

EL CONTROL SOBRE EL MERCIMIENTO DE TUTELA DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS

GIOVANNI BERTI DE MARINIS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE
CAMERINO

1. Como resultado de las reflexiones realizadas por la doctrina científica, ha tenido lugar una reinterpretación del concepto de autonomía privada, que, si bien la sigue contemplando como un cauce para dar relevancia en el ámbito del Derecho al arbitrio individual de cada persona, no obstante, la sujeta a los principios esenciales que rigen en el ordenamiento jurídico.

De hecho, mientras que originariamente existía una tendencia a calificar todo ejercicio de la autonomía en la negociación como un poder omnímodo que el Derecho reconocía y garantizaba a los ciudadanos para determinar los efectos jurídicos en su propia esfera, hoy se reconoce generalmente la presencia de límites que condicionan el ejercicio de dicho poder. En esta evolución, la autonomía de la negociación, perdiendo su carácter absoluto, adquiere, con cada vez mayor consistencia, la apariencia de un instrumento que resulta legítimo, sólo en la medida en que sea idóneo para materializar los valores que caracterizan el sistema de Derecho interno expresado, particularmente, en las normas constitucionales.

Esto ha justificado, no sólo el surgimiento de numerosas normas técnicas que, con disposiciones específicas, han impuesto limitaciones a la autonomía contractual con el fin de reequilibrar posiciones jurídicas genéticamente desequilibradas (por ejemplo, las normas relativas a la protección del consumidor o del cliente de las entidades bancarias, de los intermediarios financieros o de las compañías aseguradoras), sino que también ha llevado a afirmar que las normas constitucionales pueden afectar directamente a la suerte de los actos de la autonomía privada (condicionando su eficacia).

Durante mucho tiempo, de hecho, se consideró que las disposiciones constitucionales en Italia no afectaban directamente a las relaciones entre particulares, sino que sus destinatarios eran, exclusivamente, los poderes públicos, limitándose a proporcionar al legislador herramientas interpretativas y límites, que no podía violar al promulgar normas ordinarias.

Recientemente, por el contrario, se ha observado que las disposiciones constitucionales son normas, en sentido estricto, a todos los efectos, aplicándose a todo hecho jurídicamente relevante (sea de la esfera pública o de la privada), con capacidad, pues, para influir en los efectos y en la validez del mismo.

La incidencia de esta evolución a nivel contractual es particularmente acusada en el control jurisdiccional de la causa de los contratos.

2. Sin embargo, antes de que veamos cómo este control se va a llevar a cabo, estimamos conveniente reconocer, aunque sea muy brevemente, cómo se ha desarrollado el propio concepto de causa del contrato en el ordenamiento jurídico italiano.

Actualmente, se entiende por causa del contrato la función económico-individual del mismo, desde el momento en el que se vincula la función del acto de autonomía contractual a los intereses concretos y recíprocos que, en cada caso, entran en juego. Esta concepción de la causa ha sustituido a la concepción precedente, que al calificar la causa como una función económica y social, abstraía el perfil funcional de la peculiaridad del negocio, para dar cabida a la verificación de la aplicación de intereses a un tipo de contrato abstracto.

Tal evolución tiene una relevancia determinante ya que, si se entiende la causa como función económico-individual, se incluirán en la valoración de

la misma todos los factores particulares del caso concreto. En términos de causalidad, será relevante, por tanto, aquellos elementos que a primera vista pudieran resultar totalmente ajenos al equilibrio funcional del contrato, como, por ejemplo, la naturaleza de los sujetos, las modalidades de contratación, la tipología de los bienes objeto del contrato y las características de los mismos.

Así reelaborado el concepto que nos ocupa, se deberá verificar en qué grado pueden incidir las normas constitucionales a nivel causal.

Desde esta perspectiva, en realidad, la causa se convierte en el objeto de un control que, en particular, requerirá que el intérprete verifique si los intereses concretos que entran en juego en una negociación específica (función económico-individual) son compatibles con los principios que emanan del ordenamiento jurídico.

Dicho control sobre la causa del contrato viene legitimado en el segundo párrafo del art. 1322 CC italiano, el cual señala que las partes pueden estipular contratos que no estén regulado en el mismo código (contratos atípicos), siempre que por medio de los mismos se persigan “intereses merecedores de tutela”.

La norma ha sido objeto de amplio debate por parte de la doctrina, puesto que, desde una visión tradicional, el control de meritoriedad de los actos de autonomía de negociación resultaba totalmente análogo al control de legalidad impuesto por el art. 1343 CC, según el cual la causa es ilícita, cuando sea contraria a normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres, resultando aquella expresión de las mismas exigencias que ésta tutela.

No obstante, un sector de la doctrina ha sostenido que estas dos formas de control no pueden ser consideradas completamente superponibles. Desde este punto de vista, mientras el control de legalidad se materializa, comprobando que el negocio no contraviene las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (control negativo), el control sobre si causa es merecedora de tutela tiene por objeto verificar que el contrato esté acorde con los principios y valores de nuestro ordenamiento (control positivo)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sólo recientemente la jurisprudencia ha comenzado a aplicar, aunque de manera no uniforme, este tipo de control. Probablemente esto se debe a la dificultad con la que se encuentran los jueces para comprobar la conformidad de una concreta reglamentación contractual a

unos principios, que, por su propia naturaleza, son generales y, en su caso, extraer las radicales consecuencias que de ello pueden derivarse.

3. Sin embargo, la aplicación efectiva de esta idea, de control del “merecimiento” de tutela de la causa, es posible encontrarla en el sector de los mercados financieros. Dentro de este segmento económico, de hecho, es particularmente evidente el desequilibrio de las posiciones contractuales, que a menudo conducen al intermediario a preparar esquemas de negociación injusta y altamente perjudiciales para la parte más débil.

Podemos encontrar ejemplos significativos en los llamados contratos “4You”, los cuales, bajo la apariencia de una novedosa forma de ahorro, en realidad, ocultan unas negociaciones complejas con un ánimo especulativo y excesivamente desequilibrado en favor del agente financiero.

En virtud de este contrato, el inversor contrata un préstamo por una suma de dinero de la que el cliente no puede disponer, la cual será utilizada por el intermediario para adquirir productos financieros. El intermediario, por tanto, adquiere dos tipos de títulos: títulos de tipo fijo – que, como inversión de bajo riesgo, deberían asegurar una renta igual al importe de las cuotas debidas por la extinción del préstamo- y participaciones en fondos de inversión a alto riesgo, que constituyen el aspecto lucrativo de la inversión. Al mismo tiempo, sin embargo, el intermediario retiene los títulos adquiridos, constituyendo sobre los mismos una garantía pignoratícia del abono del préstamo que el cliente ha contratado, precisamente, para adquirir esos instrumentos financieros. Durante el término de vigencia del contrato (en el caso que examinaremos, treinta años) el cliente, no puede disponer de la suma concedida en concepto de préstamo, ni de las rentas garantizadas por los títulos adquiridos; y si quiere extinguirlo anticipadamente, no tendrá más “certeza” que la de obtener el importe del capital invertido. El intermediario, por el contrario, se beneficia, de inmediato, tanto por la concesión del préstamo, como por las comisiones sin soportar ningún tipo de riesgo económico.

Se trata, pues, de un contrato mixto que, a través de la combinación de varios negocios, constituye una figura negocial atípica autónoma y unitaria, cuyo merecimiento de tutela se debe verificar.

La cuestión fue abordada, entre otros, por el Tribunal de Nápoles, en sentencia de 22 de enero de 2013 (*Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 555), que,

analizando de manera específica los intereses que subyacen a la negociación en cuestión (función económico-individual del contrato) ha puesto de manifiesto el insubsanable desequilibrio de las posiciones negociales asumidas por las partes. La conformación del contrato, en realidad, tiene el efecto de desplazar todo el riesgo de la transacción al cliente, generando así una “aleatoriedad unilateral”, por lo que el negocio estipulado no es digno de tutela [en sentido contrario, sin embargo, el Tribunal de Santamaria Capua Vetere, en sentencia de 21 de noviembre de 2012 (*Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 555), considera el contrato válido y eficaz].

La solución adoptada por el Tribunal de Nápoles es de suma importancia, ya que el tipo de negocio del que el juez tiene conocimiento era acorde a todos los efectos con las normas imperativas del sector que regula los mercados financieros en Italia. Desde este punto de vista, por lo tanto, el contrato “4You” no contravenía las normas imperativas (juicio de legalidad), pero no contribuía a materializar los valores expresados a nivel constitucional, dado que sacrificaba el derecho al ahorro del cliente (art. 47 Const.) y frustraba la realización del principio constitucional de solidaridad previsto en el art. 2 Const., que debe materializarse de forma concreta incluso dentro de las reglas de negociación (juicio sobre el merecimiento de protección).

En tales circunstancias, por lo tanto, es evidente que el control sobre el “merecimiento” de tutela de la causa ha sido una herramienta adecuada para eliminar los efectos de un contrato que, a pesar de ajustarse a las normas ordinarias, estaba fuertemente desequilibrado y que, por tanto, afectaba a los intereses constitucionalmente relevantes de uno de los contratantes.

4. Del mismo modo, la jurisprudencia más sensible, ha valorado el control del “merecimiento” de tutela de las cláusulas contractuales en el ámbito del leasing. Como es sabido, esta figura negocial entra en juego frecuentemente para obtener el disfrute de bienes que se suelen utilizar en una actividad empresarial. Con esta finalidad, el “usuario” se dirige a la sociedad de leasing (“concedente”), para que, por cuenta de aquél, adquiera o encargue un bien a un “proveedor”. El concedente, por tanto, adquiere formalmente la propiedad del bien objeto del leasing del proveedor, quien, sin embargo, hace entrega del mismo al usuario, el cual adquiere su posesión y disfrute, obligándose frente al concedente (que anticipa el dinero necesario para adquirirlo) a pagar las cuotas acordadas.

A pesar de que aún está abierto el debate en la doctrina acerca de la causa del contrato de leasing, la misma parece inclinarse por considerarlo como un contrato con función de intercambio, y no como un contrato con función de financiación. El anticipo económico realizado por la sociedad de leasing para adquirir por cuenta del usuario el bien objeto del contrato resultaría, así, un mero instrumento para garantizar a aquél la posibilidad de gozar de él y de utilizarlo, previo pago de la respectiva cuota.

En este caso, el problema surge, porque, en la práctica, suelen insertarse en los modelos contractuales cláusulas que hacen recaer sobre el usuario el riesgo de falta de entrega o de entrega defectuosa del bien objeto del leasing. Por lo tanto, como consecuencia de estas cláusulas, el usuario que no recibe el bien del proveedor o lo recibe viciado – y, en consecuencia, inhábil para el uso esperado-, debe continuar pagando las cuotas del leasing al concedente (que, formalmente, es propietario), sin que, sin embargo, pueda ejercitar acciones contra el proveedor.

En realidad, el proveedor (que vende o produce el bien objeto del leasing) tiene una relación contractual sólo con el concedente (que formalmente es propietario del bien), y no con el usuario (que adquiere el disfrute del mismo a través del concedente). Desde esta perspectiva, el usuario no puede actuar directamente contra el proveedor para solicitarle la resolución del contrato por incumplimiento, pero, además, como consecuencia de las cláusulas de inversión del riesgo, tampoco puede dirigirse contra el concedente, por la falta de entrega o entrega defectuosa del bien.

Dado el evidente desequilibrio que estas cláusulas ocasionan, la Corte de Apelación de Milán, en su sentencia de 21 de diciembre de 1999 (*Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 322), ha tenido ocasión de controlar su validez, precisamente, desde el punto de vista del “merecimiento” de tutela de la causa del contrato, ya que sacrifican íntegramente el interés del usuario de disfrutar del bien, privándole de cualquier oportunidad real de reaccionar ante posibles incumplimientos [más recientemente, se inclina por la nulidad de dichas cláusulas, la Corte de Casación, en sentencia de 29 de septiembre de 2007, n. 20592 (*Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 356); en contra, sin embargo, Tribunal de Cagliari, en sentencia de 28 de junio de 2012 (en curso de publicación en *Rivista giuridica sarda*)].

Podemos deducir entonces que el control sobre el “merecimiento” de tutela de la causa, no conduce necesariamente a la nulidad de todo el contrato, sino que podrá determinar, exclusivamente, la invalidez de concretas cláusulas del

mismo, que habrán de ser invalidadas, con el fin reequilibrar el contenido negocial aplicando, también en este caso, el principio de solidaridad.

5. Desde esta nueva perspectiva, se puede observar claramente cómo los principios expresados en nuestro ordenamiento representan límites positivos, cuya finalidad es la de encauzar cualquier actividad jurídicamente relevante, que, para encontrar encaje en nuestro ordenamiento, deberá necesariamente ser un instrumento de materialización de los valores consagrados en el mismo.

En consecuencia, el control sobre el merecimiento de tutela de la causa, al verificar la adhesión de las manifestaciones de la autonomía privada a los principios constitucionales, sancionará no sólo aquellos contratos que se opongan a los valores fundamentales, sino también a todos los negocios en los que no se hayan aplicado los mismos y que impidan que el ordenamiento pueda discurrir por la senda trazada por las normas constitucionales.

Esto demuestra la importancia actual de un control judicial de la función económico-individual de los contratos, el cual, en un sistema jerárquicamente ordenado en cuya cúspide se encuentran las normas constitucionales, no puede limitarse al solo aspecto de la verificación de la legalidad de los actos de autonomía privada, sino que deberá ir más lejos, valorando la aptitud de los mismos para ser instrumentos de actuación de los valores del ordenamiento jurídico.

En la renovada jerarquía de las fuentes, los principios expresados en las normas constitucionales no pueden ser considerados, exclusivamente, como límites de actuación del legislador (que, al emanar normas ordinarias, deberá respetarlos), sino que habrá que reconocer que también se dirigen a las particulares, obligando a los ciudadanos a orientar su propia conducta hacia dichos principios en sus actos de autonomía privada.

Desde este punto de vista, el control sobre el “merecimiento” de tutela de los actos de autonomía negocial presenta – a pesar de las evidentes diferencias – puntos de contacto con el control de constitucionalidad de las normas ordinarias.

Cambia el órgano encargado de efectuar el control (Tribunal Constitucional para las leyes y Juez Ordinario para los actos de autonomía privada) y la naturaleza del acto sujeto al mismo (disposición válida “erga omnes” en las

leyes y actos con eficacia “inter partes” en los contratos), pero es común el parámetro normativo de referencia y la función de dicho control: que no existan disposiciones vinculantes que produzcan efectos que vayan a entrar en conflicto con los principios y valores que inspiran nuestro sistema normativo.

En consecuencia, si el contrato resulta contrario a las disposiciones constitucionales será nulo, debido a que su causa (entendida siempre como función económico-individual) carecerá de un requisito que en ella necesariamente debe concurrir, esto es, que la misma sea digna de tutela.

Parece entonces conveniente remarcar la evidente necesidad de un control de “licitud”, como de un control del “merecimiento” de tutela de la causa, de forma que se reconozca relevancia jurídica y eficacia concreta sólo a los actos de autonomía privada que efectivamente lo merezcan.