2034 e 2058 c.c., etc.), las cuales, abstraídas del ámbito de la idea de la causa típica, resultarían privadas de una propia justificación causal, abstractamente predeterminada (piénsese, por ejemplo, en la prestación de garantía, real o personal, por una deuda ajena, en la modificación del lado pasivo de la relación obligatoria (delegación, expromisión, asunción de deuda, art. 1268 c.c. y ss.), en el cumplimiento por parte de un tercero (art. 1180 c.c.), la cesión del crédito (art. 1260 c.c.), la renuncia a un derecho, por ejemplo, la remisión de la deuda, etc.), respecto de las cuales es difícil individualizar una causa objetiva en el sentido tradicional, por la falta de correspondencia entre la función concreta del contrato y la causa económico-jurídica tradicional. Se trata de negocios y actos de autonomía privada, encuadrados en el ámbito de la llamada “causa abstracta o genérica”, pero respecto de los cuales no es pensable individualizar una causa, en ausencia de un modelo típico predeterminado que la enuncie.

De aquí la necesaria relevancia que debe asumir, en concreto, el equilibrio que los privados han construido, en cada caso, para disciplinar sus intereses contrapuestos, y la oportunidad, no sólo en clave interpretativa, sino reconstructiva, de considerar el negocio singular y concreto creado por las partes, esto es, el negocio, tanto en su singularidad como en su complejidad, y por

tanto, en la unidad del fin práctico que el mismo se propone realizar, para valorar la meritoriedad de la operación en su integralidad, en la cual se inserta el negocio singular, o bien la pluralidad de negocios coligados o dependientes entre sí, de acuerdo con lo que dispone el art. 1322 c.c., inciso 2, y poder de ese modo dar una justificación causal, ya sea a las prestaciones llamadas “aisladas”, ya sea a los negocios abstractos, ya sea a operaciones más complejas.

La jurisprudencia de la Corte de Casación, siguiendo este curso interpretativo, ha definido como “causa del contrato”, calificándola de “concreta” en contraposición a la noción tradicional, el fin práctico del negocio, la síntesis de sus efectos esenciales, esto es, de los concretos intereses que cada acto de autonomía se dirige concretamente a realizar, como función individual de la singular y específica operación negocial.

Por tanto, en el campo de los actos de autonomía, más allá del modelo abstracto utilizado o del nomen iuris del cual se revista el esquema, lo que cuenta en el plano causal, y por tanto, de la función, es decir, de la producción de los efectos del negocio, no es el tipo contractual, sino la “causa concreta”, de modo que se vuelve superflua la noción de negocio abstracto, aún si se inserta en una reglamentación de intereses más vasta — puesto que la verificación que corresponde realizar sobre el acto de autonomía no refiere al acto singular, sino a la justificación causal de la entera operación económica creada y regulada por las partes.

Hablar de causa del contrato, excluyendo que ella tenga relevancia en el plazo de la “función” del acto de autonomía privada, para relegarla solamente al ámbito del momento de formación del contrato, significa olvidar que la dinámica de producción de los efectos jurídicos requiere que cada transferencia patrimonial necesite siempre una propia justificación causal (y por tanto, una fuente de producción del efecto concreto y singular) y significa, además, confundir y superponer el plano del acto (esto es, el negocio, el contrato) con el plano de la relación (esto es, la obligación) que nace y encuentra su título propio en el negocio o en el contrato.

Planos que deben ser mantenidos rigurosamente separados y distinguidos, puesto que el segundo surge sólo y únicamente, como consecuencia del

(105) Sobre el tema cfr., incluso para indicaciones sobre la evolución histórica del concepto de causa, G.B. FERRI, “Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico—individuale del negozio giuridico”, cit., 319.

primero, y la prestación, independientemente de cómo se quiera entenderla (cosa, bien, utilidad o comportamiento), representa el instrumento a través del cual, y mediante el cual, el efecto querido por las partes modifica la realidad material determinando la transferencia patrimonial, o en todo caso, la satisfacción del interés concreto, cuya realización por las partes mismas había sido querida y programada en el contrato; representa por tanto el medio a través del cual la función “en concreto” se realiza. Tanto que la valoración en concreto de la prestación, y del tipo de prestación, permite en el plano interpretativo, operar el proceso de reconducción de un supuesto concreto a uno abstracto, con la doble finalidad de la calificación del acto singular de autonomía y de la consiguiente individualización de la relativa disciplina aplicable.

XVIII. La operación económica como categoría ordenante del derecho de los contratos

Uno de los problemas que la noción de operación económica suscita, como categoría conceptual y jurídica, es el relativo a su valor en el plano del ordenamiento.

El concepto de operación, si se lo entiende en su acepción puramente económica, en efecto, queda privado de un significado efectivo, desde el punto de vista del ordenamiento, desde cuya perspectiva se debe precisar cuáles sean los instrumentos formales por medios de los cuales la operación económica pueda moverse del plano económico al plano de la relevancia en el nivel jurídico.

El problema de la concepción de la operación económica, como categoría del derecho de los contratos, presupone entonces la solución del interrogante si la relación entre contrato y operación económica sea solo nominalística, y por tanto si la noción tenga un valor solamente descriptivo de determinadas fenomenologías, o bien tenga un valor conceptualmente ordenante, y por tanto relevante sea en términos sistemáticos, sea en términos aplicativos.

Se trata de individualizar cuáles sean las connotaciones efectiva que en la lógica del ordenamiento puede asumir el concepto para ser elevado a valor de síntesis de una categoría conceptual y jurídica unitaria, sea por la reconducción a unidad, de una pluralidad de datos o de elementos dispersos en el

sistema, sea por las consecuencias aplicativas conexas y constantes que deben descender de ella.

El recurso a la noción de operación económica podría en efecto correr el riesgo de disolverse en el simple reclamo de una fórmula que, aún sugestiva en el plano de las síntesis conceptuales, se encuentre privada de efectiva consistencia sistemática, resolviéndose su eficacia solamente en el plano meramente nominalístico, como noción descriptiva sea de la reconstrucción, efectuada *ex post*, de las modalidades de estructura o de la articulación funcional de una determinada composición de intereses, sea de las formas mediante las cuales se manifiestan algunos fenómenos del derecho común de los contratos.

En el intento de esclarecer tal relación, o bien de operar una distinción entre los dos conceptos (contrato y operación económica), y de precisar a cuáles condiciones la categoría de la operación económica pueda ser oportunamente utilizada, sin conducir a una superposición del dato económico sobre la calificación jurídica, la cuestión ha sido examinada en tiempos relativamente recientes, señaladamente en relación al tema de la interpretación del contrato y al del coligamiento negocial.

Temas que obviamente no pueden sino ser valorados conjuntamente, puesto que terminan de todos modos por encontrarse interceptados y superpuestos en la dimensión unitaria del acto de autonomía privada.

En el terreno de la interpretación la solución, que reconoce a la operación económica el valor y la dignidad de categoría conceptual y ordenante, encuentra fundamento en el plano de la reconstrucción del interés de las partes, tal cual fue objetiva y conscientemente estructurado y querido por las partes (106) y por tanto es en el terreno de la interpretación que se captaría la unidad de la operación, con mayor razón toda vez que las partes hayan recurrido, para regular sus intereses, a estructuras negociales complejas y articuladas, en las cuales una pluralidad de estructuras simples sean organizadas en función de la realización de un resultado unitario (107).

(106) G.B. FERRI, “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, cit., p. 254

(107) Cfr. Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico—individuale del negozio giuridico, in Dir. giur., 2008, 318.

En el terreno del coligamiento negocial, frente a una posición críticamente dubitativa (108), se ha reiterado correctamente que la unidad funcional de la operación económica perseguida por las partes no perjudica el problema de la unidad o pluralidad estructural de los contratos y por tanto de la individualización en concreto de un supuesto de hecho de coligamiento (109).

El plano de investigación del coligamiento entre contratos, por otra parte, ha siempre representado un momento de significativa utilidad para la verificación de la capacidad de tenor teórico y operativo de la unidad formal de la operación económica, sea en clave interpretativa, sea en clave aplicativa, puesto que es en tal terreno que se mide la utilidad de la causa en concreto —expresión típica de la unidad formal de la operación— como momento unificante de la composición de intereses.

La idea de la causa en concreto, ya valorizada para explicar el perfil de la meritoriedad de los intereses y de la ilicitud negocial (110), se ha vuelto, en el tiempo, el instrumento interpretativo para explicar y disciplinar la complejidad objetiva de los actos de autonomía, como precisamente ocurre en el caso del coligamiento negocial, donde la pluralidad de negocios coligados entre ellos se encuentra orientada a la obtención de un resultado unitario que no representa la suma de las causas singulares implicada en el diseño constructivo, sino la unidad formal de la operación económica querida por las partes.

(108) Cfr. G. LENER, “Profili del collegamento negoziale”, cit., 182 ss.

(109) COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., p. 166 ss.; cfr. también las reflexiones de M. NUZZO, “Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto”, cit., 839 ss., y antes de BIANCA, *Il contratto*, cit., 482, según el cual “el coligamiento funcional responde al significado objetivo de la operación. La interdependencia de las relaciones no es por tanto un efecto legal, sino un resultado conforme a la interpretación del contrato”; cfr. también CAMARDI, “Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti”, en *I contratti*, 2011, 1045.

(110) Cfr. G.B. FERRI, “Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale”, cit., 81; GAZZONI, “Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi”, cit., 52; G.B. FERRI, “Ancora in tema di meritevolezza degli interessi”, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1 ss., y ahora también GAZZONI, “Manuale di diritto privato”, Napoli, 2007, XIII ed., 816.

La operación económica, en efecto, como esquema unificante de la composición total de intereses diseñada por la autonomía privada, penetra en el interior de las causas singulares que componen el coligamiento negocial, calificándolo en concreto, con prescindencia de la causa típica de los esquemas negociales singulares.

Contrato y operación económica son por tanto conceptos que expresan un diverso significado jurídico y entonces también aplicativo, aún cuando encuentran su punto de conjugación en la unidad del negocio, a través del cual el ordenamiento “según las diversas exigencias de tutela, valora como operación la composición de intereses privados” (111).

La operación, de mero hecho económico, se transforma en fenómeno jurídico a través del contrato.

El contrato sin embargo no se encuentra a menudo en grado de expresar la unidad del negocio y por tanto del acto de autonomía privada.

Tal unidad, que a menudo no es posible configurar plenamente mediante la noción de contrato, no desaparece con la referencia al concepto de operación económica, puesto que la realidad sustantiva del negocio, en cuanto manifestación de una pluralidad de intereses, se busca en cada caso en aquel esquema lógico-conceptual que permita apreciar mejor que otros, en una síntesis conceptual, en su integridad y globalidad, la esencia del negocio mismo: la operación económica.

Tal fórmula por un lado expresa mejor la noción de contrato la pluralidad de reglas, de actos y de actividades que componen el acto de autonomía privada; por otro lado coloca el negocio en un horizonte dogmático- sistemático más amplio e irregular (112).

(111) PALERMO, “Funzione illecita e autonoma privata”, cit., 2; ID., “Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l’interesse perseguito”, in *St. in on. di F. Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, vol. III, 644.

(112) Cfr. P. BARCELLONA, “Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici”, cit., 293, el cual relevaba que “la distinción entre actos y negocios no agota el modo de ser de la realidad fenoménica respecto del ordenamiento y necesita, en cambio, una ulterior revisión”.

La solución encuentra confirmación también en el plano sistemático, porque la operación económica, como categoría conceptual y jurídica (113), supera el riesgo de ponerse como noción meramente descriptiva, sea de la reconstrucción, efectuada ex post, de las modalidades de estructura o de articulación funcional de una determinada composición de intereses; sea de las formas empíricas mediante las cuales se manifiestan algunos fenómenos del derecho común de los contratos (114).

El análisis dirigido a encontrar entre los dos conceptos (contrato y operación económica) distinciones y contraposiciones ulteriores —respecto a aquella que ve, en el contrato y en el esquema del tipo, la elevación a supuesto de hecho jurídico de la composición de intereses querida por los sujetos privados; en la operación económica, la representación de todos aquellos intereses no resumidos ni resumibles en el esquema del tipo— terminaría, entonces, más allá de los *nomina iuris* adoptados, por reducirse a puro nominalismo de mero valor-clasificadorio (115).

En cambio, es relevante captar en sentido más profundo del discurso que se va desarrollando: la idea de que, más allá del esquema formal del tipo, el contrato es operación económica.

La operación económica, como esquema estructuralmente unitario, es en efecto expresiva, también en el plano nominalístico, de una composición global de intereses y representa un instrumento conceptual metodológicamente útil, ya sea para indicar e indagar supuestos de hecho particularmente complejos en el plano estructural; sea para descomponer el dato fenoménico y funcional a través de la consideración de sus planos de relevancia; sea para individualizar, y aplicar, un plano de disciplina más articulado y más rico que aquel dictado por el tipo legal singular.

La operación podrá así tener una estructura simple, cuando la emersión de los intereses subyacentes,

(113) El concepto de operación económica según PALERMO, “Contratto di alienazione e titolo dell’acquisto”, cit., 2, es “además de descriptivo de la organización global de intereses, también en sentido propio calificante”.

(114) Cfr. también D’ANGELO, “Contratto e operazione economica”, cit., 61 ss.

(115) Cfr. PALERMO, en LUMINOSO — PALERMO, “La trascrizione del contratto preliminare”, cit., 123.

aún cuando no se encuentra plenamente comprendida en el tipo, se vincule a un acto singular, y no se haga necesaria una investigación interpretativa ulterior respecto a aquella que ya surja del reglamento negocial; o bien una estructura compleja, cuando la operación se componga de una pluralidad, de un coligamiento, de una dependencia, o de un grupo de actos y de negocios.

XIX. La operación económica y la su tipización legislativa

Una confirmación ulterior de la relevancia de la categoría de la operación económica se encuentra en el sistema: la operación económica hoy surge como objeto directo de la regulación, independientemente del tipo o de los tipos de contrato que entran a formar parte del acto de autonomía.

Las intervenciones normativas más recientes en materia contractual se distinguen en efecto por un empleo amplio, como técnica legislativa, de la noción de operación económica, la cual, respecto del pasado, no constituye más solamente un criterio hermenéutico en grado de hacer surgir, y así dar relevancia, más allá del esquema formal del contrato, a la operación económica subyacente a él, sino que se manifiesta también como técnica legislativa para encerrar en un esquema normativo una pluralidad de intereses, fundamentalmente dirigidos a tener influencia en el plano de la regulación del mercado.

Bajo tal perfil puede hablarse de “tipización” de la operación económica. En tal sentido se puede poner en perspectiva una duplicidad de técnicas legislativas con las cuales tal tipización se logra: una “directa”, la otra “indirecta”.

La primera puede encontrarse en aquellas hipótesis en las cuales el legislador explícitamente afirma su relevancia, como en el art. 34 inciso 1 del Código del consumo, para el coligamiento negocial, y para los contratos de los cuales depende; o bien en el caso sea de los denominados “planes de saneamiento” de que habla el art. 67 inciso 3, lit. d) de la ley de quiebras; como en los cd. “acuerdos de reestructuración” de las deudas del empresario en crisis, a que se refiere el art. 182 bis de la ley de quiebras; como en el decreto legislativo del 24 de mayo de 2004, n. 170, (de trasposición de la Directiva 2002/47/CE sobre garantías financieras), que introduce el concepto de “contrato de garantía financiera”, y lo configura mediante la inclusión en el concepto

(y por tanto en el esquema del tipo legal) sea de una pluralidad de tipos contractuales dotados de esquemas formales diversos, sea de un esquema “genérico” es decir “cualquier otro contrato de garantía real que tenga por objeto activos financieros o dirigido a garantizar el cumplimiento de obligaciones financieras” (art. 1 lit. d).¹¹⁶

La otra, “indirecta”, se puede encontrar cuando el ordenamiento no reconoce, afirmándola expresamente, la relevancia unitaria de la operación económica en positivo, pero señala su relieve normativo mediante la técnica —“indirecta”— de la prohibición de su fraccionamiento.¹¹⁷ La tipización “para operaciones económicas” se manifiesta, en efecto, con las mismas modalidades, también a través de una técnica legislativa en cierto sentido especulativo e inversa respecto a aquella descrita —que hace hincapié en un fenómeno de agregación, en la unidad formal del tipo de operación, de supuestos de hecho de heterogéneos asimilables a diversas figuras típicas— puesto que a veces, mediante la disciplina de figuras contractuales especiales, se tiende más bien a operar una “descomposición” del tipo legal en una pluralidad de figuras dotadas de una disciplina autónoma y especial (116).

En ambas hipótesis, en todo caso, la operación económica, como categoría ordenante, se convierte, además de instrumento de representación conceptual de la unidad del negocio en régimen de autonomía privada.

Del análisis de la legislación italiana más reciente, en conclusión, parece emerger cómo el legislador, mediante la disciplina del contrato, considere y discipline el acto de autonomía no más y no solamente según la circunscrita perspectiva del contrato o del tipo contractual, sino según aquella más amplia y compleja de la operación económica mediante la cual se expresa el reglamento de los intereses privados, en la variabilidad y multiplicidad de sus formas.

El encuadramiento de la operación económica entre las categorías ordenantes de los actos de autonomía privada permite en el plano sustancial concentrarse sobre la razón concreta del negocio singular, sobre su esencia, y por tanto tener en

cuenta la pluralidad y diversidad de intereses, individuales y colectivos, subyacentes al acto de autonomía, independientemente de la aparente encuadrabilidad del acto a una u otra tipología contractual; de resaltar las circunstancias de hecho y de derecho que acompañan el desarrollo del negocio, así como las características subjetivas de los contrayentes y más en general del contexto en el cual el negocio se realiza; de atribuir relevancia a los eventuales acontecimientos que preceden o siguen al nacimiento formal del acto de autonomía, y por tanto a la relación entre las partes o entre las partes y los terceros más allá del acto o del contrato.

Bajo el perfil sistemático y dogmático, en cambio, aclara que el contrato no es solamente la vestimenta jurídica de una operación económica, clasificable unas veces según un criterio y otras según otro, sino realidad económica él mismo, como tal incidente sobre el sistema económico global, sobre la actividad de las empresas, sobre el funcionamiento del mercado, sobre el nivel y sobre la calidad de la organización concurrencial.

En otra perspectiva, la consideración en términos formales sea del contrato, sea de la operación económica, parece útil incluso en la perspectiva de favorecer la armonización europea del derecho de los contratos, porque la aproximación funcional que es propia del concepto de operación económica permite superar la diversidad aparente entre los fenómenos jurídicos en realidad no diversos en la sustancia.

Si se observa en tal proceso, la aproximación al acto de autonomía por la que ha optado la legislación más reciente sobre el contrato encuentra ulterior confirmación la idea de que la noción de operación económica tenga un valor conceptualmente ordenante y no ya meramente descriptivo.

El pasaje lógico y sistemático del contrato, como acto, al contrato como operación económica permite también conectar la disciplina del contrato y la disciplina del mercado y de la competencia.

La operación económica es empleada en efecto, según los casos, para dictar reglas más coherentes con las condiciones en las cuales se desarrolla la negociación, con particular atención a la simetría (o mejor, a la asimetría) de poder entre las partes,

¹¹⁶ Cfr. AZZARO, “I contratti non negoziati”, Napoli, 2000, 323 ss.

como ocurre con la represión de las cláusulas abusivas en los contratos del consumidor (art. 34, inciso 1 del Código del consumo) y en la prohibición de abuso de dependencia económica en el contrato de sub-provisión (art. 9 de la ley 192/1998); para reagrupar más tipos contractuales al fin de dictar una particular disciplina de protección del contratante “débil”, como por ejemplo en la disciplina de la venta de bienes de consumo, o varias fracciones de una única operación contractual a fin de combatir los supuestos de hecho elusivos de disciplinas creadas en protección del contratante débil; para atribuir relevancia a contratos que, aún colocándose “hacia arriba” en la cadena productiva, producen sus efectos sobre los contratos del consumidor final y por tanto sobre los mercados finales de bienes y servicios, como ocurre con referencia a la figura de los “contratos de los cuales depende” la abusividad de la cláusula insertada en los contratos del consumidor.

La lectura del sistema, en un plano general de valoración, confirma por tanto que la lógica que en la actualidad preside las preferencias del ordenamiento parece ser la que se dirige, por un lado, a reconocer a la operación económica el valor de categoría ordenante del derecho de los contratos; por otra, a proceder coherentemente también en el plano de la técnica legislativa, del tipo de contrato el tipo de operación económica, para dar

vestimenta jurídica a la pluralidad y variedad de los intereses expresados y regulados con los actos de autonomía privada.

- El presente ensayo constituye la reelaboración de la ponencia presentada por el autor en el contexto de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013.

El texto, en razón de la ocasión, retoma y utiliza ampliamente, con algunas adaptaciones, páginas extraídas de escritos precedentes sobre el tema, cfr., en último E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo, 2009; ID., *Contratto e operazione economica*, in *Digesto. Disc. priv. Sez. civ. Agg.*, Torino, 2011, 243 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 ss.; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, en E. GABRIELLI (al cuidado de), *I contratti in generale*, en *Trattato dei Contratti*, dirigido por Pietro RESCIGNO y Enrico GABRIELLI, 2a ed., Turín, 2006, t. I, pp. 58 y ss.; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, en *Rivista di Diritto civile*, 2003, núm. 1, pp. 93 y ss. (y ahora también en ID., *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Turín, 2006, pp. 3 y ss.); GABRIELLI, Enrico, voz “Tipo contrattuale”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. Aggiornamento VIII, Roma, 2000. ♦