

Contribución a la teoría de los contratos conexos

Rómulo Morales Hervias

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
y Universidad de Lima.

Sumario: 1. Introducción.- 2. Causa típica y causa atípica.- 3. Licitud de la causa concreta. 4. Merecimiento o dignidad de tutela del interés concreto.- 5. Requisitos de la causa concreta.- 6. Causa mixta y causa concreta. 7. Hacia una teoría causalista de los contratos conexos.- 8.- Conclusiones.

1. Introducción

Los contratos conexos constituyen un conjunto de contratos con causa concreta autónoma que cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único. Varios contratos pueden estar vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global; en tal situación hay una *cadena de contratos* que confluyen en un mismo objeto. En esta línea de ideas, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho civil (Buenos Aires, 1997) consideraron que una “finalidad económica” común de las partes puede ser satisfecha mediante contratos distintos; y que su conexidad es “fundamento para imputar obligaciones de las partes, entre sí, y respecto de terceros”¹. La disciplina de los contratos conexos se presenta por ejemplo en los contratos de crédito de consumo, en los contratos predisuestos y en los contratos atípicos (leasing, underwriting, factoring, franchising, engineering, esponsorización y fideicomiso entre otros). Conceptualmente se ha propuesto determinar los contratos conexos mediante un criterio compatible con

la teoría bettiana de la función económico social². La pregunta que formulamos es la siguiente. ¿Cuál es el criterio jurídicamente relevante para determinar los efectos jurídicos de los contratos conexos? El presente estudio responderá a la pregunta estableciendo que el criterio es el de la causa concreta del contrato³. La causa concreta es finalidad concreta (finalidad práctica, razón concreta, razón práctica, función práctica, función económica individual, interés concretamente perseguido, interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer o síntesis de los intereses) y es el fundamento objetivo de los efectos jurídicos (fuerza jurídica de la constitución de situaciones jurídicas subjetivas) como consecuencia del proceso de objetivación de los intercambios de bienes y servicios entre los particulares. Este concepto de causa del contrato se diferencia claramente del concepto de causa entendida como función económica social. Técnicamente este concepto confunde la causa y el tipo. Por el contrario, si los operadores jurídicos utilizan un concepto diferente de causa podrán determinar con claridad el resultado económico concreto

(1) ALTERINI, Aníbal Atilio, *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot S.A. E. e I., Buenos Aires, 1998, p. 194.

(2) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho contractual, Nuevas formas contractuales, Contratos de larga duración, Contratos de crédito y financieros, Leasing, Fideicomiso*, Primera edición, Palestra Editores S.R.L., 2001, p. 23: “Por último, aparece la celebración masiva de vínculos que dan lugar a uniones de contratos en las que los objetivos económicos no se alcanzan mediante un contrato, sino de varios utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, presentándose la necesidad de un concepto de “finalidad económica supracontractual”.

(3) MORALES HERVIAS, Rómulo, *La causa del contrato* en Corso di Perfezionamento e di Magister in “Sistema jurídico romanístico, unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos), Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Roma “Tor Vergata” (Universidad de Roma II), Roma, 1999, p.p. 205-215.

de diferentes contratos típicos o atípicos y por consiguiente podrán determinar sus reglas, su vigencia y su eficacia.

2. Causa típica y causa atípica

Las modernas manifestaciones contractuales son producto de situaciones que necesitan una regulación de normas imperativas comunes. La causa concreta del contrato es el instrumento conceptual útil para la adecuación de las nuevas situaciones conceptuales y la regulación imperativa. Para ello, debemos reformular las nociones de tipo y de tipicidad. El tipo es fundamentalmente descriptivo, es una creación abstracta y formal que realiza el legislador de unas determinadas finalidades reconocidas (funciones económico-sociales). En efecto, es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de las funciones económico-sociales. El tipo es el supuesto de hecho de la norma jurídica pública. El tipo no es la causa concreta establecida por los privados, en tanto que la tipicidad pertenece a tal finalidad.

La tipicidad es la característica que tiene una causa concreta en razón de estar adecuada a un tipo contractual, es decir es la adecuación de tal causa a un tipo. Es decir, es el resultado de la verificación de si la causa concreta y lo descrito en el tipo, coinciden. Al proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad. En realidad, las partes, los abogados, el árbitro o el juez comprueban la tipicidad comparando la causa concreta con la individualización típica, para ver si se adecua o no a la misma. Si la causa concreta presenta la característica de tipicidad, es una finalidad "típica". Típica es la causa concreta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica el que no presenta). Esto no quiere decir que la causa concreta es igual a la finalidad "típica"; sólo quiere decir que existe una coincidencia. La causa concreta es típica cuando es compatible con el catálogo de contratos típicos y atípica cuando los particulares crean tipos negociales y cambian los tipos existentes⁴.

En general, los tipos contractuales diseñados por la codificación europea y latinoamericana son insuficientes para regular las nuevas situaciones de la realidad económica. La autonomía privada, la costumbre

y la legislación especial han sustituido en la práctica a la fuente legal. El tipo contractual no solamente está referido al Código Civil. El centro de la contratación (contrato paritario o discrecional y contrato predispuerto) se ha reducido por otro centro: la utilización real de los contratos atípicos. Por ejemplo, la problemática de la regulación legal de los contratos de consumo es uno de los temas centrales de discusión para los especialistas en el Derecho de los contratos. La contratación moderna es mucho más compleja. Por eso, la teoría general del contrato debe contemplar los nuevos supuestos de hecho mediante los datos que permiten concretar la abstracción primaria que supone el tipo contractual. Para solucionar la problemática de la regulación legal de los contratos atípicos se han planteado varias soluciones.

- a) Abandonar el recurso de la tipificación en favor de un instrumento más dúctil: aquél de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. No obstante las críticas avanzadas sobre el plano dogmático, esta distinción es preponderantemente acogida por la doctrina francesa y es frecuentemente utilizada por la jurisprudencia como el medio lógico para resolver las controversias contractuales concernientes a los problemas de responsabilidad⁵.
- b) Siguiendo la misma línea en referencia a los tipos de prestaciones, se ha indicado que la tipicidad opera en dos momentos o etapas sucesivas de concreción: índices generales y especiales. Los índices generales representan una primera concreción del tipo, pues son aquellos *datos jurídicos* que se atribuyen a los elementos del contrato con carácter primario, y que son objeto de regulación jurídica. La suma de dichos datos, o uno solo de ellos (en ocasiones) nos conducirá a la definición o descripción de cada tipo contractual en especial⁶. A diferencia de los índices generales que son, normalmente, siempre datos jurídicos de concreción los índices especiales, precisamente por ese actuar en un segundo plano, son datos o cualidades originariamente extrajurídicas, de carácter social o económico que, acogidos en la ley, devienen

(4) CARNELUTTI, Francesco, *Teoria generale del diritto, Ristampa della terza edizione emendata e ampliata di 1951, Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 232: "El principio constructivo consiste en la formación de los tipos jurídicos, los cuales corresponden a supuestos de hecho y preceptos genéricos, según una clasificación de la masa de los actos como resulta de la experiencia; los particulares tipos se prestan después a una progresiva especificación mediante la unidad de los requisitos y de los efectos típicos de requisitos y efectos extratípicos".*

(5) DI NOVA, Giorgio, *Il tipo contrattuale*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, Padova, 1974, p. 43.

(6) GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, p.p. 42-43.

jurídicos cualificando, a su vez, a los índices fundamentales. El índice especial, de esta manera, sólo sirve para diferenciar a dos tipos de contratos que tengan los mismos índices generales; nada añaden o suman a éstos, sino solamente la cualificación⁷.

c) Tipificación por áreas, de acuerdo a las necesidades que los contratos en esas áreas celebrados tiendan a satisfacer. No es lo mismo tipificar para el proceso de producción que hacerlo para el de distribución o el de consumo. Tipificar contratos que se celebran entre empresas que hacerlo con aquéllos que se celebran entre empresas y consumidores o sólo entre los consumidores⁸.

d) Regulación de un “tipo mínimo”, menos exhaustivo y detallista pero más efectivo para enfrentar los cambios. La intensa evolución y creatividad de los particulares ha puesto en crisis los modelos extensos, abarcativos, propios de los códigos civiles del siglo pasado, para establecer nociones generales en determinados grupos de contratos, pero dejando un amplio campo a la autonomía privada⁹.

Concordamos en parte con la posición de Lorenzetti en la necesidad de regulación de “tipos legales mínimos”, pero confiriendo un rol esencial a la causa entendida como concreta (finalidad económico individual). Las particularidades de los diferentes tipos contractuales serán establecidos por los elementos del contrato pero será determinante considerar la causa de cada contrato en particular.

Para ello, debemos rediseñar la teoría de las ineficacias contractuales con la ayuda de la teoría del tipo. Así, la tipicidad contractual es positiva cuando acogido el tipo contractual, le dota de una regulación

(sea ésta directa, por remisión, completa o incompleta), o sea: eleva a la conducta que se acopla al tipo primario –el contrato– a la categoría de jurídica y la hace eficaz. Contrariamente es negativa cuando recogiendo al tipo contractual y describiéndolo, sin embargo, se le priva de vida en el mundo jurídico, prohibiendo su realización en lo sucesivo¹⁰. Siendo coherentes debemos considerar como casos de tipicidad contractual negativa los supuestos de ineficacia estructural y funcional¹¹. Entonces, estableceremos dos supuestos de ineficacia estructural de la causa¹².

3. Licitud de la causa concreta

La licitud de la causa es que el interés concreto del contrato sea compatible con las normas imperativas, orden público y buenas costumbres. Por el contrario, la ilicitud de la causa concreta se sanciona con la nulidad que es un supuesto de ineficacia estructural porque deja sin efectos al contrato por un defecto inherente a los elementos y requisitos del contrato. La generalidad de la doctrina y de la legislación consideran que la causa concreta no puede contravenir las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

La primera categoría se refiere a las normas, según Mirabelli¹³ contienen verdaderas y propias prohibiciones de actividad o límites prohibidos de la autonomía negocial, y son, sin embargo normas excepcionales y, como tales, de estricta interpretación. Asimismo, la noción generalmente acogida de *orden público* se refiere a los principios fundamentales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y a los intereses generales de la colectividad, que éste reconoce tutela, principios deducibles de las normas positivas (imperativas), aunque no estén expresamente formulados. Aunque se trata de una noción

(7) GETE-ALONSO Y CALERA, Op. Cit, p. 49.

(8) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los Contratos Atípicos*, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1989, Tomo 1989-B, p. 1000.

(9) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Contratos modernos: ¿conceptos modernos?*, Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo, Problemas contractuales típicos, Finalidad supracontractual y conexidad, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-E, p. 855.

(10) GETE-ALONSO Y CALERA, Op. Cit, p.p. 29-30.

(11) ZANONI, Eduardo A, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires. 1986, p. 126: “...una cosa es privar de efectos al negocio por defectos que son inherentes a él, es decir que atañen a su estructura, y otra (...) la privación de efectos por circunstancias extrínsecas que tienden a evitar que la pervivencia de la voluntad negocial contribuya a obtener un resultado contrario a derecho, o que no responda al interés práctico de los sujetos del negocio”.

(12) No trataremos el supuesto de ineficacia funcional más común que afecta a la causa concreta y la doctrina lo denomina teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad de la prestación. Esta teoría opera mediante la resolución ante el acaecimiento de circunstancias externas a la estructura y están en función de los intereses particulares que el contrato realiza. En otras palabras, el acaecimiento de un imprevisible cambio de circunstancias al momento de la celebración del contrato de ejecución duradera y objetivamente posible de ser cumplida, provocará la sanción de la resolución. Justificamos su no tratamiento porque corresponde al tema de la ejecución del contrato.

(13) MIRABELLI, Giuseppe, *Delle Obligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, tomo secondo (título II), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, UTET, 1980, p.p. 163-164.

esencialmente variable y elástica, todavía está en el ámbito del ordenamiento y de éste puede deducirse a través de un mero procedimiento interpretativo.

Más variable y más vaga es, por el contrario, la noción de *buena costumbre*, con la cual se remite, no a normas positivas, sino a normas éticas, extrajurídicas. Asimismo, Mirabelli¹⁴ refiere que las dos expresiones “orden público” y “buena costumbre”¹⁵, aunque indican nociones diferentes, están ligadas, en la fórmula legislativa, en una endiádis¹⁶, y son lógicamente conexas la una de la otra, en el ámbito de la noción de la licitud; las normas éticas, referibles a la buena costumbre, que son tratadas por la conciencia social, que son recibidas y sancionadas por el ordenamiento, deben concordar con los fines y los intereses que el ordenamiento mismo persigue, así que no podría ser considerado contrario a la buena costumbre una actitud que satisfaga intereses tutelables por el ordenamiento, aunque sean reprobados por la opinión pública. Por el contrario, no parece que un negocio pueda ser considerado contrario, a un tiempo, al orden público y a la buena costumbre; si se verifica la contrariedad del primero, y permanezca irrelevante el otro término.

4. Merecimiento o dignidad de tutela del interés concreto

El interés merecedor de tutela es otro supuesto a considerar. Aquí entramos en la discusión que hace la

doctrina sobre el sentido del segundo párrafo del artículo 1322¹⁷ del Código Civil italiano y en particular sobre el requisito del merecimiento de un determinado interés susceptible de tutela por el ordenamiento. El sentido de esta norma ha sido materia de varias interpretaciones en la doctrina.

Así, Costanza¹⁸ dice que la necesidad de un exámen sobre el llamado merecimiento del interés perseguido no es más una medida del sujeto particular, sino una medida de grupo. El merecimiento no será referida ni al interés económico público como en una óptica totalitaria, ni el interés individual del particular, pero será referida a la colectividad de empresarios-productores y de consumidores-usuarios, entre los cuales se desarrollan las relaciones de aquél determinado tipo, y en consideración también a los fines de la programación económica redactada a nivel central y local. Luego se afirmó que el juicio de merecimiento de tutela jurídica de la autonomía privada es identificable al juicio de la licitud¹⁹. Se dice que los dos aspectos están estrechamente compenetrados²⁰, y pueden parcialmente coincidir, así que, en conclusión, su valoración puede proceder de un único examen²¹.

Urciuoli²² expresa que si se revisa en el mismo juicio de conformidad al orden público -generalmente entendido como complejo de los principios informadores del ordenamiento- en la expresión de una valoración en positivo de los reglamentos contractuales, se considera

(14) MIRABELLI (1980), Op. Cit, p. 164.

(15) Existe otro supuesto de la “irrepetibilidad de las prestaciones exigidas por la ilicitud de la causa ilícita en la modalidad de contrariedad a la buena costumbre”. El artículo 2035 del Código civil italiano especifica que no hay repetición de lo pagado en virtud de una finalidad que ofenda a la buena costumbre.

(16) *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Real Academia Español, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, Tomo I, p. 829: “Figura por la cual se expresa un solo concepto con dos nombres coordinados”.

(17) Segundo párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano.- Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico. CODE EUROPEAN DES CONTRACTS, AVANT-PROJET, Academie des privatistes europeens, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 57. En el preámbulo de este proyecto se dice que esta fórmula es demasiado vaga y susceptible de interpretaciones y aplicaciones arbitrarias.

(18) COSTANZA, Maria, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, Istituto di Diritto privato, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, Volume primo, p.p. 161-162.

(19) Cass., 20 Aprile 1943, n. 937, en *Rep. Foro It.*, 1943-1945, voce *Obbli. e Contra.*, n. 39; Cass., 26 Febbraio 1944, n. 121, en *Giur. Compl. Cass. Civ.* p. 84; Cass., 6 Luglio 1961, n. 1693, en *Foro It.*, 1961, I, c. 1446 ss. SACCO, Rodolfo, *Il Contratto*, en *Trattato di Diritto Civile It.* Diretto da Vassalli, Torino, 1975, Nota 4 de la página 572. GUARNERI, Attilio, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, en *Rivista di Diritto Civile*, Fondata da Walter Bigiavi, Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, Anno XL, Settembre-Ottobre, N° 5, Padova, 1994, Nota 51 de la página 811: “En los límites de lo lícito y de lo moral es permitida a las partes en materia contractual una esfera de amplia libertad y autonomía; y por esto, cualquier convención, aunque no sea susceptible de una específica denominación, tiene siempre fuerza obligatoria entre las partes cuando el vínculo, establecido, no encuentra obstáculo en leyes prohibitivas”. Y aún: “No es necesario que el contrato se identifique con una de las figuras típicas disciplinadas por la ley, ya que, a falta de un esquema preestablecido las normas generales sobre las obligaciones admiten, a condición de que recurra a la licitud de la causa, a la voluntad de las partes de manifestarse libremente”.

(20) Cfr. Cass., 13 Maggio 1980, n. 3142. En: *Rep. Foro It.*, 1980. voce *Contratto in Genere*. n. 56. GUARNERI, Op. Cit, Nota 54 de la página 812. «Es admitido a las partes dar vida asimismo a los negocios atípicos con tal que sean merecedores de tutela y no por eso en contraposición con la ley, el orden público y la buena costumbre”.

(21) Cass., 5 Luglio, 1971, n. 2091, en *Foro It.*, I, c. 2195 ss. GUARNERI, Op. Cit, Nota 54 de la página 812.

(22) URUIOLI, Maria Antonietta, *Liceità della causa e meritevolezza dell'essere nella prassi giurisprudenziale*, en *Rassegna di Diritto Civile*, Diretta da Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane. Edita con la collaborazione científica della Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 3° numero, Napoli, 1985, p. 770.

inconsistente toda distinción entre merecimiento y licitud. Por eso la sustancial identificación de los juicios de licitud y de merecimiento ha tenido tanta trascendencia en la jurisprudencia italiana²³.

Cataudella²⁴ dice que es verdad que en los contratos nominados los tipos “presuponen ya hecha la valoración y por eso son presupuestos merecedores de tutela las relaciones contempladas en los tipos”, pero el encuadramiento del contrato concreto en un esquema típico, que presupone sólo la individualización en él de las notas formales que caracterizan el tipo, vale sólo para determinar la “idoneidad estructural” del contrato para realizar intereses merecedores de tutela, no su idoneidad en concreto.

Gazzoni²⁵ afirma que el merecimiento opera a nivel de *tipo* y a nivel de *causa*, porque en esta fase debe sólo valorarse si el esquema abstracto es aceptable o inaceptable sobre el plano jurídico y es claro que la averiguación no debe ser cumplida en presencia de un contrato típico, que se encuadra a un esquema predeterminado por el legislador. Profundizando más el tema, Gazzoni²⁶ expresa que el juicio del merecimiento del interés aparece *cualitativamente* diverso respecto a aquél de licitud. Mientras este último tiene la función de salvaguardar el ordenamiento jurídico de la presencia de acuerdos comprometidos cuyos contenidos están en oposición con sus propios cánones reglamentarios, con el objeto de eliminar una evidente contradicción (unidad de criterio valorable, que es precisamente aquél elaborado por el ordenamiento jurídico, y como tal, se pone de su parte y no de la parte de los privados), el otro juicio (aquél del merecimiento) tiene diverso alcance no centrándose en la defensa de los principios fundamentales del ordenamiento, pero sobre todo en la valoración de la *idoneidad* del instrumento elaborado por los privados para crear un *modelo jurídico* de reglamentación de los intereses, ante la ausencia de una tipificación legislativa, entendida en la mera predisposición de una cierta serie (más o menos variable)

de esquemas. Aquél se resuelve no de conformidad (todavía) a una serie de normas imperativas en sentido estricto, de carácter, por así decirlo, *reglamentario*, sino sobre todo de conformidad a todas aquellas normas inderogables de carácter, por así decirlo, *procedimental* y *formal* del reconocimiento al instrumento pactado como *instrumento jurídico*. Dice Gazzoni²⁷ que por eso no es posible introducir criterios del ordenamiento sino exclusivamente criterios que impliquen una averiguación sobre la concreta finalidad de los privados contratantes. Se trata precisamente de comprender cuál es el alcance del juicio de merecimiento “según el ordenamiento jurídico”, ya que la expresión parecería postular un juicio sobre la base de parámetros referidos, más que a los privados, a la ley. En verdad, afirma Gazzoni²⁸, el juicio se resuelve en un juicio de *idoneidad* del orden privado para derogar el esquema de la tipicidad legal. Expresando que cuando el legislador del código italiano de 1942 dispuso que el interés de los contratantes fuese merecedor de tutela no ha entendido poner un problema de verificación de la utilidad social de los fines perseguidos, de modo que derivase una tácita y efectiva funcionalización, sino entendió explícitamente reforzar un principio ciertamente fundamental para los fines de la concesión de tutela: el principio, es decir que no cualquier interés privado es protegido sino solamente aquél que no sea indiferente jurídicamente, de modo que resulte cierta y segura la voluntad de vincularse según reglas no exclusivamente morales y sociales. Entonces, el esquema ideado por los privados es eventualmente *inidóneo* no porque sea *asocial*, sino porque la hipotética futilidad es síntoma e indicio de una ausencia real, seria y definitiva voluntad jurídica de las partes. Concluye Gazzoni²⁹ que no se puede excluir que el juez declare inidóneo el nacimiento del vínculo jurídico (y por eso no merecedor de tutela) del contrato atípico. Así, el juez debe deducir el efectivo propósito de los contratantes de someterse a la reglamentación jurídica en base al análisis objetivo de los eventos contractuales, prescindiendo, así, de toda declaración respecto de las partes.

- (23) Cass., 13 maggio 1980, n. 3142 in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, c. 601, n. 56: es admitido a las partes dar vida también negocios atípicos a condición de que sean merecedores de tutela y no estén en contra de la ley, el orden público y la buena costumbre. Citada en la nota 62 por URCIUOLI. Op. Cit. p. 765. Cass., 5 luglio 1971, n. 2091, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2190: el reglamento negocial además de deber estar conforme a los preceptos de las leyes, al orden público y a la buena costumbre debe también corresponder “a la necesidad que el fin intrínseco del contrato sea socialmente apreciable y como tal merecedor de tutela”. A la licitud de la causa, se ampara, como condición necesaria del reconocimiento jurídico, “de la atribución de efectos jurídicos a la finalidad empírica de las partes”, el ulterior presupuesto de la utilidad para la sociedad de los intereses perseguidos. Citada en las notas 67 y 68 por URCIUOLI. Op. Cit. p.p. 766-767.
- (24) CATAUDELLA, Antonio, *Sul contenuto del contratto*, Studi di Diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 320.
- (25) GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 771.
- (26) GAZZONI, Francesco, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, en *Rivista di Diritto Civile*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, Anno XXIV, Parte prima, Padova, 1978, p. 62.
- (27) GAZZONI (1978), Op. Cit, p. 66.
- (28) Ibid, Loc. Cit, p. 69.
- (29) Ibid, Loc. Cit, p.p. 72-73.

En la misma línea de Gazzoni, Dattilo³⁰ señala que el rol fundamental, también pero no exclusivo, atribuido a la causa sobre el plano *cognoscitivo* en la individualización del tipo parece ofrecer un criterio menos incierto. Además, esto no excluye la subsistencia del ulterior y fundamental momento valorativo de la causa, sobre el perfil del merecimiento del interés, pero evidenciando la prioridad lógica y cronológica del momento cognoscitivo de la identificación del interés, que connota y unifica los elementos de la estructura, respecto a aquél valorativo del interés mismo. En otros términos, las síntesis unitaria de la estructura no puede ser encontrada y explicada exclusivamente a través de la misma estructura, pero puede ser buscada en el contexto funcional expresivo de un interés (o valor). Es decir, para un sector de la doctrina además del juicio de licitud existe el juicio de merecimiento del interés. La causa juega un rol trascendental en ambos juicios. El primero es un juicio que valora la causa concreta de conformidad con los cánones del ordenamiento jurídico. En cambio el segundo es un juicio de relevancia, es decir busca la abstracta idoneidad del esquema utilizado por los particulares al derogar el esquema típico legal mediante la seriedad de vinculación a un concreto contrato. Esta seriedad debería ser útil individualmente.

Giovanni B. Ferri³¹ objeta las anteriores posiciones diciendo que una vez que se constata la seriedad del compromiso de los contratantes, todavía no está resuelto el problema del merecimiento del conjunto de intereses por el cual el compromiso se ha alcanzado. Si falta la seriedad y la existencia del compromiso, es decir si las partes han acordado sin seriedad o por juego, el contrato será nulo, si no inexistente, y el conjunto de intereses “regulado”, aún antes de ser valorado en términos de merecimiento, será también nulo o inexistente porque es incompleto el supuesto de hecho: desde el momento que falta la voluntad de su reglamentación. En sustancia el problema de la relevancia es precedente, autónomo y no coincidente con aquél del merecimiento. En efecto, por un lado, una reglamentación de intereses para ser valorable en términos de merecimiento debe tener una relevancia para el ordenamiento jurídico, de otro lado, una vez constatada la relevancia, no se resuelve el

problema del merecimiento; ya que la reglamentación de los intereses, para ser relevante, puede no ser merecedor (como acontece en el negocio ilícito, donde la regla es relevante, para ser juzgada no merecedor de tutela). Cuando por el contrario, una reglamentación de intereses no sea relevante (porque, por ejemplo es incompleta), la constatación de tal irrelevancia excluye, ya de por sí, la posibilidad de un juicio, en términos de merecimiento³². Esta objeción de Giovanni B. Ferri es impecable pero hay que estar atentos que no objeta que la causa juega un rol fundamental en los juicios de licitud y de merecimiento. La objeción va por otro camino.

En efecto, si seguimos el criterio de Gazzoni sobre el juicio de merecimiento de tutela, el elemento analizable sería la manifestación de la voluntad. Es decir, si un contrato no es merecedor de tutela por la falta de seriedad en contratar será inexistente por la falta de la manifestación de la voluntad. Entonces, esta objeción es importante pero no quiere decir que el juicio de merecimiento es inútil. Todo lo contrario y el mismo Profesor de la Universidad La Sapienza lo explica. Propugna que el merecimiento es licitud pero eso no significa que el segundo párrafo del artículo 1322 del código civil italiano de 1942 es un inútil duplicado del artículo 1343³³. Por el contrario dice el jurista que el segundo es una integración del primero, desde el momento que el primero afirma la exigencia de merecimiento y el segundo individualiza los criterios de este merecimiento. Para llegar a esa conclusión parte de una premisa³⁴: los criterios para valorar el juicio de merecimiento del interés que las partes intentan realizar a través del contrato, se individualizan en las normas imperativas, en el orden público y en la buena costumbre (artículo 1343); y por eso, merecimiento del interés significa licitud del interés. En tal sentido, el principio del segundo párrafo del artículo 1322 (prescindiendo de lo normado en el artículo 1323³⁵) expresamente hace referencia sólo a los contratos atípicos, y no individualiza una exigencia circunscrita a éstos últimos. Esto porque el fenómeno de la tipicidad contractual considera siempre el momento organizativo de los intereses privados y no aquél de su valoración, por el cual por el contrario parece indiscutiblemente aludir el juicio del *merecimiento* de los intereses. De tal manera que para Giovanni B. Ferri

(30) DATTILO, Giovanni, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte prima, Casa Editrice Dott. Antonio Milani- CEDAM, Anno XXX, Padova, 1984. p.p. 795-796.

(31) FERRI, Giovanni Battista, *Saggi di diritto civile*, Seconda edizione, Ristampa riveduta e corretta, Maggioli Editore – Rimini, 1994, p. 429-430.

(32) FERRI, Giovanni B. (1994). Op. Cit, p. 431.

(33) Artículo 1343 del Código Civil italiano.- La causa es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

(34) FERRI, Giovanni B. (1994). Op. Cit, p.p. 438-439.

(35) Artículo 1323 del Código Civil italiano.- Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, quedan sometidos a las normas generales contenidas en este título.

el juicio de merecimiento es aplicable tanto a los contratos típicos y atípicos pero con una función diversa al juicio de licitud.

Este juicio de merecimiento se conecta estrictamente con las etapas de la interpretación y de la calificación del contrato particular. Su admisión es relevante en la medida que se discipline adecuadamente a la causa. Aunque su aparente no regulación en muchos códigos civiles no significa su inexistencia. Tenemos un ejemplo gráfico de ello. Gandolfi³⁶ fue autor de la propuesta del artículo 26 del proyecto preliminar del código europeo de los contratos de 1998 al considerar que el contenido del contrato es útil. Expresó que la referida norma más que la función atribuida al artículo 118 del código civil alemán³⁷, debe admitirse para determinar que el contrato tenga un contenido positivamente valorable según una medida de utilidad social. Afirmó que podría por eso anteponerse a la palabra “útil” el abverbio “socialmente” sin ser radicalmente diverso el concepto anglosajón de la consideration. Agrega que un cierto control debe otorgarse a los jueces en presencia de ciertas relaciones que, aunque no sean ilícitas, pueden ser anormales, sobre el perfil social, tener un contenido vejatorio como se dice en Italia. Pensamos que al no haberse puesto la expresión “socialmente útil”, el proyecto preliminar del código europeo de los contratos admite sin quererlo la noción de causa en la noción de contenido. Y la utilidad no es otra cosa que el juicio de merecimiento del interés que para nosotros es el interés particular del contrato. Afirmamos

***“En sustancia el problema de la relevancia es precedente, autónomo y no coincidente con aquel del merecimiento.*”**

esto porque en realidad estuvo en el espíritu del grupo de trabajo esta idea. Esto se demuestra con la propuesta de Antunes Varela³⁸ al formular en el artículo 26 que “el contenido del contrato es útil cuando corresponda a un interés aunque no sea patrimonial *digno de la protección por el derecho*”. Concordamos con tal propuesta que no fue acogida en su totalidad. En todo caso, el juicio de merecimiento de tutela es un mecanismo de tutela de la autonomía privada diferente al juicio de licitud. No es un control que inutiliza a la autonomía privada. Todo lo contrario. Este juicio la fortalece y le otorga a los particulares una garantía de tutela de sus intereses. El temor que se le tiene a este juicio es injustificado. Roppo³⁹ dice a la indiscutible exigencia de conformidad a la ley, al orden público, a la buena costumbre de la operación que realiza desplazamientos de riqueza entre sujetos, el contrato constituye en el sistema una técnica

de realización de intereses privados: exigencias de interna coherencia del sistema de disciplina del tráfico contractual requieren por eso además del indispensable control de la licitud una ulterior forma de control, dirigida a garantizar los concretos efectos económicos del contrato.

Este juicio de merecimiento tiene antecedentes históricos claros. El antecedente más claro está en la idea de Aristóteles⁴⁰ de la justicia correctiva o commutativa. Para un sector de la doctrina⁴¹ está especie de justicia se aplicaría a la idea de sinalagma entendida como “justo correctivo de los equilibrios en el orden social”. Siguiendo esta lógica, la doctrina sustenta que Aristón (D.2.14.7.2)⁴²

(36) CODE EUROPEAN DES CONTRACTS, AVANT-PROJET, Op. Cit, p. 140.

(37) Artículo 118 del Código Civil alemán.- Una declaración de voluntad no pensada seriamente que es emitida en la esperanza de que la falta de seriedad no será conocida, es nula.

(38) CODE EUROPEAN DES CONTRACTS, AVANT-PROJET, Op. Cit, p. 185. El artículo 26 propuesto tiene una clara influencia del artículo 1174 del Código Civil italiano de 1942 (La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor). FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto*, en THEMIS, Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Segunda Época, N° 27-N° 28, 1994, p.p. 49-50.

(39) ROPPO, Enzo, *Causa típica, motivo relevante, contratto illecito*, (nota a cass. 3 aprile 1970, n. 896), en *Foro italiano*, 1971, fasc. 9 (settembre), anno XCVI, Volume XCIV, p. 2381.

(40) ARISTÓTELES, *Eth. Nicom.* 5.2,12-13, citado por GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto, Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne, Corso di diritto romano*, G. Giappichelli editore, Torino, Tomo II, 1995, p.p. 103-104.

(41) GALLO (1995), Op. Cit, Tomo II, p.p. 103-105.

(42) «Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro IV.- Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieses otra: di, para que hagas algo; esto es <en Griego> un contrato, y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el Pretor la acción del hecho; aquel dice, que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la praescriptio verbis; pues hay un contrato, que Aristón llama <en Griego> synallagma, de donde nace esta acción». (D. 2.14.7.2).

había entendido la función reequilibradora como elemento integrador del sistema contractual aplicable a la “categoría de convenciones sinalagnáticas atípicas” de las cuales la ejecución de una prestación correlativa ponía la exigencia del reequilibrio con el reconocimiento de la acción por incumplimiento de la prestación. Entonces, la causa sería la *datio* inicial (justificación o razón que justifica el surgimiento de la obligación) en el sentido que participa de la finalidad de la *conventio* y se convierte en un elemento del negocio concluido⁴³. Esta causa en los contratos innominados se basaba en la ejecución de una de las prestaciones pero en el sentido de elemento y fundamento del contrato tal como fue el sistema de la contratación romana. El Derecho tutelaba situaciones que no necesariamente estaban tipificadas.

François Connan⁴⁴ (1508-1551) se alejó de las ideas de Aristón al identificar sinalagma con causa de la obligación en el sentido de conceptualizarla como conjunto de prestaciones correlativas y de igual valor deducidas en el contrato. La causa sólo se aplicaba a los contratos innominados realizándose en aquella *datio vel factum* que, acompañando al acuerdo, hacía surgir el vínculo contractual. Pero hay un dato que se omite al estudiar las ideas de este jurista. El carácter objetivo de la causa como elemento de control externo de la obligación, no restringió la libertad de las partes, que era exaltada cuando no se tenían en cuenta las palabras pronunciadas por las partes u otros elementos exteriores sino que se consideraba la voluntad (*animus*) de obligarse⁴⁵.

La idea primigenia de “merecimiento” de Connan fue tomada por Antonio Gómez⁴⁶ (1561) y Pedro de

Oñate⁴⁷ (1567-1646). Para Gómez la causa era requisito esencial para todos los contratos, en cuanto elemento indicador de la intención de querer obligarse. Y para Oñate la obligación civil derivaba del ordenamiento, que valoraba el acto para “constatar si efectivamente era la voluntad de crear la obligación; y esto a través de un examen de las circunstancias y de las presunciones en juego”. Como lo podemos comprobar, Connan, Gómez y Oñate se referían al merecimiento de tutela considerando relevante la voluntariedad la cual fue totalmente ajena al pensamiento de Aristón.

Domat⁴⁸ afirmaba que se puede del mismo modo cambiar las obligaciones naturales y ordinarias de las convenciones; y aumentarlas y disminuirlas, y también derogarlas. Así, en los contratos de venta, depósito, sociedad y otros, las leyes han regulado, en alguna manera que uno podrá ser responsable por su culpa o por su negligencia, pero uno puede asumir o más o menos el cuidado y la diligencia, siempre y cuando se halla convenido. Así el vendedor, a pesar de estar naturalmente obligado a la garantía, puede exonerarse de toda otra evicción excepto por hecho propio. Y tales convenciones tienen su fundamento en la equidad sobre sus “motivos particulares” de los contratantes. Este vendedor, por ejemplo, está exonerado de la garantía, porque vende a menor precio. La expresión de la “equidad sobre sus motivos particulares” tiene una connotación clara a la idea de causa concreta. El Derecho romano establecía un sistema de contratación uniforme tanto para los contratos nominados como los innominados en base a la causa (D.2.14.7.2) (D.2.14.7.4)⁴⁹. Esta idea también se reflejó en la Partida V, Título VI, Ley V⁵⁰.

(43) GALLO (1995), Op. Cit, Tomo II, p.p. 113-114.

(44) CONNAN, François, *Commentariorum juris civilis libri decem*, Ex officina typographica Antonii Tivano, I edizione 1553. Neapoli, 1724, 2 t, citado por BIROCCHI, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il cinquecento*, Il Diritto nella storia, Collana coordinata da Umberto Santarelli 5, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 116.

(45) CONNAN, François, *Commentariorum juris civilis libri decem*, Lib. V, cap. I, n. 11, 324, citado por BIROCCHI, Op. Cit, p. 129.

(46) GÓMEZ, Antonio, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii tomi tres*, De contractibus, proemium, ediz. Venetiis, Ad candentis Salamandrae insigne, 1572, II, Cap. XI, n. 3, 244 rb, citado por BIROCCHI, Op. Cit, p. 252.

(47) OÑATE, Pedro, *De contractibus*, I, trat. I, disp. I, sect. VI, n. 80, 1646, p. 18, citado por BIROCCHI, Op. Cit, p. 283.

(48) DOMAT, Jean, *Le leggi civili nel ordine naturale*, Eseguita sulla traduzione di Napoli, rettificata in vari luoghi dal Dottor Giuseppe Andrea Zuliani, Aggiuntavi una di lui analisi sulle Leggi Civili dello Statuto Veneto, Prima edizione Veneta, Venezia, MDCCXCIII, Tomo Primo, Prima Parte, Libro Primo, Titolo I, Sezione IV, p.p. 243-244. En contra: POTHIER, Robert Joseph, *Trattato delle obbligazioni*, Secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile, Con l'indicazione de'cambiamenti fatti dal Codice civile francese, del Sig. Bernardi ex-legislatore, capo della divisione civile al ministero del Gran Giudice, Edizione seconda, Notabilmente emendata e corretta: Colla giunta di alcune annotazioni, e delle citazioni corrispondenti al nostro Codice civile, Napoli, Tipografia di Gio: Battista Seguin, 1819, Volume I, p. 21: “Son inútiles para nosotros las divisiones de los contratos que hizo el derecho romano en contratos nominados e innominados; en contratos de buena fe y de estricto derecho”.

(49) SANTORO, Raimondo, *La causa delle convenzioni atipiche*, en *Causa e contratto nella prospettiva storica-comparatistica*, Palermo, 7-8 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1997, p. 130. «Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro IV.- Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción». (D.2.14.7.4). PALMA, Antonio, *Note critiche sul concetto de causa*, en *Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'Integrazione del Diritto in Europa e in America Latina, Atti del Congresso Internazionale "La formazione del sistema giuridico latinoamericano: Codici e giuristi"*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del consiglio Nazionale delle Ricerche e Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma “Tor Vergata”, N° 12, Mucchi Editore, Roma, 2001, p. 324.

(50) GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Causa contractual en el Derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las partidas y el*

Contemporáneamente se ha retomado el discurso aristotélico. Bessone⁵¹ señala que el análisis del contrato debe basarse en la economía misma del particular contrato, entendida como punto de equilibrio entre las prestaciones y síntesis de las obligaciones, cargas o riesgos contractualmente asumidos. Como dice el jurista, todo contratante asegura la coherencia del contrato sobre el plano de su entera economía individual en la medida que adquiere la certeza de ver satisfechos sus intereses, soportando el costo de su realización. Y asume el riesgo de una eventual diferencia entre efectos de contrato y su programa económico general en la medida que deja otros intereses desprovistos de tutela, decidiendo no pagar el precio necesario para garantizar la realización.

Por eso, el principio de la tolerancia del riesgo de la iniciativa económica tiene fundamento en la justicia sustancial para salvaguardar el equilibrio de los intereses del particular contrato. Esta justicia sustancial no es otra que la justicia correctiva. En efecto, los principios de la justicia commutativa, fundados sobre la igualdad, admitían el instrumento jurídico del contrato por la sustancia económica del conjunto negocial⁵². El sinalagma de antigua ascendencia griega se traducía como *commercium* y concretamente se afirmaba la tendencia a remitir a las partes la determinación del nivel de equilibrio de los respectivos intereses⁵³.

En el mismo sentido de Bessone, La Porta⁵⁴ expresa que la causa como sostén finalístico del contrato-reglamento de intereses privados asume relevancia sustancial, terminando por connotar de manera determinante el equilibrio de las prestaciones originadas del contrato e identificando con claridad el propósito último, objetivo, de la negociación, justificando la eficacia del contrato y el grado de permanencia de los efectos de los mismos productos en las respectivas

esferas jurídicas. Es claro que, sobre este plano, la causa no es más elemento formal integrante del supuesto de hecho y condicionante de la validez del acto, pero opera sobre el plano de la concreta capacidad del negocio privado para determinar la producción de los efectos jurídicos y sobre la justificación de las atribuciones patrimoniales producidas en fase ejecutiva, garantizando la estabilidad.

Desde Aristón hasta Bessone y La Porta se puede construir una fundamentación coherente sobre el juicio de merecimiento de tutela. Es evidente que, cuando se trata de individualizar a través de la causa, el ámbito de los intereses *apreciables*, no ayuda la noción *objetiva* de causa, siendo necesaria una concreta verificación de aquello que ha constituido objeto de contratación entre las partes y aquello objeto de recíproca asunción de costos y de riesgos. Es necesario delimitar la llamada *economía del contrato y del negocio*⁵⁵.

Entonces, el juicio de merecimiento de tutela del interés privado sería el juicio de compatibilidad de la causa concreta con el principio de la equitativa reciprocidad de los intereses (equilibrio contractual mínimo entre las particulares prestaciones) que es una expresión de la función reequilibradora de Aristón. Si vinculamos el análisis de los sentidos normativos del código civil y de la constitución de un ordenamiento jurídico, este juicio será la compatibilidad de la causa concreta con los principios constitucionales en el sentido de que la iniciativa económica privada debe estar acorde al principio de solidaridad política, económica y social⁵⁶. Este principio pone como rol central a la personalidad humana con los deberes de solidaridad política, económica y social. Esta interpretación está acorde con un sistema de derecho civil armonizado según los principios constitucionales⁵⁷.

ordenamiento de Alcalá, en *Causa e contratto nella prospettiva storica-comparatistica*, Palermo, 7-8 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1997, p. 185. Partida V, Título VI, Ley V: "Contratos innominatos en latin tanto quiere dezir en romance, como pleytos o posturas, que los omes ponen entre si, e que no han nomes señalados ... En esta razon dezimos, que quando alguna de las partes fizo lo que deuia, que puede demandar a la otra, quel compla lo que le deuia fazer e los menoscabos".

- (51) BESSONE; Mario, *Presupposizioni, "causa" tipica del negocio, economia del contratto e l'equivoco delle formule sulla pretesa "rilevanza" del motivo*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Parte Seconda, Fascicolo 3-4 (maggio-giugno), Anno LXXVII, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1979, p. 154; BESSONE, Mario, *Adempimento e rischio contrattuale*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, Collana di monografie 22, Seconda ristampa inalterata, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998, p.p. 275-277.
- (52) BIROCCHI, Op. Cit, Nota 108 de la página 134.
- (53) BIROCCHI, Op. Cit, p. 301.
- (54) LA PORTA, Ubaldo, *Il problema della causa del contratto, I. La causa ed il traferimento dei diritti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 46.
- (55) DI MAJO, Adolfo, *Causa del negozio giuridico*, en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani S.P.A. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, Volume VI, p. 9.
- (56) BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile, Il Contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998, Volume III, p. 432: "La causa, es decir, no puede reputarse merecedora de tutela cuando el interés perseguido no resulta conforme a las exigencias de las comunidades relevantes según parámetros constitucionales".
- (57) PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane S.p.a., Napoli, 1984, p. 218-219.

5. Requisitos de la causa concreta

Rescapitulando los requisitos de la causa son dos: la licitud y el merecimiento o dignidad de tutela.

La causa debe ser lícita en el sentido de ser compatible con las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

Las normas imperativas son normas que contienen verdaderas y propias prohibiciones de comportamiento o límites prohibidos de la autonomía privada, y son, normas excepcionales y, como tales, de estricta interpretación.

El orden público se refiere a los principios fundamentales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y los intereses generales de la colectividad, que éste reconoce tutela, y son principios deducibles de las normas positivas (imperativas), aunque no estén expresamente formulados. Esta noción puede deducirse mediante de los criterios de la interpretación y de la integración del contrato.

Las buenas costumbres son las normas éticas que son tratadas por la conciencia social o las normas de la moralidad social, recibidas y sancionadas por el ordenamiento, las cuales deben ser compatibles con los intereses que el ordenamiento mismo persigue.

También la causa debe ser digna de tutela o merecedora de tutela. Aquí el requisito consiste en aquél juicio de reequilibrio para justificar la razón de las atribuciones patrimoniales. Este juicio opera mediante la compatibilidad de la causa con el principio de la equitativa reciprocidad de los intereses (equilibrio contractual mínimo entre las particulares prestaciones) que es una expresión de la función reequilibradora. También este juicio opera en relación a la eficacia y la estabilidad de las prestaciones.

Estos dos juicios o requisitos son instrumentos que permiten no un control sino una adecuada protección a la autonomía privada. Como dice el Profesor Sacco⁵⁸ se

nota una erosión de las tareas que el código asume por sí mismo. Tantas materias permanecen fuera. Hay por esto una atenuación de la centralidad del código en la vida civilística de un país dado; hay una atenuación de la generalidad de las fórmulas; hay una reducción del nivel de rango asignado al código en las fuentes. Y aquello es asimismo más importante, el código se abre a las cláusulas generales, las cuales se retuercen contra él y dan lugar a tantas pequeñas codificaciones jurisprudenciales.

En efecto, el juicio de merecimiento es en realidad una cláusula general que rebasa los supuestos de hecho del código civil para enjuiciar la operación económica particular. Es una forma de ejercer un derecho curial que va más allá de los supuestos de hecho típicos contractuales regulados en el código civil. Por eso Sacco⁵⁹ dice que hay un derecho hecho por los jueces, más relevante hoy de lo que fue ayer, y que las cláusulas generales dan amplio espacio, ofreciendo al juez una magnífica palestra donde ejercitarse para crear derecho. El juicio de merecimiento es un instrumento útil para lograr encontrar el sentido de la validez y de la eficacia del reglamento contractual.

Los juicios de licitud y de merecimiento tienen efectos prácticos

importantes en las legislaciones especiales. Por ejemplo, la legislación comparada sobre defensa al consumidor.

El artículo 9 de la ley para la reglamentación de las condiciones generales del contrato (AGB-GESETZ) de 9 de diciembre de 1976 dice lo siguiente:

“(Cláusula general).-

- (1) Las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si perjudican desproporcionadamente al predisponente en oposición con las reglas de la buena fe.
- (2) Se debe suponer en la duda una desventaja desproporcionada, si una cláusula.

(58) SACCO, Rodolfo, *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, en *Rivista di Diritto Civile*, Fondata da Walter Bigiavi, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Anno XXXIX, Maggio-Giugno, N° 3, Padova, 1993, p.p. 315-316.

(59) SACCO (1993), Op. Cit, p.p. 315-316.

1. No es compatible con los principios fundamentales de la reglamentación legal que ha derogado, o,
 2. Limita derechos u obligaciones fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo tal de poner en peligro la obtención de la finalidad del contrato⁶⁰.
2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Esta ley alemana describe la situación de desequilibrio en los contratos predispuestos cuando existe una posición predominante de la parte predisponente en detrimento de la parte adherente. Esta situación se reequilibra con los juicios de licitud (principios fundamentales de la reglamentación legal) y de merecimiento (derechos u obligaciones fundamentales que resultan de la naturaleza del contrato), teniendo en consideración la finalidad del contrato.

En el mismo sentido e influenciado por la ley alemana, se reguló para toda la Comunidad Europea una directiva de protección a la parte adherente en un contrato predispuesto. El artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sanciona lo siguiente:

- “1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

Esta norma establece el carácter abusivo de una cláusula contractual según la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias y cláusulas contractuales relacionadas. Pero en realidad, el sentido de este carácter abusivo debe apreciarse en la finalidad del contrato tal como lo establece la ley alemana.

Como se puede apreciar esta norma admite sin dudas los juicios de licitud y de merecimiento en materia de cláusulas vejatorias⁶¹. Por el contrario, las legislaciones especiales posteriores no regularon con claridad tales los juicios. El primer párrafo del artículo 37° de la ley argentina de defensa del consumidor N° 24.240 y sus modificaciones, establece que sin perjuicios de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas⁶²: (a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; (b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; (c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Alterini⁶³ afirma que la noción de cláusulas contractuales que se tienen *por no convenidas* implica claramente a la teoría de la inexistencia. Así lo contempla el proyecto argentino de código civil

(60) Tomando como antecedente la norma alemana, el jurista peruano formuló una propuesta normativa: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*, en *IUS ET VERITAS*, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VII, N° 13, Lima, 1996, p.p. 31-32: “Son nulas las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación que se opongan, en perjuicio del adherente, a la buena fe. Se presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo contractual de que se trate, que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado”.

(61) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*, en *THEMIS*, Segunda Época. Publicación trimestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 38, 1998, p. 160: “Frente a la predominante posición de acuñar el término de “cláusulas abusivas”, proponemos utilizar el de “cláusulas vejatorias”, por cuanto en nuestra tradición jurídica el término abuso, suele asimilarse al abuso del derecho, cuyo contenido conceptual es el de un principio general del Derecho”.

(62) Esta expresión tiene como antecedente el segundo párrafo del artículo 35 de la Ley N° 78-23 de 10 de enero de 1978 (Francia): “Tales cláusulas abusivas, estipuladas en contraposición con las disposiciones que preceden, son consideradas como no puestas”.

(63) ALTERINI, Aníbal Atilio, *Contratos civiles, comerciales y de consumo, Teoría general*, Abeledo-Perrot S.A. E. e I., Buenos Aires, 1998, p. 358

unificado con el código de comercio de 1998 (artículo 968⁶⁴). Esta solución no cabría en otras legislaciones como la del Brasil⁶⁵, Costa Rica⁶⁶ y España⁶⁷. Independientemente de las soluciones legislativas sobre

- (64) ARTÍCULO 968.- Estipulaciones prohibidas en los contratos predispuestos. En los contratos predispuestos se tienen por no convenidas las estipulaciones que, por si solas o combinadas con otras:
- a) Desnaturalizan las obligaciones de las partes.
 - b) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.
 - c) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.
 - d) Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias.
 - e) Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso se los tiene por no convenidos en la demasía, y se aplica el artículo 723 para los pagados en exceso.
- (65) Artículo 51 de la Ley Nº 8.078 - Código de Defensa del Consumidor. (modificada por la Ley Nº 9.298, de 01.08.96): São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
- I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
 - II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
 - III – transfiram responsabilidades a terceiros;
 - IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
 - V – (Vetado).
 - VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
 - VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;
 - VIII- imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
 - IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
 - X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
 - XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
 - XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
 - XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
 - XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
 - XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
 - XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias;
- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
- I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 - II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
 - III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
- § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
- § 3º (Vetado).
- § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.
- (66) Artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Nº 7472. La eficacia de las condiciones generales en los contratos de adhesión está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haber tenido ese conocimiento con una diligencia ordinaria.
- Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:
- a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.
 - b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.
 - c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.
 - d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.
 - e) Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.
 - f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.
 - g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.
 - h) Sean ilegibles.
 - i) Estén redactadas en un idioma distinto del español.
- Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:
- a) Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.

el tipo de sanción en las cláusulas abusivas⁶⁸, hay una nota importante que cabe comentar. La expresión de la ley argentina “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones” tiene una vinculación con las expresiones de las leyes brasileña (inciso IV del artículo 51) y española (numerales 1 y 2 del artículo 10 bis).

La ley brasileña alude al juicio de merecimiento al atribuir la calidad de obligaciones abusivas a aquellas que no sean compatibles con la buena fe y la equidad. De la misma manera la ley española refiere al juicio de merecimiento cuando hace referencia al carácter abusivo de las cláusulas, condiciones y estipulaciones cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada. Para ello presupone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Al igual que la Directiva 93/13/CEE el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas relacionadas del contrato.

6. Causa mixta y causa conexa

La particularidad de la operación económica siempre fue considerada relevante tanto en los derechos

romano, medioeval y contemporáneo. Desde el Derecho romano quirritario, la jurisprudencia romana se ocupaba sobretodo en el campo de los negocios jurídicos, del problema de la tipificación, es decir de la construcción y de la diferenciación de los diversos tipos negociales, de la invención y formulaciones de reglas jurídicas conformes a la naturaleza de los particulares tipos de negocios; en la construcción de tipos negociales. Para todo tipo de negocio existían formularios fijos, diligentemente elaborados por la jurisprudencia cautelar que experimentados en una ininterrumpida praxis negocial y mejoradas por repetidas correcciones, habían demostrado su utilidad. Apenas se presentaba un nuevo tipo de negocio, la jurisprudencia cautelar se preocupaba inmediatamente de incorporarlo en una determinada situación regulada y partiendo de su individualidad causal, construía el contenido típico y elaboraba un formulario correspondiente. Al final de la república la formulación de los libros de fórmulas no era considerada más como tarea de los juristas y, en sustancia, de los aspectos más comunes del uso negocial se servían sólo por medio de la interpretación del negocio jurídico⁶⁹. Asimismo, los dogmas bizantinos de la *natura actionis* y de la *natura contractus*⁷⁰ presentan el tipo de acción y del contrato como flexible, modificable de conformidad a las circunstancias del caso. Es verdad que se mantienen adherentes al principio que todo negocio jurídico concreto así como toda acción concreta deben corresponder lo más

b) Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.

c) Obligen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.

d) Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente.

(67) Artículo 10 bis de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, N° 26/1984, de 19 de julio.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

(68) El código civil holandés (artículo 233) sanciona con anulabilidad.

(69) BETTI, Emilo, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto moderno*, en *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, Scritti scelti, a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p.p. 328-329.

(70) BIROCCHI, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I. *Il cinquecento*, Il Diritto nella storia, Collana coordinata da Umberto Santarelli 5. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 57.

posible a un tipo particular, determinado por la ley, sin embargo se concede a las partes también la posibilidad de producir amplias modificaciones. Hasta que tales modificaciones son compatibles con la *natura contractus* o con la *natura actiones*, el negocio jurídico y respectivamente la acción no cesan de tomar la denominación clásica, sólo que se transforman en inevitables conexidades y combinaciones⁷¹.

Los contratos son los instrumentos para alcanzar la causa concreta. Los privados pueden perseguir sus causas concretas combinando varios contratos. Existen contratos distintos con una o varias causas concretas o funciones economico-individuales pero existirá una causa concreta como elemento determinante para verificar la pluralidad de contratos. Habrán supuestos de contratos diferentes con sus respectivas causas concretas vinculados entre sí o contratos únicos conexos pero pertenecientes a distintos tipos.

La estructura del contrato se caracteriza fundamentalmente por la atribución normativa a los particulares de poder normativo para crear normas jurídicas privadas⁷². Esta estructura se configura por medio de los componentes contractuales (elementos y requisitos). Uno de los elementos estructurales es la causa concreta la cual es una noción distinta pero vinculada con el tipo contractual. Es decir, la causa concreta y el tipo son dos definiciones totalmente distintas: la causa concreta es un elemento del contrato que cumple dos roles: es la función económica individual y es la justificación objetiva de las consecuencias jurídicas. En cambio, el tipo del contrato es el conjunto de operaciones jurídicas (funciones económico-sociales) susceptibles de calificación por parte del ordenamiento para la constitución, la regulación o la extinción de situaciones jurídicas subjetivas. La causa concreta es mixta y conexa dependiendo de la configuración de contratos mixtos⁷³ y conexos.

Para ello, debemos recurrir a la jurisprudencia italiana: en el caso de más declaraciones contextuales, se

considerarán la una independiente de las otras, individualidad y eficacia propias, por eso se debe distinguir la hipótesis en que cualquier declaración viene en consideración como un distinto negocio jurídico, por el cual a la pluralidad de declaraciones corresponde una multiplicidad de negocios, de aquella en que las varias declaraciones resultan combinadas entre sí, para dar vida a un negocio jurídico unitario. En esta última hipótesis, se tiene un solo negocio, complejo o mixto, caracterizado por la unificación del elemento causal; en la primera hipótesis, por el contrario, se tiene un conjunto de negocios que pueden ser conexos funcionalmente o también ocasionalmente⁷⁴.

Bianca⁷⁵ señala que en una u otra hipótesis (fusión o concurrencia de causas) el contrato mixto es entendido como un contrato único, siendo única la causa o la prestación.

Sacco⁷⁶ indica que si individualizamos los esquemas contractuales a lo que corresponde lo querido; se comprueba que las partes han combinado los elementos fusionando en conjunto las causas típicas en una única causa. Si se deduce que las prestaciones, íntimamente y orgánicamente mezcladas, son preordenadas al logro de una misma finalidad contractual en sentido objetivo; se constata que el contrato es atípico; y se somete al reglamento del tipo prevalente. Un contrato así descrito es llamado por la jurisprudencia italiana "complejo" o "mixto". A veces el contrato complejo es diferente del contrato mixto porque el segundo admitiría un carácter más marcadamente unitario. Concluye Sacco diciendo que la unidad del contrato depende del hecho de que las partes lo han querido como unitario.

Roppo⁷⁷ expresa que el contrato complejo es un contrato atípico cuyo acuerdo de las partes asigna un reglamento que (no corresponde a un tipo legal, pero) contiene todos los elementos esenciales de dos tipos legales, combinados entre sí para formar una única

(71) BETTI (1991), Op. Cit, p. 341.

(72) MORALES HERVIAS, Rómulo, *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*, Primera edición, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p.p. 206-208.

(73) MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum* § 344; HOENIGER, *Gemischte verträge*, p. 4, citados en BETTI (1991), Op. Cit, p. 343. Dicen que los contratos mixtos tuvieron antecedente en el derecho común mediante la teoría de los elementos. Concordamos con tal aseveración pero también fue un antecedente el derecho romano al otorgar poder a los privados para incluir en el contenido contractual particularidades diferentes a los tipos.

(74) Cass: 17.11.83, n. 6864, *Massimario giustizia civile*, 1983, Citada en RAPPAZZO, Antonio, *I contratti collegati*, Serie a cura di Paolo Condon: *Il Diritto privato oggi*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A, Milano, 1998, p. 15.

(75) BIANCA, C. *Massimo, Diritto Civile, Il Contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998, Volume III, p. 451.

(76) SACCO, Rodolfo, *La Qualificazione*, en *Trattato di Diritto Privato, Obbligazioni e Contratti*, Diretto da Pietro Rescigno, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1990, Volume 10, Tomo Secondo, p.p. 462-463.

(77) ROPPO, Enzo, *Contratto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, Sotto gli auspici dell'académie internationale de Droit Comparé e dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato. Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1989, Volume IV (Cont-Cost), p. 120.

operación contractual. El contrato mixto a su vez, es un contrato atípico en que se combinan algunos elementos (más preciso prestaciones) propios de dos tipos de contratos.

Se puede advertir que tanto Bianca, Sacco y Roppo identifican causa y prestación. En otra posición diferente, Gazzoni⁷⁸ manifiesta que un determinado supuesto de hecho en un primer tiempo puede ser calificado como mixto pero a medida que se manifiesta una cierta reiteración y por ello una cierta tipicidad jurisprudencial el contrato viene calificado como atípico para después acaso convertirse en típico con la intervención del legislador. Añade que sobre el plano reconstructivo el contrato mixto es configurado como el resultado de la combinación de una pluralidad de esquemas que se fundan y se condicionan recíprocamente. Tales esquemas no son por eso susceptibles de autónoma y separada consideración, porque pierdan su individualidad.

Pensamos por el contrario que los contratos mixtos o complejos constituyen una disciplina unitaria de uno o de otro. Esta disciplina se determinará por la preponderancia de las diferentes funciones de una o de otra figura contractual: es una *unificación* o *universitas* de actos, por que la pluralidad se combina con la unidad⁷⁹. Por ejemplo, para establecer el criterio de prevalencia de los elementos del contrato de obra o de los elementos de la compraventa se debe tener en cuenta el interés que han puesto las partes: si las partes tuvieron interés en intercambiar un bien contra una suma de dinero, debe reconocerse que es la compraventa; es representable el contrato de obra, por el contrario, si el interés originario y fundamental de las partes es aquél de cumplir y de recibir una obra⁸⁰.

La disciplina del contrato mixto o complejo debe basarse en una teoría determinada. Gazzoni⁸¹ describe sintéticamente dos teorías. Según algunos la disciplina del contrato en mención sería aquel tipo contractual prevalente (llamada teoría de la absorción). Según otra posición, por el contrario la disciplina sería total en el sentido que varios rasgos particulares de la operación

serían disciplinados sobre la base de la referencia al tipo correspondiente (llamada teoría de la combinación). Gazzoni dice que esta última teoría, aparece más respetuosa de la especificidad de la realidad económica creada por los privados. Roppo⁸² indica que a los contratos mixtos y complejos se aplican la disciplina del tipo legal o de la prestación típica "prevalente"; y además, pero sólo en cuanto no sea compatible con ella, la disciplina de otro tipo legal o de otra prestación típica (criterio de la absorción, atemperado con el criterio de la combinación). En base a nuestras premisas, la teoría de la absorción sería más compatible con la causa concreta (función económica individual) y la operación jurídica (función económica social). La teoría de la combinación será aplicable a otra clase de contrato.

Sobre los contratos conexos, Bianca⁸³ asevera que en general más contratos se dicen conexos en cuanto subsiste entre ellos un nexo de interdependencia. La conexidad se dice voluntaria cuando es prevista específicamente, cuando aquella resulta del específico propósito de las partes de subordinar la suerte de un contrato a aquélla del otro. Se dice funcional cuando resulta de la unidad de la función perseguida, o sea cuando las varias relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico unitario. En tal caso finaliza Bianca, las particulares relaciones persiguen un interés inmediato que es instrumental respecto al interés final de la operación.

Sacco⁸⁴ dice que en los contratos funcionalmente y teleológicamente conexos (e interdependientes), las partes pueden querer contratos distintos, y al mismo tiempo pueden subordinar la eficacia de uno a la eficacia del otro, o pueden también querer que ellos dependan el uno del otro. La comprobación relativa es *res facti*, pero la calificación viene enturbiada a través de la sola mención añadida relativa a la causa (las causas son plurales y distintas, pero conexas).

Roppo⁸⁵ dice que los contratos son "conexos", en el sentido que su operatividad conjunta es necesaria para realizar la operación programada por las partes, operación que con cualquiera de los contratos, por sí

(78) GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 773.
 (79) CARNELUTTI, Francesco, *Teoria generale del diritto*, Ristampa della terza edizione emendata e ampliata di 1951, Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 350.
 (80) Cass. 26.4.84, n. 2626, *Massimario giustizia civile*, 1984. Citada en: RAPPAZZO, Op. Cit. p. 15.
 (81) GAZZONI, Op. Cit, p. 774.
 (82) ROPPO (1989), Op. Cit, p. 120.
 (83) BIANCA (1984). Op. Cit, Volume III, p.p. 454-455.
 (84) SACCO (1990). Op. Cit, Volume 10, Tomo Secondo, p. 463.
 (85) ROPPO (1989), Op. Cit, p. 120.

solo, no sería suficiente actuar. Cada contrato tiene su propia razón justificativa, su propia causa: a la luz de ésta deberá valorarse su validez y su eficacia.

Se ha dicho que existe también una razón justificativa –una causa⁸⁶– de la total, conjunta operación programada por las partes, y tal causa se identificaría precisamente con las razones que han inducido a las partes a hacer dos (o más) contratos entre sí conexos, cualquiera de los contratos no se justifica por sí solo pero justifica la existencia del otro, porque entre ambos son los elementos necesarios de una operación unitaria. Bianca y Roppo dan importancia a la vinculación de interdependencia y Sacco a la relación de subordinación. Pensamos que en los negocios jurídicos conexos hay una pluralidad coordinada de contratos en los que cada uno responde a una causa concreta autónoma, aun cuando en conjunto configuren una relación de interdependencia pero no una relación de subordinación. En efecto, en la conexidad entre contratos cualquier contrato mantiene su propia individualidad y autonomía asimismo son queridos y concebidos como conectados entre sí por un nexo de recíproca interdependencia⁸⁷.

Según, Galgano, en los negocios jurídicos conexos existe una dualidad o pluralidad de funciones conectadas entre sí por una relación de interdependencia. Cada contrato conservará su propia disciplina pero debidamente coordinada con las otras disciplinas. Verbigracia, en el caso de los contratos de utilización de ordenadores, la conexión puede establecerse entre más de dos contratos: el contrato sobre el *hardware*, el contrato sobre el *software*, el contrato de mantenimiento y el de asistencia⁸⁸.

Gazzoni⁸⁹ dice que a veces la operación económica es realizada por los privados a través de una pluralidad de negocios estructuralmente autónomos pero conexos, en el sentido que los destinos de uno influyen los destinos del otro en términos de validez y eficacia, siendo único el interés perseguido por los privados sea a través de pluralidad de los contratos, los cuales *simul stabunt, simul cadent* (juntos estaban, juntos caen), aunque sea tengan distintas causas, pero preordenadas a una finalidad práctica unitaria. Por consiguiente el contrato mixto se manifiesta a nivel de supuesto de hecho, es decir de individualización del tipo, como producto de la

fusión de esquemas típicos diversos, mientras la conexidad negocial se expresa a nivel funcional, poniendo en relación e influenciando las relaciones jurídicas que nacen de los particulares contratos, los cuales están y quedan tipológicamente y causalmente autónomos y distintos. Distingue según si la conexidad se presenta como necesaria (si es innata a la misma función desarrollada por el negocio) o como voluntaria (si establecida por los privados entre negocios de por sí perfectamente autónomos). Serían negocios conexos necesarios los negocios preparatorios (por ejemplo, el negocio de apoderamiento es presupuesto para la conclusión del contrato mediante el representante), negocios modificativos, negocio de determinación, negocios revocatorios, negocios de desistimiento, negocios resolutorios, negocios accesorios (como los negocios de garantía), la convalidación del negocio anulable, la confirmación del testamento y de la donación nulos y la ratificación del negocio concluido con el *falsus procurator*. Y son ejemplos de negocios conexos voluntarios la transferencia de un inmueble y la cesión de la empresa, el intercambio o el arrendamiento conexo a la concesión de uso del mobiliario (la llamada habitación amueblada) o de los contratos recíprocos cuando los mismos sujetos son partes de dos contratos con posiciones contractuales invertidas (por ejemplo: dos compraventas de las cuales los sujetos son en una vendedora y en una adquirente). Asimismo, las partes pueden reforzar la conexidad negocial, estableciendo la exclusión de la facultad de desistimiento en orden al contrato funcionalmente subordinado a otro, como en el caso en que, tratándose de casa-hotel, el reglamento de los copropietarios excluya el desistimiento de los copropietarios del contrato de obra de los servicios a tiempo indeterminado para el funcionamiento o el goce de las partes hoteleras (restaurante, piscina, piano-bar), conexo al contrato de adquisición de una particular unidad inmobiliaria. Bianca, Sacco, Roppo, Galgano y Gazzoni asignan a la causa la calificación de los negocios jurídicos complejos y conexos.

En consecuencia, la causa se convertiría en un criterio normativo para la calificación de la mixtura y de la conexidad de los contratos en virtud del principio de unidad estructural que define el negocio jurídico (y el contrato en particular) como una totalidad autónoma de relaciones internas. Dentro de este conjunto organi-

(86) SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrina Generali del Diritto Civili*, Ristampa della nona edizione, Casa Editoriale Dott, Eugenio Jovene S.N.C., Napoli, 1997, p. 215: "Función fundamental".

(87) DI MAJO, Adolfo. *La causa del contratto*. En: *La Disciplina generale dei contratti dalle istituzioni di Diritto Privato*. A cura di Mario Bessone. Quarta edizione. Giappichelli Editore. Torino. 1997. p. 623.

(88) GALGANO, Francesco, *El Negocio Jurídico*, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albetosa de la Primera Edición Italiana, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 115.

(89) GAZZONI, Op. Cit, p.p. 774-776.

zado no hay término o elemento suelto, cada término está en relación con otro o en relación con la totalidad que lo constituye. Una unidad estructural implica una coherencia. Metodológicamente la coherencia se refiere a llevar a cabo un conjunto de operaciones ordenadas que permitan establecer las relaciones (relacionar un término con término o un término con la totalidad) hasta agotar el objeto que se interpreta⁹⁰.

Por el contrario, la función del contrato constituye la producción de las consecuencias jurídicas como las funciones económicas sociales típicas de algunos contratos tipificados en el código civil:

La función de cambio de la titularidad es aquella función que se expresa mediante la modificación en la titularidad de la propiedad de una cosa (bien material) o de un derecho (bien inmaterial) a cambio de un precio como el contrato de compraventa (artículo 1529 del código civil peruano).

La función de cesiones de titularidades es aquella función que se expresa mediante la cesión de titularidades como la cesión de derechos (artículo 1206 del código civil peruano) y la cesión de posición contractual (artículo 1435 del código civil peruano).

La función de transferencia de la facultad de uso es aquella función que transfiere la titularidad de la facultad de uso como el contrato de arrendamiento (artículo 1666 del código civil peruano).

La función financiera es aquella función que se expresa mediante el aprovechamiento económico del dinero (finalidad especulativa) como el contrato de mutuo (artículo 1648 del código civil peruano).

La función de garantía es aquella función que brinda seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato como el contrato de fianza (artículo 1868 del código civil peruano) y la promesa del hecho ajeno (artículo 1470 del código civil peruano).

La función de custodia es aquella función que se expresa mediante la entrega de cosa ajena para su guarda y conservación como el contrato de depósito

voluntario (artículo 1814 del código civil peruano), el contrato de depósito necesario (artículo 1854 del código civil peruano) y el contrato de secuestro (artículo 1857 del código civil peruano).

La función de colaboración gestoria es aquella función que se expresa mediante el encargo de actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos como el contrato de mandato (artículo 1790 del código civil peruano), el contrato de suministro (artículo 1604 del código civil peruano), el contrato de locación de servicios (artículo 1764 del código civil peruano), el contrato de obra (artículo 1771 del código civil peruano) y el contrato de hospedaje (artículo 1713 del código civil peruano).

La función de previsión (prevención de riesgos) es aquella función que previene riesgos como el contrato de renta vitalicia (artículo 1923 del código civil peruano).

La función de recreación es aquella función que tiene como finalidad el entretenimiento como el juego y apuesta (artículo 1942 del código civil peruano).

“La función del contrato constituye la producción de las consecuencias jurídicas como las funciones económicas sociales típicas de algunos contratos tipificados en el código civil”.

La función de gratuidad es aquella función que atribuye a una parte un patrimonio determinado a título gratuito como el contrato de donación (artículo 1621 del código civil peruano), el contrato de comodato

(artículo 1728 del código civil peruano) y el contrato de renta vitalicia (artículo 1923 del código civil peruano).

Y la función extintiva es aquella función que tiene por finalidad extinguir controversias jurídicas como la transacción (artículo 1302 del código civil peruano).

Por tanto, el nacimiento, la regulación y la extinción de situaciones jurídicas subjetivas calificadas por el ordenamiento jurídico se refieren a las operaciones prácticas (funciones individuales) y a las operaciones jurídicas (funciones económicas sociales como partes integrantes del supuesto de hecho de las normas jurídicas públicas). La función o el tipo contractual es la determinación del conjunto de todas las vicisitudes de las situaciones jurídicas subjetivas calificadas por el Derecho positivo o del conjunto de las funciones económicas sociales tipificadas legalmente.

(90) ARANA COURREJOLLES, Carmen, *La Interpretación del Acto Jurídico*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, p. 189 y p. 192.

7. **Hacia una teoría causalista de los contratos conexos**

El supuesto de hecho concreto que debemos determinar consiste en dos o más contratos distintos pero autónomos normativamente.

Para determinar si hay contratos conexos debemos tener en cuenta tres fases hermenéuticas sucesivas:

- a) En primer lugar, es necesario verificar si se está en presencia de una pluralidad de negocios, autónomos e independientes, dotados de una propia causa⁹¹. Entonces, la primera fase es determinar la existencia de una pluralidad de contratos diferentes en cuanto existan causas concretas autónomas.
- b) Una vez consolidado que el interés no puede ser alcanzado a través del recurso a un único negocio, pero sólo con el concurso de más supuestos de hecho cada una de las cuales productoras de efectos propios pero coordinados para la realización de una función común, se pasa a la segunda fase del procedimiento hermenéutico, esto es, a la caracterización de una conexidad que sea jurídicamente relevante⁹². La conexidad jurídicamente relevante se establece en los intereses concretos del reglamento contractual sobre la base de criterios objetivos. Esta conexidad permite más bien entender la lógica del reglamento contractual para someter a ella situaciones y eventos no expresamente previstos. Y por otra parte demuestran cómo un juicio de tipo objetivo implica un juicio en términos de precios, de costos y riesgos de la operación. En otras palabras implica recursos y análisis económicos de los fenómenos jurídicos del contrato en concreto⁹³. De esta manera, la segunda fase es determinar la existencia de un nexo funcional unitario en el sentido de determinar el programa de una operación económica global.

- c) El intérprete, una vez confirmada la presencia de dos o más contratos, cada uno de los cuales dotado de una propia individualidad, y constatada la presencia de una conexidad jurídicamente relevante entre ellos debe evaluar cuáles son los efectos sobre el plano de la disciplina⁹⁴. La conexidad negocial determina una interdependencia entre los contratos con las precisas consecuencias sobre el plano de la disciplina jurídica, al punto que la patología de un contrato acaba por determinar, más o menos directamente, la patología del otro⁹⁵. Finalmente, la tercera fase es determinar la existencia de interrelación de las vicisitudes de un contrato a otro sobre el plano de los efectos jurídicos, es decir, se requerirá la existencia de una dependencia funcional entre todos los contratos.

Utilizaremos un ejemplo ficticio.

Labeón Leasing S.A., interpone demanda acumulativa objetiva originaria de resolución de contrato y accesoriamente de restitución de dinero e indemnización, contra Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada para que se resuelva el contrato de compraventa celebrado por ambos y como consecuencia de ello que le restituyan la suma de US\$ 450,000.00 más sus intereses legales, así como para que le indemnice con la suma de US\$ 200,000.00 por los daños causados ante la imposibilidad de ejecutar el contrato de arrendamiento financiero. Sucede que aproximadamente dos meses después de celebrado el contrato de compraventa éste fue tachado por el señor Registrador de los Registros Públicos de Pisco debido a que el apoderado de la demandada, gerente general y además participacionista, no estaba facultado para transferir los activos de su representada. En efecto, Labeón Leasing S.A. ya había cancelado el precio del inmueble pactado en el contrato, se había suscrito el contrato de Leasing y además se había hecho entrega formal del inmueble a la demandada, y por ello solicitó a Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada que cumpla con perfeccionar la transferencia del bien objeto

(91) DI NANNI, Carlo, *Colegamento negoziale e funzione complexa*, en *Rivista di Diritto Commerciale*. En: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Parte prima. Casa editrice Dottor Francesco Villardi. Milano. 1977. Anno LXXV. p.p. 302-304.

(92) MARIANI, Paola, *Il colegamento negoziale nel diritto privato*, en *Rivista di diritto privato*, N° 2, Anno III, Aprile-Giugno, Ipsoa Editore s.r.l., Milano, 1998, p. 254.

(93) FERRANDO, Gilda, *I contratti collegati*, en *Nuova Giurisprudenza civile commentata*. Parte Seconda. *Rivista bimestrale delle nuove leggi civili commentate* a cura di Guido Alpa e Paolo Zatti. Anno II. Cedam. Padova. 1986. p.p. 271-272.

(94) MARIANI, Op. Cit, p.p. 255-256. En la nota 20 indica lo siguiente: "Se piensa por ejemplo en la circunstancia que un contrato pueda modificar el propio régimen de duración en cuanto conexo a otro; o bien, se piensa en la posibilidad de utilizar excepciones en sede de ejecución que encuentran la propia fuente en otro contrato. En cuanto a los efectos propios de la conexidad, se trata del problema relativo a la influencia que cada contrato ejerce sobre los otros, y en particular si la ineficacia un contrato justifica la ineficacia de los otros".

(95) MARIANI, Op. Cit, p.p. 257.

de compraventa. Sin embargo, Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada, abusando de su buena fe y habiendo recibido el pago del precio del inmueble hizo caso omiso a sus requerimientos. En efecto, el 25 de enero de 2000 ambas partes celebraron un contrato de compra venta mediante el cual Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada transfirió el inmueble ubicado en la avenida Fermín Tanguis N° 201 del distrito y provincia de Pisco, departamento de Ica, que corre inscrito en la ficha N° 7180 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Región Los Libertadores Warí – Oficina de Pisco, a cambio del pago de US\$ 450,000.00 Dólares Americanos. Cabe señalar que dicho contrato se elevó a escritura pública el día 17 de febrero de 2000. De acuerdo a lo pactado en la cláusula tercera, el precio del inmueble se canceló mediante cheques de gerencia a la orden del Banco Wiese Sudameris, a la orden de la Caja de Pensiones Militar Policial, a la orden de la Caja de Pensiones Militar Policial, a la orden de la empresa Shell del Perú S.A. y a la orden de Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada. Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada cumplió con hacer entrega del bien. En consecuencia, hubo pago de precio y entrega de bien. Sin embargo, al momento de inscribir el contrato de compra venta en los Registros Públicos de Pisco, el título fue observado puesto que el gerente general de la empresa demandada no reunía los poderes suficientes para transferir dicha propiedad. Posteriormente, habiéndose hecho entrega del inmueble y pagado su precio, mediante contrato de leasing de 03 de marzo de 2000, elevado a Escritura Pública el 18 de marzo de 1999, Labeón Leasing S.A. otorgó a Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada el bien en arrendamiento financiero quien expresamente se obligó “a suscribir cuanto documento sea necesario para que Labeón Leasing S.A. pueda acreditar la propiedad que le corresponde sobre el bien” conforme se aprecia de la cláusula sexta de dicho contrato. Como contraprestación por el arrendamiento financiero se acordó, en la cláusula décimo tercera, que la Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada se obligaba al pago de 83 cuotas mensuales de US\$ 7,000.00 Dólares Americanos a las cuales se les agregaría el Impuesto General a las Ventas. Sin embargo, y pese a que Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada ocupa y usufructúa el inmueble de propiedad de Labeón Leasing S.A. hasta la fecha no ha cumplido con cancelar ni una sola cuota del arrendamiento. Labeón Leasing S.A. expresa que si bien el representante legal de Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada no cuenta con la facultad expresa para transferir los activos de propiedad de su

representada, no es menos cierto que de la secuencia de hechos y actos jurídicos que se han sucedido, demuestra una manifestación de voluntad tácita de haberles transferido el inmueble: a) Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada recibió US\$ 450,000.00 por concepto del pago del precio del bien materia de compra venta, b) Con dicho monto (US\$ 450,000.00) Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada canceló diversas obligaciones que mantenía pendientes frente a sus acreedores, c) Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada celebró un contrato de arrendamiento financiero, a través de un representante debidamente facultado, d) Labeón Leasing S.A. efectuó la entrega formal del inmueble materia del contrato de arrendamiento financiero, y d) Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada cedió a Labeón Leasing S.A. los derechos derivados de la póliza de seguros contratada con la empresa Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros.

En el ejemplo hay dos contratos (compraventa y arrendamiento) que son conexos en cuanto a sus estructuras y a sus funciones. En realidad, ambos contratos son autónomos concretamente pero hay una conexidad que se explica cuando Aristón Sociedad de Responsabilidad Limitada recibió un dinero como consecuencia del contrato de compraventa sin perder el uso del bien pero en calidad de arrendamiento. La finalidad concreta unitaria de los contratos es el financiamiento sin perder el uso del bien necesario para el funcionamiento de la empresa. Es decir, el dinero recibido por el contrato de compraventa tuvo la calidad de financiamiento más que el simple pago de una cantidad de dinero como contraprestación. Esto es posible por la conexidad entre el acto de transferencia del derecho real de propiedad del bien y la concesión del bien en arrendamiento, mediante el pago de rentas periódicas. La transferencia del derecho real de propiedad del bien es considerado en términos estrictamente económicos como un financiamiento garantizado por el bien cedido. También, la problemática de la invalidez o la ineficacia de los contratos en el ejemplo deberá evaluarse en el marco de los contratos conexos.

Por consiguiente, el concepto de causa concreta expresa un rol de mínima y fundamental garantía del programa de los contratantes, en el sentido que el interés perseguido sea idóneo para realizar un grado apreciable de funcionalidad⁹⁶ como en la doctrina y en la disciplina de los contratos conexos.

(96) SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Il problema della causa: La prospettiva del diritto privato europeo*, en *Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'integrazione del Diritto in Europa e in America Latina, Atti del Congresso Internazionale "La formazione del sistema giuridico latinoamericano: Codici e giuristi"*, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del consiglio Nazionale delle Ricerche e Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata", N° 12, Mucchi Editore, Roma, 2001, p. 336.

8. Conclusiones

- 8.1. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.
- 8.2. El contrato es merecedor de tutela cuando corresponda a un interés digno de la protección por el ordenamiento jurídico aunque no sea patrimonial.
- 8.3. La causa es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Entonces, el contrato es nulo cuando su causa sea ilícita, es decir, cuando vulnere el orden público o las buenas costumbres, o cuando sea contrario a normas imperativas o prohibitivas.
- 8.4. La causa es merecedora de tutela cuando es compatible con los principios constitucionales de la

iniciativa económica privada. Entonces, el contrato es inválido o ineficaz cuando su causa no sea digna de tutela según el ordenamiento jurídico si otra sanción no se deduce del ordenamiento jurídico.

- 8.5. Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global (causa concreta unitaria) son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación y a las causas concretas autónomas.
- 8.6. Las partes en el ejercicio de su autonomía privada pueden dar vida a diversos contratos, conservando su individualidad propia en cuanto a su causa concreta y a su disciplina, que realicen una función de resultado concreto unitariamente perseguido. Asimismo, los contratos conexos están en una relación de recíproca dependencia entre uno y otros, en el sentido de que son contratos condicionados no solamente en su ejecución (eficacia funcional) sino también en su validez (eficacia estructural) por ser interdependientes en su unidad teleológica. **D&S**