

EL MÉTODO DE CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012

POR ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU (*)

*Sumario: I.- Introducción. II.- Sobre la clasificación de los contratos. Distintos métodos. III.- Nuestra opinión.
IV.- Conclusiones.*

I.- INTRODUCCIÓN

En la concepción *tradicional*¹ de los códigos decimonónicos el contrato era el instrumento ideal para la circulación de la riqueza, que coordinaba intereses contrapuestos, a través de la negociación de las partes que se encontraban en un pie de igualdad. Es decir, que gozaban de amplia libertad de conclusión y de configuración constituyéndose la *voluntad* como la única fuente jurígena apta para crear derecho. El contrato se analizaba, desde un punto de vista individual, como una mera institución por lo cual era considerado como una ley privada para las partes, sujeta al principio del *pacta sun servanda*, donde sus efectos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros. Empero, cabe recordar que esta voluntad supuestamente *omnímoda* encuentra su límite en el orden público, la moral y buenas costumbres, lo cual ha sido denominado por Ghersi como un *orden público moral*.

En cambio, en la concepción *moderna*, especialmente a partir de la producción en masa de bienes y servicios que origina la sociedad de consumo, el paradigma del contrato se modifica y pasa a utilizarse la técnica de la adhesión, produciéndose un desequilibrio entre las partes tornándose como un instrumento de opresión económica y jurídica. La fuente de las obligaciones se reparte entre la ley, por intermedio del Estado, y la voluntad de las partes. El contrato, entonces, pasa a ser considerado como una *institución social* predominando los principios del solidarismo, de la colaboración y “de la justicia del contrato”². La libertad de conclusión sufre severas limitaciones derivando en el contrato *forzoso* en los casos de monopolios de hecho o derecho, por ejemplo en materia de servicios públicos; por su parte, la libertad de configuración también es restringida derivando en el contrato predispuesto el cual es redactado sólo por una de las partes. Empero, ahora el límite es el *orden público económico* porque regula las relaciones económicas, por intermedio del orden público de dirección que interviene en el contrato; y el orden público de protección que tutela situaciones de debilidad estructural.

Por último, con la incorporación del contrato de consumo como figura estelar que regula las relaciones jurídicas entre el proveedor y el consumidor, se pone en crisis los grupos contractuales conocidos, y al mismo tiempo, influye sobre los tipos contractuales.

(*) Profesor Adjunto de Derecho Civil III (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS (Jujuy); Presidente del “Instituto de Derecho Civil” del Colegio de Abogados y Procuradores de Jujuy; Secretario de la Sede Jujuy, del “Instituto Región Noroeste”, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Sobre la base de la ponencia presentada a las “XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Buenos Aires, septiembre de 2013.

¹ Así la denomina Ernesto Wayar entendida como “aquella que está en las normas que Vélez Sarsfield incorporó a nuestro Código Civil, normas redactadas bajo el influjo del Código de Napoleón e inspiradas en la misma filosofía que inspiró a los codificadores franceses”. Cfr., WAYAR, Ernesto C., *Contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1993, pág. 259 nota 1.

² ALEGRIA, Héctor, *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 11, quien explica: “no porque todos los contratos estén a disposición de los jueces para que éstos digan qué es lo mejor o peor para las partes, sino para que indiquen si están dadas las condiciones de equilibrio y equidad de las prestaciones que eventualmente motivaron el contrato, o decidir cuestiones puntuales vinculadas con el orden público económico, con la moral y las buenas costumbres, que han sido clásicamente límites ordinarios de la actividad contractual”.

Conforme el panorama descripto, nos proponemos analizar —*brevitatis modo*— el método elegido por el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, actualmente bajo análisis de una Comisión Bicameral del H. Congreso de la Nación, con relación a la clasificación del contrato en el marco de la teoría general.

En efecto, corresponde indagar primero si la clasificación adoptada comprende o abarca a todos aquellos contratos o actos jurídicos bilaterales patrimoniales (art. 957, Proyecto) que pueden ser creados por la autonomía privada. Luego, será el turno de emitir un juicio crítico y verificar su utilidad.

II.- SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. DISTINTOS MÉTODOS

II.1 Clasificación de los contratos. Los tipos contractuales

Para comprender y ordenar los distintos esquemas de los que se sirven los particulares, el pensamiento jurídico ha recurrido a diversas herramientas, y de este modo se ha construido la teoría general del contrato³. Precisamente, una de las principales herramientas ha sido “la elaboración de tipos, referidos a la descripción de las diversas clases de contratos que pueden celebrar, y cuyas estructuras son una suerte de concreción en el caso de lo dispuesto en la parte general⁴”. Por ejemplo, el contrato de compraventa como el tipo estrella o “príncipe” en materia de contratos de cambio.

La dogmática jurídica, por tanto, se ha ocupado de *clasificar*⁵ a los contratos con una clara finalidad práctica a los efectos de determinar sus características comunes y distintivas, permitiendo luego al intérprete conocer sus efectos o funciones. El vocablo *clasificar* significa ordenar una determinada materia, según clases o categorías predeterminadas, conforme criterios que pueden basarse en la similitud de naturaleza, caracteres o elementos constitutivos que luego deben explicitarse. En nuestro caso, la clasificación de los contratos interesa de manera especial “porque es el instrumento mediante el cual se determinan, *a posteriori*, los caracteres de los contratos particulares, a fin de establecer qué institutos de la teoría general se pueden, o no, aplicar a cada uno de ellos⁶”.

El Código Civil de Vélez contiene en su articulado algunas clasificaciones, siguiendo los modelos de su época, circunstancia que ha sido fuertemente criticada por la doctrina⁷ —al igual que la inclusión de definiciones legales, ver nota al art. 495 del Cód. Civil— afirmándose que es materia propia de la doctrina o la dogmática, y no de la ley. Sin embargo, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 —en adelante, Proyecto 2012— contiene también clasificaciones legales de los

³ Para un estudio profundo de la noción de contrato, recomendamos calurosamente la obra de ESBORRAZ, David F., *Contrato y sistema en América Latina*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

⁴ LORENZETTI, Ricardo L., “Contratos modernos: ¿Conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad”. *La Ley*, 1996-E, 851.

⁵ Como siempre aconseja Luis Moisset de Espanés, resulta imprescindible conocer el sentido de los vocablos para comenzar el análisis. En nuestro caso, el término “clasificar” en su primera acepción significa: “Ordenar o disponer por clases”. Cfr., *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª edición, www.rae.es.

⁶ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 157.

⁷ Por todos: SPOTA, Alberto G.- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, 2ª edición actualizada y aumentada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 246: “En sustancia, la materia de la clasificación de los contratos debe quedar sometida a la investigación doctrinal y escapa a la esfera de la competencia del legislador, si queremos separar lo normativo de lo doctrinal y didáctico”.

contratos en su parte general (Título II “Contratos en general”, capítulo 2 “Clasificación de los contratos”, art. 966 a 970), y corresponde indagar sobre su utilidad.

II.2 Criterios doctrinales y legales

La doctrina especializada por tanto clasifica a los contratos según los tipos, básicamente, en dos grandes grupos: *a)* Clasificación técnico jurídica; *b)* Clasificación según la finalidad económica social.

Según la teoría clásica, los contratos podían agruparse por *categorías*, dando origen a la clasificación técnico-jurídica y que era tarea propia de la doctrina, no de los códigos. Por ejemplo, los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales; gratuitos u onerosos, típicos o atípicos, etc.

Sin embargo, de modo reciente, se ha adoptado otra clasificación que aborda la clasificación de los contratos teniendo en cuenta la *función económico-social* que éstos cumplen en la realidad social⁸. Es decir, ponen el acento en la utilidad social que prestan, permitiendo agruparlos en contratos de cambio o de colaboración, de crédito o de garantía, de custodia o esparcimiento, etc.

Existe, sin embargo, otro criterio doctrinal, mencionado por López de Zavalía, en virtud del cual se tiene en consideración la *función económica* solamente del contrato, admitiéndose⁹: 1º) Por agrupamiento: contratos de cambio, asociativos, etc.; 2º) Por fragmentación-reagrupamiento: contrato de consumo o consumición. Asimismo, dentro de la clasificación vigente del Código Civil, se la ordena a su vez en una clasificación explícita y otra implícita¹⁰.

Los Proyectos de unificación de los Códigos Civil y Comercial han elegido continuar con la costumbre de incluir clasificaciones de contratos. Así, el Proyecto del Poder Ejecutivo¹¹ de 1993 también clasifica a los contratos, en unilaterales o bilaterales (art. 852); onerosos o gratuitos (art. 853); consensuales o reales (art. 854), típicos o atípicos (art. 855). El Proyecto de la Comisión Federal de Juristas¹² también incluye una clasificación de los contratos en consensuales (art. 1140); conmutativos o aleatorios (art. 1141); típicos o atípicos (art. 1143).

Como dijimos arriba, el Proyecto 2012 ha preferido continuar con el criterio de clasificación ya propuesta por Vélez Sarsfield¹³, a pesar de la crítica de cierta doctrina¹⁴. No obstante ello, ha introducido dos variantes con relación al vigente Código Civil: *a)* Elimina la categoría de los contratos reales, siguiendo al Proyecto de 1998¹⁵, a pesar de no incorporar ninguna

⁸ Cfr., GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marian A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 103.

⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª edición actualizada, Reimpresión (1997), Zavalía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 133 y sig.

¹⁰ Conf., GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marian A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 90 y sig.

¹¹ Cfr., *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

¹² *Unificación de la legislación civil y comercial. Proyecto de 1993*, Zavalía, Buenos Aires, 1994.

¹³ Cfr., arts. 1138, 1139, 143, 2051, entre otros del Código Civil.

¹⁴ Conf., SPOTA, Alberto G.- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, 2ª edición actualizada y aumentada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 246 (Obra y tomo en el cual colaboramos)

¹⁵ Recordemos que el art. 900 de dicho Proyecto expresaba: “*Consensualidad*: Los contratos quedan concluidos para producir sus efectos propios desde la manifestación del consentimiento, salvo en los casos en que es preciso cumplir alguna formalidad solemne”

norma expresa al respecto y de dejar algún que otro supuesto¹⁶ en una situación dudosa¹⁷; b) Incorpora la categoría de contratos nominados e innominados (art. 970) pero con una ligera variante, que veremos más abajo.

Empero, desde otro punto de vista, también es factible distinguir a los contratos en tres grandes sectores¹⁸, a saber: a) Los contratos *discrecionales* o paritarios regulados por la autonomía privada y las normas de orden público de coordinación, que adoptan un estándar de sociabilidad basados en la buena fe, abuso del derecho, etc.; b) Contratos celebrados *por adhesión* que se caracterizan porque una de las partes redacta o predispone las cláusulas contractuales, quedando a la otra parte la opción de aceptarlas o rechazarlas, aplicándose reglas especiales de interpretación (*contra proferentem*) y un orden público de protección. En tal sentido, se ha dicho que constituyen una “categoría intermedia entre los contratos discrecionales y los de consumo¹⁹”; c) El contrato de *consumo* se perfecciona cuando hay sujetos (consumidor, proveedor), objeto y causa de consumo, dentro de una relación de consumo y se rige por la LDC. En esta categoría, puede ser celebrado o no por adhesión a condiciones generales de la contratación, siendo más intensa la protección del orden público de protección.

Para arribar a esta categorización de los contratos, se ha tenido en cuenta la situación de la realidad, en virtud de la cual al momento de la conclusión del contrato en nuestros días, por lo general una de las partes se encuentra “en situación de inferioridad y, por tanto, de desigualdad con relación a su cocontratante. Ese desequilibrio de fuerzas se manifiesta concretamente en la elaboración unilateral del contrato por la parte que dispone del poder de negociación²⁰”.

II.3 La clasificación de los contratos en el Proyecto de Código Civil de 1998

De modo previo, es dable advertir que el Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998 introdujo diversas denominaciones para distinguir las variantes del contrato. Así en su art. 899 definió al contrato (inc. a); al contrato discrecional (inc. b); al contrato predispuesto (inc. c); las condiciones generales (inc. d) y al contrato celebrado por adhesión (inc. e).

Por su parte, en sus artículos 910 a 914, mantiene el criterio de clasificación jurídica de los contratos, a saber: contratos unilaterales y bilaterales; contratos a título oneroso y a título gratuito; contratos formales y no formales; contratos típicos y atípicos y contratos atípicos *con tipicidad*

¹⁶ Cfr., GASTALDI, JOSÉ M. Y GASTALDI, JOSÉ M., “Los contratos en general”, en RIVERA, Julio C. (Director), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 584, afirmando: “Sin embargo, notamos que algún contrato (como por caso la ‘donación manual’, prevista en el art. 1154) continuaría siendo de carácter real, más allá de la extraña situación que se verificaría, por caso, en el depósito (arts. 1356 y ss. del Proyecto)”.

¹⁷ Lo mismo puede predicarse del depósito. Conf., ARIAS CÁU, Esteban J., “El contrato de hospedaje en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, MICROJURIS, sección doctrina, mayo 9 de 2013, MJD6265. Cfr., GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Depósito, mutuo, comodato y donación”, en RIVERA, Julio C. (dir.) – MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 725 y sig.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 680.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, pág. 680.

²⁰ STIGLITZ, Rubén S., “Los nuevos principios y deberes en la teoría general del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en R.D.C.O., 2012-B, pág. 308.

*social*²¹. Sin embargo, siguiendo al Proyecto de la Comisión Federal de Juristas de 1993, suprimió la categoría de los contratos reales optando por la consensualidad en general (art. 900).

Empero, en lo que resulta harto opinable, el Proyecto de Código Civil de 1998, por distintas razones y que fueron explicitadas por la Comisión designada en sus Fundamentos²², omitió regular al derecho del consumidor, a saber: *a)* No se desconocían experiencias extranjeras, como el Código Civil de Quebec²³ que incluían al consumidor en su articulado; *b)* Pero, se consideró prudente mantener la condición de microsistema o régimen especial, a pesar del disenso de autores de fuste, como Jorge Mosset Iturraspe²⁴.

En conclusión, no incluyó al contrato de consumo dentro de la clasificación de los contratos, dejándolo regulado en la ley 24.240 (LDC) o ley especial²⁵.

II.4 La clasificación de los contratos en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012

El Proyecto 2012 adopta la postura doctrinaria²⁶ desarrollada más arriba, puesto que regula de modo autónomo el contrato por adhesión. Así, se ha dicho que “pregona un triple régimen: i) Contrato discrecional —el contrato actual de la Parte General del Código Civil—, ii) Contrato por adhesión a cláusulas generales predisuestas, iii) Contrato de consumo²⁷”.

Adelantamos, que a pesar de la crítica de autorizada doctrina²⁸, se ha sostenido que, pese a que no está regulada expresamente la actividad *comercial*, “esta ausencia resulta poco relevante, y no puede traer dificultades de interpretación en la hipótesis de vigencia del nuevo código único²⁹”.

²¹ La tipicidad *social*, al decir de la doctrina italiana, es aquella que es brindada por las normas consuetudinarias, por el propio grupo social que realiza estos contratos, y que tienen su origen, por lo general, en el derecho comercial o empresario. Como ejemplos, están los contratos de concesión comercial, franquicia comercial, espectáculo público, etc.

²² Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1999, pág. 48. Fundamentos del Proyecto de Código Civil, Anexo I, N° 159: “El Proyecto procurando buscar el ideal del equilibrio, asue que los contratos de consumo tienen su continente en la legislación especial. Por lo tanto, regula únicamente los contratos excluidos del Derecho del consumidor”.

²³ Arts. 1384, 1425 a 1427, del Código Civil de Québec. Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 159.

²⁴ Cfr., MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en RDPyC, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, pág. 16 y sig., afirmando enfáticamente que: “Nos preocupa la indiferencia de los proyectos de reforma respecto de las normas incorporadas al microsistema del consumidor”. Luego en la nota 32 agrega: “De ninguna manera admitimos o justificamos una reforma que margine el Derecho del Consumidor, como ocurriera con el Proyecto de Reforma y Unificación de 1998; la incorporación al Código Único de Derecho Privado de los temas básicos o fundamentales del microsistema produciría su *aggiornamento*, con un enorme beneficio para el Derecho, su credibilidad y eficacia. Nos referimos a temas tales como: la información, la publicidad, los riesgos o peligros, los vicios o defectos, las garantías, el combate contra la usura o los aprovechamientos, y tantos otros”.

²⁵ Conf., ARIAS CÁU, Esteban J., “Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, MICROJURIS, sección doctrina, diciembre 28 de 2012, MJD6126.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 680.

²⁷ Cfr., GASTALDI, JOSÉ M. Y GASTALDI, JOSÉ M., “Los contratos en general”, en RIVERA, Julio C. (Director), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 580.

²⁸ HEREDIA, pablo; GÓMEZ LEO, Osvaldo; MARTORELL, Ernesto; GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO, María L., “Estatuto del comerciante. Propuesta de incorporarlo al anteproyecto”, La Ley 4/06/12.

²⁹ JUNYENT BAS, Francisco, “Hacia una nueva conceptualización de la comercialidad en el proyecto de código civil y comercial”, en NISSEN, Ricardo A., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2012, pág. 21 y sig., agregándose: “... pues según el tipo de vinculación será factible delimitar la actividad mercantil de la civil, tal como resulta imprescindible en la tutela del consumido y en su configuración, art. 1092 del nuevo Código o discernir si se está entre operaciones entre empresas pero, que el contrato

El art. 957 define al contrato paritario adoptándose la tesis amplia y que goza de consenso en la doctrina patria. El art. 984, por su parte, define al contrato celebrado por adhesión. Se ha explicado que “este tipo de relaciones se dará en la mayoría de los casos en el quehacer mercantil donde la parte predisponente impone sus condiciones, aún cuando la ley habilita la negociación de cláusulas particulares y regula especialmente las cláusulas abusivas en el art. 988, estableciendo la facultad judicial de declarar la nulidad parcial del contrato e integrarlo³⁰”. Por último, el art. 1093 define al contrato de consumo, previa incorporación del consumidor al Proyecto de Código Civil, aspecto que aplaudimos y que ya habíamos propiciado con anterioridad³¹.

III.- NUESTRA OPINIÓN

En primer lugar, cabe adelantar que preferimos aquella *clasificación* que los distingue, desde el punto de vista subjetivo, en tres grandes grupos generales de contratos que permiten abarcar la mayoría de los contratos, tanto civiles como comerciales, que se perfeccionan en la sociedad organizada. Ellos son: 1º) Los contratos *negociados* o paritarios, regulados por el Código Civil; 2º) Los contratos entre empresas³², regulados por la legislación y la costumbre mercantil; 3º) La contratación de consumo, regulada por la ley 24.240 y la legislación complementaria.

Entendemos por contratos *discrecionales* o paritarios aquellos en que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, tanto jurídicas como económicas, que les permiten gozar de libertad de conclusión y de configuración del contenido del contrato, pudiendo ser redactado por ambas partes o bien por sólo una de ellas. En otros términos, aún en este grupo de contratos puede utilizarse la técnica de la adhesión pero referidas a actividades ajenas a la materia mercantil, entendida como la producción o intercambio de bienes o servicios.

Los contratos *entre empresas* o empresariales son aquellos en que ambas partes son empresarios, individuales o sociales, que tienen por objeto perfeccionar actos de comercio o contratos interempresariales, pudiéndose o no encontrarse las partes en igualdad de condiciones, recurriéndose o no a la técnica de la adhesión, lo cual dependerá de la magnitud económica de las empresas y su consiguiente poder de negociación.

Por último, serán *contratos de consumo* aquellos en los cuales una de las partes es un consumidor o usuario y la otra es un proveedor, que tienen por objeto la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, teniendo como destinatario final al consumidor, para su beneficio propio, o de su grupo familiar o social. No desconocemos que calificada doctrina propicia, dentro del marco del Proyecto 2012, que “el proveedor es el nuevo empresario que resulta alcanzado por las obligaciones que antes tenía el comerciante, pues es quien realiza profesión habitual en la producción y comercialización de bienes³³”, postura que receptamos sólo parcialmente.

en estudio contiene cláusulas predisuestas, según la propia clasificación tripartita que introduce la nueva legislación en materia contractual, arts. 957, 984, 994 y 1093”.

³⁰ JUNYENT BAS, Francisco, “La regulación general de los contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en NISSEN, Ricardo A., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2012, pág. 41.

³¹ Cfr., ARIAS CÁU, Esteban J., “El código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor”, *La Ley, Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa*, Año II, N° 5, octubre de 2011, págs. 94-110.

³² Remitimos a nuestro trabajo: ARIAS CÁU, Esteban J., “Pautas de interpretación para los contratos entre empresas (celebrados por adhesión)”, R.D.C.O., 2001-787.

³³ JUNYENT BAS, Francisco, “Hacia una nueva conceptualización de la comercialidad en el proyecto de código civil y comercial”, en NISSEN, Ricardo A., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2012, pág. 30.

En efecto, podemos colegir que cada uno de estos grupos generales “reconocen una gama de rasgos conceptuales comunes entre sí, en cuanto contratos, pero admiten principios especiales y regulaciones disímiles, con notas virtualmente estatutarias³⁴”.

En segundo lugar, a nuestro juicio, existe un *grave* problema metodológico que advertimos en el Proyecto 2012 y que estriba en la ausencia total de un estatuto del comerciante que permita delimitar la noción del empresario o comerciante en sentido lato. La figura del *proveedor* que puede inferirse del art. 1092 y concordantes, con el reenvío a la LDC, nos parece demasiado amplia y difusa y conspira contra su regulación; por lo menos, dentro de la mentada unificación civil y comercial.

No debe olvidarse que se trata de un Proyecto Civil y Comercial que derogaría el Código de Comercio vigente, siendo la figura del empresario demasiado relevante para inferirla por medio de la interpretación de la doctrina o jurisprudencia. Más aún, cuando el proveedor en el marco de la ley de defensa del consumidor y en el propio Proyecto puede ser una persona jurídica pública, figura que exorbita al comerciante o empresario, tanto individual o social, como es entendido en nuestros días. Por último, recordemos que la sociedad comercial y, en particular la anónima, es el verdadero sujeto del derecho comercial o empresarial de nuestros días.

En tercer término, por formación académica³⁵, disentimos con la incorporación de una clasificación de los contratos (arts. 966 a 970, del Proyecto) ya que es más propia de la doctrina y jurisprudencia que de la ley. Empero, si por hipótesis se considerara necesaria, hubiéramos preferido el método del Proyecto de Código Civil de 1998 que la denominaba como “categorías”. En tal sentido, se afirmó con relación al futuro de América Latina y con especial detenimiento al derecho de los contratos, se advierte que se “intentará legislar sobre categorías de contratos según el intercambio de prestaciones, *doy para que me des, doy para que hagas, hago para que me des, hago para que me hagas* como un intento de simplificar las extensas listas de contratos típicos³⁶”.

En cuarto término, no nos convence la calificación de contratos nominados e innominados según que la ley les brinde regulación jurídica o no. En nuestra opinión, un contrato será *típico* cuando posea una regulación legal; por el contrario, será *atípico* cuando carezca de una expresa regulación³⁷. Será nominado si además la ley le brinda un nombre (ej. Compraventa) Reconocemos

³⁴ ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 28.

³⁵ Conf., FERNÁNDEZ, Raymundo L. – GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial. Teoría general de los contratos comerciales*, 2ª edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, t. III-A, pág. 153: “Empero cabe puntualizar aquí –más allá de las consideraciones que se realizan infra, sobre la clasificación legal introducida por Vélez Sarsfield en nuestro Código Civil- que las modernas legislaciones –vigentes y proyectadas- no han seguido ese criterio en esta materia, pues precinden de las clasificaciones de los contratos. Ello ha sido adoptado – p.ej.- por el Código Civil portugués de 1966 (arts. 405 y ss.), Código Civil italiano de 1942 (arts. 1321 y ss.), el Código Civil alemán (art. 433) y en el Código Federal de las Obligaciones suizo (arts. 184 y ss.), cuerpos normativos que no contienen clasificación alguna de los contratos”.

³⁶ Cfr., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Ensayos de derecho civil y técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 215. Ídem., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “Tendencias actuales en los códigos civiles americanos”, en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 64, N° 4, oct.-dic. 2003, págs. 65-68.

³⁷ Resulta recomendable no incorporar a todos los contratos como típicos porque la autonomía de la voluntad es casi infinita a los fines de la creación de contratos o modelos para la intermediación de bienes o servicios. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Ensayos de derecho civil y técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 227: “El exceso de tipos contractuales asfixia a la autonomía de la voluntad pues cada tipo contendrá siempre algunas previsiones imperativas que reducen el ámbito propio de la autorregulación de sus derechos por las partes”. Ídem.,

que la cuestión no es pacífica. Por ejemplo, en la terminología de López de Zavalía, un “contrato es nominado (atípico) cuando la totalidad de sus cláusulas esenciales se adecua a un tipo legal, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes (doct. Art. 1326)³⁸”.

Sin embargo, la ley al caracterizar un contrato como *típico* “debe precisar con claridad cada uno de sus elementos esenciales, sin los cuales una cosa o conducta no podría ser subsumida en él, de tal manera que pueda afirmarse que el tipo se desnaturaliza, cuando se omite en su caracterización alguno de esos elementos³⁹”. La *importancia práctica* de esta clasificación reside en la “calificación, interpretación e integración del contrato⁴⁰”, porque si las partes califican un contrato típico como atípico será el juez quien deberá aplicar las normas propias del tipo contractual, ya sea de carácter imperativo o supletorio, a pesar de lo que digan las partes en el texto.

A la inversa, si las partes perfeccionan un contrato atípico, deberá aplicar en primer lugar el texto, luego las normas generales de los contratos, y por último, el contrato típico análogo al perfeccionado, para resolver los conflictos interpretativos⁴¹. Por ejemplo, el art. 855 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 reza: “Los contratos son típicos o atípicos según que la ley los regule especialmente o no. En los contratos atípicos, en subsidio de la voluntad de las partes, se aplicarán las normas generales sobre contratos y obligaciones y las reglas de contratos típicos afines que sean compatibles con su finalidad⁴²”. En el derecho romano, esta clasificación tenía su importancia porque sólo los contratos nominados estaban dotados de acción judicial.

Por último, adviértase que la autonomía privada sigue siendo relevante, por lo menos desde el punto de vista *jurígeno*⁴³, permitiéndose la creación de nuevas figuras contractuales y que en el Proyecto 2012 parecerían quedar comprendidas en la clasificación de innominados. Empero, en lo que resulta incomprensible es que se dejen de lado todos aquellos contratos que hoy tienen reconocimiento social, o al decir de la doctrina italiana, poseen *tipicidad social*⁴⁴ (ej. Contrato de garaje) y que en el Proyecto 2012 no han sido tenidos en cuenta. En efecto, ya que no se han tipificado todos los contratos (ej. Contrato de hospedaje⁴⁵) ni tampoco se ha dispuesto una categoría residual para que queden abarcados.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “Notas breves sobre el nuevo Código Civil de Brasil”, en Revista de Derecho Comparado, N° 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, págs. 165-189.

³⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª edición actualizada, Reimpresión (1997), Zavalía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 97.

³⁹ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 171.

⁴⁰ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 170.

⁴¹ Comparte el aserto: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª edición actualizada, Reimpresión (1997), Zavalía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 97 y nota 26.

⁴² *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 165. En la nota se explica que el texto propuesto se aparta del art. 1143 del Cód. Civil, y sigue el texto del Proyecto de Unificación de 1987.

⁴³ ALEGRIA, Héctor, *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 12: “Además cabe respetar en definitiva la fuerza jurígena de la costumbre, la fuerza jurígena de la voluntad humana, como principal promotora del derecho, en definitiva, en protección del hombre, que es su destinatario”.

⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 228: “La evolución jurídica permitió percibir que no sólo la ley es fuente de Derecho, sino también la costumbre. De allí que pueda señalarse que hay una tipicidad legal, referida a contratos disciplinados en la ley, y otra social, que contempla normas jurídicas que regulan contratos con fuente en la costumbre, que justifican la denominada tipicidad social”.

⁴⁵ ARIAS CÁU, Esteban J., “El contrato de hospedaje en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, MICROJURIS, sección doctrina, mayo 9 de 2013, MJD6265.

IV.- CONCLUSIONES

Del panorama descrito se advierte que el método elegido por el Proyecto 2012 es, por de pronto, sumamente opinable. Empero, en lo que resulta más grave, es que su utilidad práctica resulta disminuida por las falencias que hemos denunciado.

En consecuencia, nuestra propuesta *de lege lata* sería la siguiente: 1º) La clasificación de los contratos más adecuada es aquella que los distingue entre contratos discrecionales, entre empresas o mercantiles y de consumo; 2º) La noción de proveedor no es adecuada para considerar al empresario, tanto individual como social, por su amplitud ya que abarca personas jurídicas públicas y también las privadas; 3º) El Proyecto de Código Civil 2012 carece de la noción de empresario o estatuto del comerciante, circunstancia que lo invalida como propuesta unificadora en el ámbito de los contratos.

Por lo tanto, para superar estas falencias detectadas, proponemos *de lege ferenda* las consideraciones siguientes: 1º) Propiciamos la supresión de los arts. 966 a 970, del Proyecto 2012 puesto que dicha clasificación es más propia de la doctrina y jurisprudencia que de la propia ley; 2º) Empero, si por hipótesis se considerara necesaria, adelantamos que preferimos la denominación del Proyecto de Código Civil de 1998 que la considera como “categorías”; 3º) En dicha tónica, propiciamos la modificación de la noción de contratos nominados e innominados propiciada por el Proyecto 2012, por aquella propuesta por el Proyecto de Código Civil de 1998 en típicos o atípicos, y especialmente la categoría de *atípicos con tipicidad social* de modo de contener todos aquellos contratos que se utilizan a diario por los particulares.