

CAPÍTULO PRIMERO

DEL CONTRATO Y DEL TIPO CONTRACTUAL A LA OPERACIÓN ECONÓMICA*

§ 1. *CONTRATO, TIPO CONTRACTUAL, OPERACIÓN ECONÓMICA Y EL PROBLEMA DE “LA CATEGORÍA GENERAL DEL CONTRATO”*. – Un aspecto recurrente y relevante, que puede servir como dato unificador de las discusiones que se han desarrollado en tiempos recientes en la doctrina italiana y que pueden interesar a un observador extranjero en el estudio y en la elaboración conceptual de la teoría del contrato, y en particular de su parte “general”¹, es, por un lado, la repetida denuncia de la “crisis de la categoría del contrato”, como figura y regulación general, que fue muchas veces invocada y diversamente motivada, y por otro lado, el pasaje de la noción de tipo contractual a la noción de operación económica.

Los elementos y factores que habrían contribuido en el primer caso a determinar tal situación serían numerosos.

Un primer momento, que puede ser ubicado a fines de los años 80, se encuentra en la denunciada pérdida de centralidad de la regulación y de la figura del contrato en general, por lo cual sería identificable un “fenómeno centrífugo” atribuible a diversas circunstancias, entre las cuales se cuentan la interven-

* Este capítulo fue redactado sobre la base de la ponencia presentada en la jornada académica “Teoría General del Contrato en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, celebrada en Buenos Aires el 26 de abril de 2016, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

¹ Sobre el tema, cfr. el relevante aporte de DE CORES, *Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato*.

ción del legislador –desarrollada mediante leyes orgánicas sectoriales en contratos que desde siempre habían sido objeto de intervenciones episódicas–, y el florecimiento de nuevos contratos, confiados a la regulación analítica de las partes, con vocación de autosuficiencia².

En el plano sistemático la consecuencia de tal fenómeno también habría sido la pérdida de relevancia, en el derecho de los contratos, de la distinción entre parte general y parte especial.

La parte general sobre el contrato no podría, en adelante, ser considerada como la regulación de una figura unitaria, dado que “se ha reabierto la fisura entre contratos entre privados y contratos de empresa”, “se ha abierto la fisura entre contratos entre empresas y contratos con el consumidor. Se ha abierto la fisura entre contratos domésticos y contratos internacionales”, de modo que “la relación lineal entre parte general del contrato y parte especial de los contratos individuales que leemos en el art. 1323³, no ha sido jamás adecuada al derecho positivo, y lo es menos aún hoy, frente a una indudable fragmentación de la figura del contrato y a una evidente tendencia centrífuga hacia regulaciones de contratos individuales cada vez más lejanas de la regulación general”⁴.

La doctrina tradicional había construido tal relación en el sentido de que las normas generales adquirirían su significado como “marco de las normas particulares (segundo grupo), que son exclusivas a cada figura de contrato en especial; lo que explica (en concurrencia con otras razones) cómo y por qué aquel primer grupo precede al otro en la distribución de la materia”⁵.

En cambio, se ha sostenido que la relación sistemática así bosquejada no solo no existía “ayer, en la confrontación entre normas generales y normas particulares sobre los contratos en el Código Civil, sino que menos aún existe hoy, en la confron-

² DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, “Contratto e Impresa”, 1998, p. 333.

³ Art. 1323, Cód. Civil italiano de 1942: “Normas que regulan los contratos. Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que disponen de una regulación particular, se someten a las normas contenidas en este título”.

⁴ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, “Contratto e Impresa”, 1998, p. 333.

⁵ MESSINEO, “Il contratto in genere”, en MESSINEO - CICU (dirs.), *Trattato*, t. 1, p. 11.

tación entre normas del Código Civil y normas de las leyes especiales” y todavía menos aceptable sería la concepción, en la cual se inspiraba, “de una parte general del contrato como regulación idónea para normar el contrato como figura unitaria”⁶.

La idea, así planteada, de la declinación del contrato como categoría general, ha sido en todo caso enfáticamente rechazada por una parte importante de la doctrina, la cual ha reafirmado la utilidad y el valor de un esquema unitario abstracto, como aquel proporcionado por la figura general del contrato, que, como categoría lógica y formal, mantiene aún hoy un rol central en el ámbito de los actos de autonomía privada⁷.

Un segundo momento de crisis, todavía más cercano a nosotros en el tiempo, se registra cuando, a causa de las múltiples intervenciones legislativas –la mayoría de las veces de matriz y derivación comunitaria, así como inspiradas en la progresiva ampliación del derecho de los consumidores– operadas sobre la materia contractual, se ha invocado la existencia de un “nuevo paradigma contractual”⁸, el cual surge sobre todo de la legislación sectorial de los años 90 del siglo pasado, sugestivamente definidos como “los diez años que revolucionaron el contrato” y que proporcionaría hoy a la reflexión de los intérpretes un instituto en gran parte remodelado respecto de los esquemas de la tradición, aun cuando, prudentemente, se advierte que tal paradigma “que se entrevé detrás de la crisis del viejo, no se encuentra para nada definido en su totalidad: él refleja una realidad todavía confusa, en estado naciente”⁹.

Sin embargo, el proceso de transformación sobre el cual el civilista puede comenzar a meditar se encuentra –siempre según esta doctrina– en plena evolución, puesto que se compone de “tendencias no límpidas, de desarrollos contradictorios, de movimientos no sistematizados”, que el civilista puede “registrar y tentativamente descifrar: pero sabiendo que, para

⁶ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, “Contratto e Impresa”, 1998, p. 328.

⁷ Sobre el punto, cfr. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, vol. I, p. 23 y ss.; voz “Tipo contrattuale”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Agg. VIII, p. 9, y *Estudios sobre teoría general del contrato*, p. 41 y ss., al cual se remite para ulteriores referencias a la doctrina sobre el punto.

⁸ ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. IX.

⁹ ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. IX.

conseguir resultados analíticos y constructivos más seguros y confiables, deberá continuar observándolo con paciente y constante inteligencia en los años por venir”¹⁰.

La existencia de un nuevo paradigma se encuentra entonces a la espera de ser verificada en su completitud.

En el ínterin, en el ámbito de las numerosas modificaciones legislativas que han incidido en la regulación del derecho común de los contratos al punto de abrir nuevas perspectivas para su encuadramiento –y, por tanto, también en presencia de tal proceso de cambio aún en curso–, se puede comenzar a verificar si es posible registrar algún punto firme en la construcción de una moderna teoría del contrato.

En la indicada perspectiva corresponde señalar cómo –más que la categoría de contrato en general– es la concepción misma del contrato, en su acepción tradicional de mero instrumento de la circulación de la riqueza y de fuente de las obligaciones, la que desde hace tiempo se encuentra inmersa en un proceso de crisis, puesto que el contrato del cual hoy nos servimos, sobre todo en la contratación que opera en el mercado, está caracterizado por la combinación entre los modelos tradicionales y las formas de contrato introducidas por la praxis internacional.

Al punto tal que con sugestiva imagen se ha hablado de “contrato ajeno” para indicar el contrato elaborado sobre la base de la praxis angloamericana, pero al cual se aplica el derecho italiano¹¹, que es aquel más frecuentemente empleado, por ejemplo, en la cesión de las participaciones sociales o para la transferencia de participaciones societarias de control.

En consecuencia, en presencia de tales modificaciones el intérprete lamenta la dificultad de tener que reconducir forzosamente los cambios de la praxis a un esquema (el del contrato como acto único) cuya amplitud originaria resulta hoy inadecuada, puesto que sufre de la intrínseca simplicidad y lineali-

¹⁰ ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. IX.

¹¹ DE NOVA, *Il contratto alieno*, p. 44 y ss., quien señala la existencia del fenómeno a causa del cual circulan en Italia contratos hijos de la praxis contractual angloamericana, que ignoran el derecho italiano, salvo por la inserción de la cláusula según la cual el contrato se encuentra sometido a la ley italiana. De ello surge el problema de la “confrontación crítica, a la luz del derecho italiano, con los modelos contractuales ajenos”.

dad que había sido concebida para regular estructuras económico-sociales que se fundaban en formas de circulación de la riqueza, a estas alturas ampliamente superadas, ya sea por el cambiado contexto económico nacional e internacional, ya sea por la variedad y complejidad de los instrumentos y de los modelos negociales de los cuales se sirve.

De esta manera, las dudas, las dificultades, no afectan la unidad del contrato como figura y categoría lógico-jurídica, ni objetan la persistente validez de una teoría general del contrato, sino la utilidad de hacer confluir y agotar, en el contenido lógico de aquel concepto y en el esquema que este representa, sea todos los intereses, sea la función, de la cual el negocio es expresión. Se reduce así el instrumento técnico a una noción mera y puramente descriptiva, y por eso mismo no calificadora de los intereses que en concreto el acto se encuentra preordenado a realizar o componer.

De ahí que el contrato, como hecho jurídico concreto, debe ser reconsiderado, según el prisma ofrecido por la nueva y diversa dimensión de la realidad en la cual está destinado a producir sus efectos, para configurarlo según una noción que se encuentre en aptitud de dar cuenta, en toda su completitud y complejidad, de la multiplicidad y el conflicto de los intereses que en cada hecho jurídico concreto singular concurren en la construcción del acto y de la actividad de la cual la autonomía privada es expresión: vale decir, en la dimensión de la operación económica.

En efecto, es tarea del intérprete asegurar el necesario recambio de los conceptos y de las categorías ordenantes, con el fin de evitar el peligro de que el apego a la tradición impida la comprensión de los nuevos y concretos fenómenos sobre los cuales el derecho común de los contratos está llamado a operar, de modo que los institutos, aunque permaneciendo fieles a los valores y a la lógica del ordenamiento, se modifican en consonancia con el cambio de la realidad que ellos están llamados a organizar y regular conceptualmente.

En efecto, más allá del tipo opera la regulación del autorreglamento de los intereses privados: esto es, la concreta operación económica en su unidad formal¹².

¹² Para PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, p. 36, y *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, p. 2, la operación es "unidad formal" y,

Tal regulación es, en efecto, síntesis, ya sea de las determinaciones preceptivas, ya sea de los comportamientos materiales queridos por las partes y de la simultánea presencia, en un mismo reglamento, de diversas funciones, cada una correspondiente a una peculiar perspectiva por medio de la cual el ordenamiento observa y valora la conformidad de la organización de intereses a los principios y valores ordenantes del sistema normativo.

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

En consecuencia, en el ámbito de los cambios que en esta fase de plena evolución parecen incidir en la construcción de un nuevo derecho de los contratos, aparece útil y confiable, junto con su registración, detener la atención en un aspecto que –también por el transcurrir del tiempo y por su constante y progresiva afirmación en la reflexión de los estudiosos y en el empleo que de él ha realizado la jurisprudencia– parece a estas alturas haber adquirido en la teoría del contrato una posición de estabilidad conceptual, sea una fuerte proyección prospectiva en el plano de la construcción de las ideas y de los dogmas: la operación económica.

§ 2. *NOCIÓN Y TEORÍA DE LA “OPERACIÓN ECONÓMICA”*. – La noción de contrato, y el esquema formal del tipo, resultan cada vez con mayor frecuencia inidóneos para aprehender la relevancia que la función del acto asume, sobre todo en presencia de hechos concretos constituidos mediante organizaciones de intereses particularmente articuladas y complejas.

En tales situaciones, la totalidad de los intereses de los cuales se compone la construcción del acto de autonomía privada se expresan –ya sea sobre el plano histórico, ya sea sobre el plano dinámico– mediante el concepto de operación económica.

Tal noción, en efecto, aprecia en su globalidad y complejidad la calidad de los intereses de las partes y la relevancia que

puesto que no refleja esquemas estructuralmente simples, “encuentra en el reglamento típico su *centro*, en torno al cual se coordinan las otras determinaciones consensuales y los diversos comportamientos materiales, cada uno caracterizado por la relevancia que le es propia”.

en concreto asumen, puesto que ofrece una más amplia y comprensiva representación de estos respecto al más limitado esquema del tipo contractual.

El concepto de operación económica ha pasado ya (desde hace tiempo) a formar parte de la historia de las ideas y de los dogmas¹³.

La noción de operación económica, como categoría conceptual, identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que también tal situación concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada¹⁴.

Por lo tanto, la operación económica, por la ductilidad que le es propia, si bien por una parte postula una mayor elasticidad en la definición de los elementos de los cuales se compone, por otra parte, expresa mejor la calidad de los intereses deducidos en el autorreglamento compromisorio.

La operación económica –como esquema amplio de estructura procedimental– se desarrolla a menudo, lógica y cronológicamente, según ritmos y divisiones marcados por el continuo y constante sucederse de los elementos formativos del esquema. Por tanto, a partir de la organización de intereses divisada –una vez que haya sido suficientemente programada y configurada en sus líneas esenciales en una estructura fundamental– encuentra completa definición en el propio desenvolverse de su secuencia.

¹³ Sobre el punto, también para las indicaciones, me permito remitir a: GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, vol. I, p. 67 y ss.; *L'operazione economica nella teoria del contratto*, "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 2009, p. 905 y ss., y *Estudios sobre teoría general del contrato*.

¹⁴ La definición reportada en el texto (cfr. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, vol. I, p. 17 y ss.; *L'operazione economica nella teoria del contratto*, "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 2009, p. 905 y ss., y *Estudios sobre teoría general del contrato*, p. 173 y ss.) fue antes bosquejada en GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, p. 131 y ss.; *Il contratto e le sue classificazioni*, "Rivista di Diritto Civile", 1997, p. 719, y después compartida también por la autoridad de FERRI, *Operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, "Diritto e Giurisprudenza", 2008, p. 318.

Por consiguiente, en el plano del hecho, del negocio considerado y valorado en todos sus componentes tipológicos, morfológicos y funcionales, corresponde dirigir la investigación, la cual requiere y postula la exigencia de un examen global de la organización de intereses, con el fin de apreciar, en su exacto significado, la regulación que la gobierna. En efecto, es en el contexto de la operación en su plenitud que los diversos componentes del acto de autonomía pueden encontrar una satisfactoria exteriorización.

Así, más allá del tipo actúa la operación económica, esto es, la concreta regulación del autorreglamento de los intereses privados.

Por otra parte, la operación “no encuentra el instrumento exclusivo en el contrato; de otro lado, el propio contrato no siempre expresa el negocio en su totalidad. Además de suceder que solamente algunos de los intereses en juego hallen una organización consensual, sino también puede darse que la realidad social del acuerdo no se vea reflejada en el fenómeno jurídico del contrato: de donde deriva el diverso instrumento”¹⁵.

Superar el aspecto formal del acto individual significa proyectar el interés de los contratantes en un contexto más amplio: la operación, justamente, donde el propósito –como “*interés objetiva y conscientemente* determinado, objetiva y *conscientemente* estructurado por las partes”¹⁶– perseguido en concreto resulta más evidente, incluso por cuanto es llevado al plano del control de la posibilidad de que el fin establecido por los contratantes sea protegido por el ordenamiento”.

En tal sentido, aparece ejemplar, por otro lado, la vicisitud de la ilicitud negocial, en cuyo contexto, como se ha observado perspicazmente, “la síntesis de los efectos esenciales tiene importancia, positiva o negativa, solo con respecto al tipo. Por lo demás, es la sustancia del negocio la que cuenta”¹⁷. Entonces, aparece oportuno y necesario distinguir los dos conceptos: contrato (vale decir, tipo contractual) y operación económica, y precisar sus relaciones.

¹⁵ BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, p. 222.

¹⁶ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, p. 254.

¹⁷ PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, p. 188.

Aquella distinción y aquellas relaciones surgen sobre todo en el plano de la función en concreto perseguida por el acto de autonomía; y sobre aquel plano han sido esclarecidas, ya sea con respecto a la tipicidad contractual –en el sentido que todo tipo “resume en su estructura una determinada operación económica”¹⁸–, ya sea en el sentido, más calificador, que “en el caso concreto el negocio jurídico, en su conjunto de elementos esenciales y no esenciales, forma un bloque unitario y como tal (es decir unitariamente) deberá ser valorado por el ordenamiento jurídico: en efecto, solo de esta manera se puede apreciar el sentido y la amplitud de la operación económica que el negocio jurídico expresa”¹⁹.

En tal sentido, más allá de la restringida perspectiva del tipo contractual, todo el negocio debe ser valorado por medio de sus componentes, en cuanto son estos los que indican sus aspectos esenciales y permiten, mediante una global consideración de los intereses contrapuestos, insertar a la operación en la lógica que guía el ordenamiento y que, sobre el plano normativo, se concretiza en un planteamiento bien especificado de la regulación positiva.

Por lo tanto, es necesario dirigir la investigación hacia el plano fáctico del negocio, considerado y valorado en todos sus componentes tipológicos, morfológicos y funcionales. Dicha investigación requiere y postula la exigencia de un examen global de la organización de intereses, con el fin de apreciar, en su exacto significado, la regulación que la gobierna²⁰.

En todo caso, entre los dos conceptos (contrato y operación económica) no existe fractura o contraposición, tal como se podría concluir a partir de observaciones superficiales del fenómeno, ligadas a apriorismos conceptuales o, en todo caso, gobernadas por una lógica abstrayente²¹.

¹⁸ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, p. 250.

¹⁹ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, p. 250.

²⁰ GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, p. 132 y ss., e *Il contratto e le sue classificazioni*, p. 722; FERRI, *Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, “Diritto e Giurisprudenza”, 2008, p. 318 y 319.

²¹ GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, p. 132 y ss., e *Il contratto e le sue classificazioni*, p. 722; FERRI, *Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, “Diritto e Giurisprudenza”, 2008, p. 318.

La unidad del negocio –por la cual este se torna, por el carácter voluntario del interés perseguido²² y por la valoración que efectúa el ordenamiento, síntesis de la libertad de los privados y de la autoridad del ordenamiento– no es en absoluto desnaturalizada por la referencia al concepto de operación económica, puesto que, por el contrario, es justamente por medio del negocio que la operación de hecho histórico se convierte en un fenómeno jurídico²³.

Sin embargo, la realidad sustantiva del negocio, en cuanto expresión de una pluralidad de intereses, debe ser buscada en aquel conjunto de situaciones y de resultados que permiten apreciar la esencia del negocio mismo, dirigiendo la investigación a la consideración de la operación económica en su totalidad.

En tal sentido, es oportuna la utilización de todos aquellos instrumentos que, por su misma naturaleza o por el valor con el cual son adoptados, están en capacidad de reflejar el dato y de otorgar un correcto y adecuado encuadramiento sistemático.

Es necesario descomponer los elementos de la operación para someterlos al examen atento de una investigación que individualice, en su interior, los aspectos susceptibles de una

En la base del discurso se encuentra la exigencia, fuertemente sentida, de una constante adecuación de realidad jurídica al dato. Exigencia que requiere el abandono de un tipo de investigación fundada en premisas abstractas y que procede mediante instrumentos lógicos incapaces de apreciar la variedad y complejidad con la cual la experiencia jurídica se expresa y se concretiza en el contexto de una operación negocial, de la cual es posible apreciar (con una multiplicidad de acentos y matices siempre diversos) cómo la fantasía creadora de los privados, dialécticamente, entra en simbiosis con el ordenamiento. Sobre los peligros que el empleo de la lógica sustancialista y abstrayente comporta, ver, por todos, el fundamental trabajo de ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, p. 385 y siguientes.

²² FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, p. 254, observa que “el hecho de que toda la operación negocial pertenezca y emane de la esfera de libertad del individuo, se puede apreciar no tanto en la tensión hacia el interés que se quiere realizar como en el carácter voluntario del interés realizado”.

²³ GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, p. 134 y ss., e *Il contratto e le sue classificazioni*, p. 721; FERRI, *Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, “Diritto e Giurisprudenza”, 2008, p. 318 y 319.

consideración autónoma, revelando al mismo tiempo los nexos y las relaciones con los otros elementos con los cuales la operación misma entra en contacto para conferir a cada uno su exacto ámbito de aplicabilidad y, en fin, para reducirlos a una nueva y más completa unidad formal.

En efecto, siempre diversa es la síntesis de los múltiples elementos de la operación, puesto que varían según el juego y los ritmos con los cuales los componentes de la operación se combinan y articulan, dividiéndose en el curso del proceso formativo de la operación misma.

La disciplina que en concreto le es confiada al reglamento no puede ceder frente a las puras configuraciones abstractas de las hipótesis singulares, que no logran, por sí mismas, captar a plenitud la calificación formal de los intereses en conflicto, y de los cuales proporcionan, algunas veces, solamente una representación incompleta, puesto que la relación que existe entre la naturaleza del negocio y los caracteres formales de la operación tiene a menudo solamente un valor relativo.

Es todo el negocio el que debe ser valorado e interpretado por sus componentes, en cuanto son ellos los que indican sus aspectos esenciales y permiten, mediante una consideración global de los intereses contrapuestos, insertar la operación en la lógica que dirige el ordenamiento y que, en el plano normativo, se concretiza en un posicionamiento bastante específico de la regulación positiva.

Por lo tanto, el negocio, así como ha sido construido por las partes, debe ser considerado como “operación económica”.

§ 3. LA ESTRUCTURA DE LA “OPERACIÓN ECONÓMICA”: REGLAS, COMPORTAMIENTOS Y CIRCUNSTANCIAS. – El punto de partida para el esclarecimiento de la noción de operación económica y de su relevancia dogmática estuvo constituido por la revisión, desarrollada por la doctrina, sobre el aspecto causal del negocio y del contrato.

Desde la perspectiva del surgimiento de la teoría de la causa en concreto, la operación económica expresa (más allá de las fórmulas empleadas por las partes para definirla y de la representación exterior del esquema adoptado) el significado más profundo del poder de autonomía reconocido a los priva-

dos, tanto que la doctrina, con el transcurso del tiempo, ha efectuado un proficuo empleo sistemático y aplicativo de la operación, como categoría jurídica, unitaria y ordenadora, ya sea en la fase de formación del vínculo, ya sea en la fase de reconstrucción de la regla, ya sea en la fase de su ejecución, ya sea para reconstruir la regulación del derecho de los contratos individuales.

Por lo tanto, es necesario observar el reglamento negocial desde la situación global, de la cual el contrato individual es una manifestación directa o en cuyo contexto está destinado a interactuar.

Se trata entonces de esclarecer los aspectos configurativos de la operación económica, cuáles son sus nudos problemáticos, cuáles son las posibilidades de desarrollo y de construcción de la noción –como categoría conceptual y jurídica– y cuáles son las posibilidades de su utilización, ya sea para la reconstrucción de los hechos jurídicos concretos individuales, ya sea para resolver problemas concretos de regulación, como demuestra la orientación interpretativa de la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, y de la jurisprudencia²⁴ y la doctrina uruguayas²⁵, la cuales emplean la categoría de la operación económica, haciendo expresa referencia a la idea de la “unidad de la operación económica”²⁶.

Sin embargo, la doctrina más atenta y sensible ya desde hace tiempo había prefigurado las líneas de valoración del problema de la relevancia de las circunstancias en clave interpretativa de la operación económica y había resaltado que “es la misma proyección en el tiempo de la operación económica la que, impidiendo la identificación de esta última con un acto individual, hace necesaria una regulación de la coligación entre los diversos actos (...) que concurren a constituirla”²⁷.

²⁴ Cfr. sentencias SEF 3-7-2015; SEF 9-123-2014; SEF 2-310-2011; SEF 1-123-2012; SEF 1-21-2011; SEF 2-9198-2011.

²⁵ Cfr. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XXVI, p. 274; BLENGIO, *El contrato y la operación económica*, “Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil”, p. 31 y ss.; GABRIELLI, *Causa en concreto y operación económica*, en “Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil”, p. 1 y siguientes.

²⁶ Cfr. Cass., 23/4/05, n° 8565, *CED Cassazione* n. 580637; Cass., 11/6/07, n. 13.580, “Giustizia Civile”, 2008, I, p. 729, con nota de GABRIELLI, *Il “contratto frazionato” e l’unità dell’operazione economica*.

²⁷ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, p. 290.

En el pensamiento de los intérpretes había surgido la necesaria importancia que en el sistema debe ser atribuida a las “circunstancias”, las cuales “sin entrar a formar parte del negocio, en sí considerado, han sido tenidas en cuenta por las partes y que por tanto refieren ya no al acto en sí, sino a la compleja situación de hecho en la cual este se inserta”²⁸.

En efecto, tales circunstancias, aunque permanecen siempre siendo “elementos de hecho vinculados al contrato”, pueden ver modificadas “las condiciones de su relevancia en razón de las relaciones con el precepto concretamente tomado en examen”, como sucede –según una determinada acepción del término– cuando se trata de integrar por obra del juez el reglamento negocial si es que las circunstancias no pueden ser ni explícita ni implícitamente comprendidas en el precepto, puesto que el punto al cual refieren no ha sido objeto de regulación. En tal caso, “la integración de aquel punto del reglamento por obra del juez depende únicamente de la posibilidad de encontrar, más allá del precepto, circunstancias idóneas para permitir aquella solución que parece en mayor armonía con el complejo de la operación realizada”²⁹.

En otro sentido, se ha dicho que “las situaciones, las relaciones, los intereses que constituyen la sustancia real de todo contrato pueden resumirse en la idea de operación económica”, de modo que “con el término ‘contrato’ no se hace referencia tanto a las operaciones económicas concretamente realizadas en la efectiva experiencia del tráfico, sino más bien a aquello que podríamos llamar su formalización jurídica”, por lo cual la regulación del negocio encuentra en la estructura del contrato su punto de directa influencia formal³⁰.

§ 4. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD DE LA OPERACIÓN ECONÓMICA. – Con estas premisas teóricas firmes, corresponde afrontar la cuestión de la actual validez de la clasificación de los contratos según el tipo (o el subtipo), que a estas alturas podría resultar inadecuada –o en todo caso mantener un valor únicamente descriptivo– a la luz de las nuevas tendencias desta-

²⁸ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, p. 78.

²⁹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, p. 238 y 239.

³⁰ ROPPO, “Il contratto”, en IUDICA - ZATTI (eds.), *Trattato*, p. 73.

cadadas. También a consecuencia del inminente ascenso del derecho común europeo de los contratos, en la realidad social y en el sistema económico cada vez más orientado hacia una regulación no del tipo contractual, sino de la operación económica.

En algunas regulaciones, por ejemplo, la tutela de la parte contractualmente débil se realiza mediante la tipificación de una serie de actos, momentos y vicisitudes de la operación económica, que preceden, son simultáneas o, a veces, son posteriores a la estipulación del contrato.

En efecto, desde tal perspectiva, una importante novedad –que representa una verdadera y propia confirmación por parte del legislador de la relevancia de la operación económica como unidad lógica y formal, más allá y prescindiendo del tipo contractual– se encuentra dada por la inserción de una nueva categoría en la regulación general de los contratos: los contratos de los consumidores, y en particular las reglas de determinación del carácter vejatorio de las cláusulas.

El carácter abusivo de una cláusula, afirma el art. 34 del Cód. del Consumidor (decr. legislativo 206, 6/9/05), es valorado, entre otros aspectos, “haciendo referencia a las circunstancias existentes al momento de su celebración y a las otras cláusulas del contrato mismo o de otro contrato coligado o del cual depende”.

La norma marca una superación del tradicional ámbito delineado por los límites del esquema y de la función típica, y representa una etapa transitoria hacia la consideración normativa del contrato como operación económica.

En el precepto que, en términos de regulación, asigna valor a la apreciación de las “circunstancias” y al nexo de coligación o de dependencia entre los diversos segmentos de la operación económica, existe por tanto el reconocimiento de la innegable importancia que, en el ambiente que le es propio, asume la causa en concreto (y, por ende, también la forma de organización de los intereses elegida en concreto por las partes), en la valoración del acto de autonomía privada.

De ello surge tanto el particular significado que adquiere la regulación (y las formas) de la coligación negocial, como la consideración del grupo de contratos, vale decir, de las operaciones económicas articuladas mediante un conjunto de contratos, ya sea la relevancia autónoma del concepto de función

concreta, y en fin, la necesidad de estudiar la autonomía privada sobre el plano constructivo alejándola del contrato y del tipo.

La unidad de la categoría de la operación económica se aprecia, además, cuando el ordenamiento emplea tal esquema en tutela de la parte débil y por tanto del mercado, en el ámbito de la regulación de las relaciones contractuales en las cuales una de las partes ejercita (o se encuentra en condiciones de ejercitar) un poder o posición de manera “abusiva” en perjuicio del contratante “débil”; allí donde la exigencia del mercado –que entra en juego en estos casos– también es la de impedir que comportamientos anticompetitivos entre empresas, realizados por medio del contrato, puedan perjudicar a terceros, y especialmente a los consumidores finales de bienes o servicios.

Desde tal punto de vista, “el abuso de dependencia económica” se presenta ya sea como factor incidente en las relaciones contractuales entre empresas, como elemento de relación entre contratos distintos, uno de los cuales es un contrato con un consumidor.

Al primero de los dos paradigmas conceptuales puede aplicarse el art. 9º de la ley 192/98 sobre la subprovisión, que regula la “dependencia económica” entre empresa comitente y empresa subproveedora, donde la dependencia de esta última con respecto a la primera (determinada sobre la base de criterios previstos por la ley) conduce a un desequilibrio contractual o a otra desventaja en contra de la empresa subproveedora.

Es evidente la conexión que la norma determina entre el plano de tutela de la competencia y el de tutela del contratante débil, creando a nivel aplicativo un momento de interacción entre las dos regulaciones que parece verificarse en otras normas de reciente introducción. De tal modo, la relación contractual, en la cual se realiza el abuso de dependencia económica, es valorada en el marco de un más amplio proceso económico, dentro del cual se coloca la actividad desarrollada por la empresa.

Por otra parte, el legislador tiende a tipificar la operación económica por medio del nivel de intervención que opera no mediante la regulación del tipo, sino mediante la reagrupación

de los contratos³¹. De tal manera, al regular los segmentos individuales de una relación compleja, que se compone tanto de fragmentos de la regulación general del contrato, como de la regulación de los tipos individuales, regula el negocio en su totalidad.

La tipificación “por operaciones económicas” se manifiesta, con las mismas modalidades, también por medio de una técnica legislativa en cierto sentido refleja e inversa respecto de aquella descripta anteriormente –que hace hincapié en un fenómeno de agregación, en la unidad formal del tipo de operación, de hechos jurídicos concretos heterogéneos asimilables a diversas figuras típicas– puesto que algunas veces, mediante la regulación de figuras contractuales especiales, se tiende más bien a efectuar una “descomposición” del tipo legal en una pluralidad de figuras, dotadas de una regulación autónoma y especial³².

El análisis de la legislación especial, por tanto, pone de relevancia cómo el legislador en no pocas oportunidades regula unitariamente hechos jurídicos concretos formados por una pluralidad de contratos, los cuales no podrían encontrar explicación y regulación fuera de una reconstrucción en el ámbito de la operación económica globalmente considerada³³.

Por otra parte, a veces el legislador prevé y distingue, respecto al tipo de operación económica, singulares y ulteriores hechos jurídicos concretos de estructura compleja, que también en este caso regula unitariamente en consideración a la organización global de intereses subyacente a la operación económica.

Un evidente fenómeno de reagrupación de contratos sobre la base de la operación económica se puede verificar, por ejemplo, en otra regulación de origen comunitario en tutela de un

³¹ Para la indicación del “proceso de superación del tipo a favor del grupo de contratos”, DE NOVA, *Contratto: per una voce*, “Rivista de Diritto Privato”, p. 655 y ss.; GABRIELLI, voz “Tipo contrattuale”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Agg. VIII, p. 13; para el empleo de la técnica de definición por grupos de contratos, cfr. también GABRIELLI - LENER, “Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento”, en GABRIELLI - LENER (eds.), *I contratti del mercato finanziario*, t. I, p. 37 y siguientes.

³² Cfr. AZZARO, *I contratti non negoziati*, p. 323 y siguientes.

³³ Cfr. AZZARO, *I contratti non negoziati*, p. 323 y siguientes.

contratante débil: aquella relativa a la venta de bienes de consumo, dado que, según el art. 128, inc. 1, del Cód. de Consumo, esta encuentra aplicación en los contratos de venta, en algunos contratos “equiparados” a estos últimos (suministro, locación de obra o de servicios) así como, más en general, en “todos los otros contratos de cualquier modo dirigidos a la provisión de bienes de consumo a ser fabricados o producidos”³⁴.

La individualización e identificación del tipo mediante la referencia al concepto de operación económica, como particular momento de emersión de la función negocial independientemente del esquema legal adoptado, puede verificarse también en el decr. legislativo 170 del 24/5/04, de desarrollo de la directiva sobre garantías financieras, que introduce el concepto de “contrato de garantía financiera”³⁵. Lo configura mediante la inclusión en el concepto (y por tanto en el esquema del tipo legal) sea de una pluralidad de tipos contractuales dotados de esquemas formales diversos, sea de un esquema “genérico”, es decir, “cualquier otro contrato de garantía real que tenga por objeto actividades financieras y esté dirigido a garantizar el cumplimiento de obligaciones financieras (art. 1, lit. *d*)”.

Por lo tanto, el legislador ha tenido cuidado de elaborar una definición amplia del hecho jurídico hipotético “garantía financiera”, puesto que en su contexto –y, por ende, también en el plano de la regulación aplicable– deben ser reconducidos no solamente los hechos jurídicos concretos tradicionalmente adscritos al modelo real de garantía, sino “cualquier otro contrato de garantía real”, debiéndose entender por tal cualquier contrato que tenga por objeto “actividades financieras” (vale decir, instrumentos financieros y sumas dinerarias) cuyo perfil funcional (y por tanto su causa en concreto), independientemente

³⁴ Cfr., sobre el punto, GABRIELLI, “*Aliud pro alio*” e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo, “*Rivista di Diritto Privato*”, 2003, p. 657 y ss.; y *Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento nella vendita di beni di consumo*, “*Giustizia Civile*”, 2005, II, p. 3 y siguientes.

³⁵ Definido como “el contrato de prenda o el contrato de cesión del crédito o de transferencia de la propiedad de actividades financieras con función de garantía, incluyendo el contrato de *pronti contro termine*, y cualquier otro contrato de garantía real que tenga por objeto actividades financieras y se encuentre dirigido a garantizar el cumplimiento de obligaciones financieras” (art. 1, lit. *d*).

del modelo formal, está connotada por una causa de garantía sobre “instrumentos financieros”.

Entonces, de la consideración del texto normativo resulta que una vez más el legislador comunitario –y como consecuencia el legislador italiano– elabora una regulación, ya no más por contratos, sino por actividades, por operaciones económicas, y así, abandonado el esquema del tipo contractual individual, tiene a estas alturas cada vez más presente al contrato entendido como operación económica³⁶.

El legislador regula, y por lo tanto tipifica, una operación económica.

§ 5. **EL FRACCIONAMIENTO DE LA OPERACIÓN ECONÓMICA.** – Ulteriores señales en tal sentido provienen del fenómeno del “fraccionamiento contractual”, a estas alturas acogido por la regulación, tanto interna como comunitaria, del derecho de los contratos.

Un ulterior y significativo modelo reconstructivo por medio del cual surge, en el ordenamiento, la autonomía formal del concepto de operación económica y su “tipificación indirecta”, parece hallarse en aquel fenómeno, señalado por algunas normas especiales, definible como “fraccionamiento contractual, con el cual aquello que, por naturaleza y circunstancias, sería o podría ser un único contrato, viene fraccionado en una multiplicidad de contratos que cuentan con contenido idéntico o heterogéneo, pero coincidente, en la sumatoria, con el contrato fraccionado, con fin de eludir una determinada regulación³⁷.

De aquí la prohibición (en función protectora de los intereses de los contratantes débiles –y, en definitiva, del mercado–) de fraccionar la natural unidad de la operación económica, querida y regulada por el legislador en determinados hechos jurídicos hipotéticos, la cual en tal sentido opera también como límite a la autonomía privada, en protección del contra-

³⁶ Para consideraciones más amplias sobre el punto, cfr. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, p. 77 y ss., y “Garanzie finanziarie, contratti d’impresa e operazione económica”, en *Studi in onore di Giorgio Cian*, t. I, p. 1029 y siguientes.

³⁷ Sobre el tema, cfr. AZZARO, *Contratto e negozio nel “frazionamento” del rapporto giuridico*, p. 11 y siguientes.

tante débil y más generalmente del mercado, en la medida en la cual el legislador sanciona con una regulación específica la “ruptura” intencional de la originaria unidad formal de la operación económica.

El art. 144, inc. 4, del texto único en materia bancaria y crediticia, prevé, por ejemplo, la aplicación de las sanciones previstas en la norma a aquellos que, con el fin de evitar la aplicación de la regulación de tutela al hecho jurídico concreto –aplicación condicionada por parámetros cuantitativos previstos por la ley– fraccionen artificiosamente el contrato en una pluralidad de contratos que, individualmente considerados, se colocan por debajo del límite de tutela.

En el mismo sentido, para los contratos negociados fuera de los locales comerciales, el art. 146 del Cód. de Consumo dispone que la regulación de tutela se aplica también “en el caso de diversos contratos estipulados contextualmente entre las mismas partes, si acaso la entidad de la contraprestación global, independientemente de los contratos individuales, supera el importe de 26 euros”.

Aparece evidente, en ambos casos, cómo el legislador, para evitar la elusión de la regulación de tutela del consumidor, o más generalmente de una parte del contrato, sanciona aquellos fraccionamientos del contrato cuya determinación es posible solo mediante una valoración global de los diversos contratos fraccionados, y por tanto reconstruyendo la operación económica unitariamente considerada.

Por lo tanto, el análisis del intérprete debe tener por objeto la valoración global de la operación económica creada (o mejor “separada”) con el fraccionamiento, para verificar si dicho fraccionamiento posee una función elusiva del aspecto cualitativo o del aspecto cuantitativo establecido por la regulación de tutela, poniendo así en relevancia por contraste –precisamente por medio de la develación del artificioso y fraudulento mecanismo de “escisión” de la natural unidad del negocio– el valor calificador de la operación económica.

En tal sentido, también la Corte de Casación, con decisiones recientes, se ha alineado a las posiciones de la doctrina afirmando que en la interpretación de los actos debe atribuirse relevancia al criterio “de la naturaleza intrínseca de los actos y de los efectos jurídicos”, el cual comporta que en la imposi-

ción tributaria de un negocio “debe atribuirse relevancia preeminente a su causa real y a la reglamentación de los intereses efectivamente perseguida por los contratantes, aunque mediante una pluralidad de pactos no contextuales, de modo que ningún valor preeminente puede ser atribuido a la diversidad de objeto y de causa relativos a dos contratos para negar su coligación y permitir un propósito elusivo de un hecho imponible fiscal”³⁸.

Así, la operación económica es empleada, según los casos, para dictar reglas más coherentes con las condiciones en las cuales se desarrolla la negociación, con particular atención a la simetría (o mejor, a la asimetría) de poder entre las partes, como ocurre con la represión de las cláusulas vejatorias en los contratos del consumidor y en la prohibición del abuso de dependencia económica en el contrato de subprovisión; para reagrupar diversos tipos contractuales con el fin de dictar una particular regulación de protección del contratante “débil” –como por ejemplo en la venta de bienes de consumo– o diversas fracciones de una única operación contractual con el fin de combatir los hechos jurídicos concretos elusivos de regulaciones creadas en protección del contratante débil; para atribuir relevancia a contratos que, aun colocándose en el origen de la cadena productiva, producen sus efectos sobre los contratos del consumidor final y por tanto sobre los mercados finales de bienes y servicios, como ocurre con referencia a la figura de los “contratos de los cuales depende” el carácter vejatorio de las cláusulas incluidas en los contratos del consumidor.

En efecto, en la perspectiva de un derecho común europeo de los contratos, al mismo tiempo se pone de relevancia que, si bien es verdad que se asiste a la pérdida de centralidad del elemento de la causa, de modo que para su validez no es necesario que el contenido del contrato la enuncie de modo expreso, el horizonte del intérprete no puede quedar limitado al contenido, puesto que este último “resume solo en parte la global operación económica en la cual se desarrolla la actividad de la empresa”. Con la consecuencia de que los elementos que definen “la naturaleza o el fin del contrato” (es decir, la fórmula que en el lenguaje del legislador europeo parece asumir el rol

³⁸ Cass., 11/6/07, n. 13.580.