

Las razones de la causa y el problema de los remedios

Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo*

EMANUELA NAVARRETTA

SUMARIO: I. *La causa en la dimensión del 'Kairós'.* - II. *Las razones de la causa en la evolución histórica.* - III. *Las tareas actuales de la causa.* - IV. *El problema de los remedios en el derecho europeo de los contratos.* - V. *La herencia de la causa.*

I. LA CAUSA EN LA DIMENSIÓN DEL KAIRÒS

El tema de la causa se enmarca actualmente en una dimensión que JUNG definiría el *Kairòs*, la espera de una metamorfosis¹, la transición de un pasado dominado por la categoría de la causa (cargada en exceso de dogmas e ideologías) a un futuro derecho europeo de contratos que ve, con alivio², la validez del nudo pacto³.

* Este trabajo reelabora el texto de la ponencia presentada en el Congreso celebrado en la ciudad de Foggia, Italia, entre el 25 y el 27 de septiembre de 2003: *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Storia e prospettive della parte generale nel diritto dei contratti*. Traducción del italiano: ÉDGAR CORTÉS.

1 C. G. JUNG. *Presente e futuro*, 1956.

2 Parecen dominantes –escribe U. BRECCIA. “Morte e resurrezione della causa: la tutela”, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, S. MAZZAMUTO (coord.), Torino, 2002, 249– las posiciones que dan por comprobado el fenómeno de la muerte de la causa y de la *consideration*, y su propagación universal, y que dan además valoraciones positivas en ese sentido.

3 La referencia es a los *Principles of European Contract Law* (llamados también Principios Lando), a los *Unidroit Principles of International Commercial Contract* (llamados también Principi Unidroit) y al *Code Européen des Contrats* (llamado también Código Gandolfi). La atención por estos documentos de diferente matriz y que persiguen también objetivos diferentes, resulta particularmente viva no sólo por su posible aplicación al comercio internacional (lo que vale ya para los Principios Unidroit, ya para los Principios Lando), sino también por su relevancia en miras a un proceso de armonización europea de la disciplina del contrato a la que expresamente se refieren las resoluciones 158/400 de 1989 y 205/518 de 1994 del Parlamento Europeo (cfr. C. CASTRONOVO. “I ‘principi di diritto europeo dei contratti’ e l’idea di codice”, *Riv. dir. comm.*, 1995, 21 ss.), y la Comunicación de la Comisión Europea del 11 de julio de 2001. Sobre la importancia de estos

Para vivir la transición, escribe JAMES HILLMAN⁴, es necesario encontrar un nexo entre el pasado y el futuro y, toda vez que estas realidades divergen de manera tan drástica, la complejidad del pasado se debe reducir a una sola perspectiva capaz de hacer evidente un legado, aun para un futuro despojado de la esencialidad de la causa. Es necesario indagar pues las razones prácticas de este elemento, su utilidad, los intereses que ha protegido y los problemas que ha resuelto⁵, para así poder valorar qué sucede con estas razones en los proyectos de codificación europea, en los que este requisito no aparece más como necesario⁶.

Esta verificación se enlaza con la dialéctica, cambiante en el tiempo, entre autonomía privada y ordenamiento⁷, y desmiente la suposición ingenua de que la causa es, siempre e ineluctablemente, una categoría en conflicto con la libertad de las partes⁸.

Por lo demás, la investigación sobre los intereses protegidos por la causa se une, en un sentido doble, con el proceso histórico de elaboración de las categorías generales del contrato y del negocio jurídico. Por un lado, el papel de la causa varía en función de su aplicación progresiva a los pactos innominados, a los contratos sinalagmáticos, al contrato en general, al negocio jurídico y, por último, a la realidad cada vez más compleja y plural que subyace en cada una de esas categorías. Por otro lado, y recíprocamente, la hipótesis de una superación de la causa como requisito esencial se prospecta, ella misma, como una posible fuente de fraccionamiento del contrato en distintas subcategorías y problemáticas.

II. LAS RAZONES DE LA CAUSA EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Dejando de lado el carácter polisémico del concepto⁹, la evolución de las razones prácticas de la causa se puede describir al ritmo de tres grandes corrientes,

proyectos en el debate sobre el derecho europeo de contratos cfr. G. VETTORI. "Introduzione", en *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, xxvii.

4 J. HILLMAN. *Senex e puer. Un aspetto del presente storico e psicologico*, Milano, 1999, 55.

5 La dirección de esta investigación es completamente opuesta a las conclusiones de M. STORME. "The Binding Character of Contracts - Causa and Consideration", en *Toward a European Civil Code*, The Hague, London y Boston, 1998, 239 ss., según la cual la causa es una categoría sustancialmente inútil. En sentido conforme, recientemente, cfr. A. PALMA. "Note critiche sul concetto di causa", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 321, según el cual "la causa del contrato, si bien se ve, es un concepto en el fondo inútil".

6 Cfr. nota 3.

7 Cfr. sobre este punto A. DI MAJO. "Causa del negozio giuridico", *Enc. giur. Trecc.*, vi, Roma, 1988, 1.

8 La consideración en el texto se refiere, claramente, al requisito de la existencia de la causa, mientras que el control sobre la licitud, como en general cualquier comprobación sobre la licitud del contrato, se presenta, necesariamente, como un límite a la autonomía privada.

9 La polisemia del concepto está ligada, en parte, al pasaje histórico de la causa de la obligación a la causa del contrato. Cfr. DI MAJO. *Ob. cit.*, 1. Sobre el carácter polivalente del concepto de causa cfr. ALPA. "Causa e contratto: profili attuali", *cit.*, 258.

que permiten simplificar una cuestión compleja en sintonía con aquella invitación de HORACIO "*denique sit quod vis, simplex dumtaxat et unum*"¹⁰, que los historiadores señalan como un justo apoyo para una aproximación al tema¹¹.

En una primera fase, que desde la época de los glosadores se extiende hasta los albores de la elaboración de la categoría del negocio jurídico, las razones de la causa se centran en la justificación del nacimiento de un vínculo obligatorio y, esencialmente, en la tutela de aquel que asume una obligación. Esta motivación asume, con el tiempo, diversas fisonomías, que van haciendo evidente una reducción gradual de la intensidad de la tutela a la vez que se va extendiendo el radio de acción del elemento.

Cuando el campo operativo se limitaba a los pactos innominados, en la exégesis del conocido pasaje del Digesto 2.14.7.2¹², la causa era el *datio vel factum*, es decir la prestación ejecutada que, al vestir al pacto innominado, lo hacía vinculante y eficaz¹³, lo que constituía, pues, una garantía del compromiso de una parte, y al mismo tiempo, una garantía del resultado material correlativo, idóneo para satisfacer el interés de la contraparte obligada.

Sin embargo, la causa pronto demuestra una tendencia expansiva y accede a nuevos territorios. Se aplica a un contrato nominado, la *stipulatio*, no para vestir al pacto, sino para prevenir la *exceptio doli*¹⁴, y para tal fin, no exige ya la ejecución material de la prestación. Al mismo tiempo, y en especial por obra de BALDO, la causa es llevada al derecho canónico en donde la tradición del consenso vinculante recibe tal concepto, haciéndolo ajeno, de nuevo, a la ejecución real de la prestación¹⁵.

De este modo, se da paso a un doble proceso de dilatación del campo operativo de la causa y de espiritualización del elemento, cuyo primer y más importante puerto de llegada puede considerarse la teoría del sinalagma, teoría que tiende ya a racionalizar los contratos conocidos, ya a justificar nuevas formas de asunción de obligaciones. Aquí la causa no es más la garantía de la ejecución material de la prestación, sino que lo es el sinalagma y, por tanto, tutela a las partes por medio de la racionalidad abstracta del acuerdo fundado sobre un intercam-

10 *Epist.*, lib. II, 3, v. 24.

11 G. BROGGINI. "Causa e contratto", en *Causa e contratto*, L. VACCA (coord.), Torino, 1997, 9.

12 Cfr., en particular, AZO. *Summa Codicis*, II, 3 n.º 19, y ACCURSIO, gl. *Causa*, en Dig. 2, 14, 7, 2, de *pactis*, l. *iurisgentium*.

13 E. CORTESE, voz "Causa (dir. interm.)", *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 544 s.; M. J. GARCÍA GARRIDO. "Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las partidas y el ordenamiento de Alcalá", en *Causa e contratto*, cit., 178; A. GUZMÁN BRITO. "Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 167 ss., en espec. 238 ss.

14 I. BIROCCHI. *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997, 80; GUZMÁN BRITO. *Ob. cit.*, 242 ss.

15 *Ibid.*, 240 ss.

bio, que los juristas humanistas¹⁶ consideran de por sí justo, con base, ahora, en la justicia correctiva y la conmutativa, de matrices aristotélica y tomista, respectivamente¹⁷.

La coherencia interna que obtiene el sistema con la aplicación de la causa hasta el límite de los pactos sinalagmáticos (con la consecuente distinción entre contratos *ob causam* y contratos gratuitos, extraños al intercambio y por eso carentes de causa) se altera en el momento mismo en que el elemento intenta abrazar la categoría toda del contrato en general, fruto de una elaboración conceptual gradual. La noción general de contrato trasciende, en efecto, el sinalagma, y la causa, impregnada, como la *consideration*, de la lógica del intercambio, termina por mostrar su fragilidad. Algunas ayudas y sustitutos llegan a sostenerla, el primero entre todos el *motif raisonnable et juste*¹⁸, y así, conceptualmente, ella misma se convierte en *cause suffisante*¹⁹, ahora sólo capaz de perseguir un objetivo limitado: garantizar la seriedad del vínculo no sólo en defensa del sujeto obligado, sino, especialmente, en tutela de la contraparte que tiene la necesidad de confiar en la seriedad del compromiso asumido, y en defensa de terceros (herederos, acreedores o causahabientes) interesados en el patrimonio del deudor.

El papel protector de la causa alcanza así su máxima expansión horizontal, pero entra, al mismo tiempo, en una parábola descendiente que la conducirá a abandonar el interés de las partes; y esto sucede, justamente, mientras que una circunstancia ligada a la evolución del contrato en general, la afirmación gradual del principio consensualista, comienza a señalar un nuevo sujeto potencialmente destinatario de una tutela, de una tutela fuerte por medio de la causa: aquel contratante que con el mero consenso transfiere un derecho.

Así pues, mientras que en la sombra se prepara un posible renacimiento de la capacidad operativa de la causa, la historia de sus aplicaciones entra en la segunda fase, aquella de la valencia ideológica y dogmática que, aunque limitada en el tiempo, hipoteca gravemente la suerte del concepto. Este período coincide con la elaboración de la categoría del negocio jurídico, categoría que no perjudica en sí la noción de causa, pero en cambio la afecta de rebote, por su excesiva proyección en el tema de las relaciones entre autonomía negocial y ordenamiento jurídico, lo que termina por llevarla al plano puramente ideológico. La causa, al tener que justificar la dialéctica entre negocio y ordenamiento, en cuanto medio entre voluntad y norma²⁰ o en cuanto instrumento de control de la autonomía negocial,

16 Baste citar a FRANÇOIS DE CONNAN, sobre cuyo pensamiento se detiene ampliamente BIROCCHI. *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 95 ss.; íd. "Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento", en *Causa e contratto*, cit., 196.

17 *Ibid.*, 212.

18 J. DOMAT. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745, liv. 1., titre 1, sec. 1, art. 6, 20.

19 R. J. POTHIER. *Trattato delle obbligazioni*, t. 1, trad. it., FORAMITI (coord.), Venezia, 1833, § VI, 48 ss.

20 S. PUGLIATTI. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, Messina, 1934, 192-194.

referido "a la exigencia de socialidad que preside la función ordenadora del derecho"²¹, deja de cumplir, casi por completo, un papel práctico y de tutela de las partes²². De hecho, le queda un solo valor operativo: la exclusión de la validez del nudo pacto que no resulta idóneo para justificar el efecto obligatorio, o, especialmente, el efecto translativo.

Esta corriente, tan breve como capaz de influir, aún hoy, el juicio negativo que se tiene de la categoría, en realidad, cesa bien pronto, no obstante la reproducción de la fórmula de la función económico-social en los manuales y en la jurisprudencia²³.

Ya en los años 50 y 60 del siglo pasado, tres autorizados estudiosos de la materia²⁴, acomunados por el rechazo de una visión de la causa como mero oropel dogmático al servicio de instancias ideológicas, introdujeron, con diferentes concepciones, la tercera y última fase de la historia de las razones de la causa, fase dominada por una nueva valoración de su papel operativo.

La reflexión más atenta a una aproximación comparativa y a la confrontación con la *consideration*²⁵, es la que primero reivindica una utilización práctica y concreta del concepto. Sin embargo, al tratar de escapar del dogma inútil de la función económico-social, vuelve no sólo a la mínima *utilitas* de garantizar la seriedad del vínculo, sino también a la función de *cause suffisante*²⁶, demasiado ligada a la dimensión de la obligación y de la *promise* y a la huella ineluctable del sinalagma²⁷. La herencia de GORLA, referida al papel de garantizar con la causa la seriedad del vínculo, no se aprecia fácilmente, pues depende, como se dirá²⁸, o bien de recuperar la misma *cause suffisante* o bien de demostrar que la seriedad del vínculo puede ser comprobada, por lo menos en parte, también por la causa, siempre que sea entendida en una acepción más moderna.

21 E. BETTI. "Teoria generale del negozio giuridico", en *Tratt. dir. civ. it.*, VASSALLI (dir.), vol. XV, t. II, 1960, 174.

22 "La concepción de la función [económico-social que] lleva consigo todo lo necesario para autodestruirse" escribe R. SACCO. *La causa*, en *Il contratto*, R. SACCO y G. DE NOVA (dirs.), t. I, Torino, 1993, 639, y sigue: esta se difundió "sin causar daños pero sin prestar ningún servicio" (p. 641), para resultar "incapaz de aplicaciones prácticas" (p. 643).

23 Observa U. BRECCIA. "Causa", en *Il contratto in generale*, t. III, *Tratt. Dir. priv.*, BESSONE (dir.), Torino, 1999, 19 s., que "la noción de causa como función económico-social se enuncia no solamente por los jueces sino que es defendida también por muchos intérpretes que no comparten, en absoluto los "manifiestos" de los redactores del código y de sus inspiradores".

24 M. GIORGIANNI, "Causa (dir. priv.)", *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss.; G. GORLA. *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 57 ss., 162, 199; G. B. FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*.

25 G. GORLA. "Consideration", en *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 176 ss.

26 *Íd.* *Il contratto*. I, *cit.*, 199; *Íd.* "Il dogma del 'consenso' o 'accordo' e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale", *Riv. dir. civ.*, 1956, 923 ss.

27 Crítico respecto de una recuperación de la *cause suffisante* A. CHECCHINI. "Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)", *Riv. dir. civ.*, 1991, 240 ss.

28 Cfr. *infra* III.

Los lineamientos de una concepción moderna de la causa se pueden traer de la teoría, sin duda innovadora, que acuña la fórmula de la función económico-individual²⁹. Tal teoría, por un lado, desplaza la investigación de la causa del plano de la estructura del acto al plano de los intereses perseguidos por los contratantes³⁰, hasta el punto de romper la ecuación entre causa y tipo y, por otro lado, abandona la lógica de la funcionalización, ligada a la anterior fórmula de la función económico-social.

La causa se debe reconstruir en concreto, por medio de la interpretación del reglamento de intereses querido por las partes³¹, y este debe trascender, necesariamente, la mera voluntad de producir un efecto jurídico, toda vez que ese nudo objetivo haría al acto irracional. La causa, por el contrario, quiere asegurar justamente la racionalidad del acuerdo³², desvinculándola de esquemas apriorísticos. Se rescata así la vieja visión humanista que asociaba la racionalidad del acuerdo sólo y exclusivamente a la programación de un intercambio.

No falta, en la teoría de la función económico-individual, una atención cuidadosa al aspecto operativo y práctico de la causa, a la que se le reconocen una multiplicidad de papeles: facilitar la interpretación del reglamento de intereses; excluir, por medio de la nulidad, aquello que se considera como un acto irracional³³, esto es, el nudo pacto que no permite reconstruir ni siquiera por vía hermenéutica el sentido de su funcionamiento; simplificar la comprobación de la ilicitud³⁴ y, en fin, tutelar a las partes, al ofrecer, con el parámetro de la programación del conjunto de intereses perseguidos, un término de parangón para juzgar si el contrato funcionó o no, y en caso tal, aplicar el remedio consecuente de la resolución³⁵.

De manera emblemática, las mismas utilidades operativas son reivindicadas, en esos mismos años, por el tercero de los estudiosos³⁶ que, atento a una nueva sensibilidad, madurada en Alemania, respecto de la causa del acto translaticio, se ocupa, de forma específica, de las prestaciones aisladas. Aun con las particularidades, por todos conocidas, de una concepción que exige para tales actos la declaración expresa de la finalidad perseguida, la causa *Zweck* se motiva con las mismas razones de la función económico-individual (allí donde la función eco-

29 FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., en espec. 371 ss.

30 *Ibíd.*, 123 ss.

31 Sobre el papel de la interpretación en la reconstrucción de los intereses protegidos por medio del acto de autonomía privada cfr. C. SCOGNAMIGLIO. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Milano, 1992, 256 ss.

32 G. B. FERRI. "L'invisibile' presenza della causa del contratto", en *Europa e diritto privato*, 2002, 904.

33 Escribe V. ROPPO. "Il contratto", en *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA y P. ZATTI (coords.), Milano, 2001, 361: "la causa es la razón que justifica el contrato; es su *ratio*, es decir el elemento que lo explica racionalmente, que le da un sentido racional".

34 FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 374.

35 *Ibíd.*, 375.

36 GIORGIANNI. "Causa (dir. priv.)", cit., 567.

nómico-individual puede ser, por el contrario, reconstruida aun por vía de interpretación), y específicamente con la finalidad, doble, de permitir la comprobación sobre la licitud de la prestación aislada³⁷ y de hacer que se pueda recurrir más fácilmente al remedio consecuente que aquí se identifica con la repetición de lo no debido³⁸⁻³⁹.

En fin, sobre la misma línea de ese renovado interés por el valor operativo de la causa y por sus aplicaciones jurisprudenciales, estudios posteriores⁴⁰ siguen el camino al indagar y proponer de nuevo las razones históricas más antiguas de la causa. Allí donde el proceso de espiritualización había atenuado el carácter incisivo del poder de tutela, se busca, justamente, contener tal proceso, y evitar que la causa sea reducida a un mero simulacro verbal o a un querer que prescinde de la subsistencia en concreto de lo querido, para así volver a reconocerle una tarea de protección fuerte de las partes, si bien mínima en lo que hace a su radio de acción⁴¹.

Así pues, partiendo del presupuesto de que la causa es la programación del funcionamiento del contrato, en la forma deducida del reglamento de intereses, la comprobación sobre su existencia implica una verificación en concreto de que existen *ab initio* los presupuestos que sostienen el mismo funcionamiento del contrato y de que son capaces de funcionar⁴². La nulidad por defecto de causa, por lo tanto, se aplica no sólo al acto "nudo", que no permite ni siquiera reconstruir la programación de un funcionamiento, sino también al acto que programe un funcionamiento que se base sobre presupuestos simbólicos o de consistencia irrisoria que lo priven de un significado y lo hagan "no transparente"⁴³, o también sobre

37 *Ibid.*, 573.

38 *Ibid.*, 568.

39 En sentido crítico respecto de la aplicación de la repetición de lo no debido como remedio sucesivo para las prestaciones aisladas, cfr. nuestro *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 175 ss.

40 Cfr., en particular, BRECCIA. "Causa", cit., 7 ss.; CHECCHINI. *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, cit., 235 ss.; F. GALGANO. *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, 3.^a ed., Padova, 1999, 188 ss.; ROPPO. "Il contratto", cit., 364, y nuestro *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 231 ss.

41 C. SCOGNAMIGLIO. "Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 336, habla de un esfuerzo de la doctrina por dar a la causa "una acepción [...] por así decirlo, laica y minimalista, pero no por esto menos relevante".

42 Permítasenos remitir a nuestro *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 261 ss.

43 Habla de causa simbólica y "no transparente", BRECCIA. "Causa", cit., 7 ss., para señalar el caso en el que las partes pactan una contraprestación puramente simbólica, como también la hipótesis en la que se pone en juego aquello que "muy empíricamente [se indica como] precio irrisorio o [...] precio vil o [...] precio tenue", pero que técnicamente se prefiere designar como causa oscura o no transparente. En efecto, en nuestro sistema, aun si oscuridad y valor irrisorio están de hecho y normalmente unidos, "un control se impone [...] sólo cuando no resulte claramente la razón concreta que, en condiciones normales, nos induce a un intercambio, en donde este sea a tal punto desproporcionado que se pueda excluir la calificación legal misma de reciprocidad o de correlatividad de las prestaciones referidas a aquel contrato" (*ibid.*, 11). Claramente, estos conceptos

presupuestos inexistentes, en concreto, al momento de la celebración del contrato, que hagan aparecer como irrealizable el funcionamiento programado. De este modo la nulidad evita que las partes se vean vinculadas por la eficacia del contrato aun cuando aquello que quisieron como razón misma de su acuerdo resulte *ab initio* irrealizable por circunstancias objetivas, jurídicas o de hecho. Y es por esta misma razón de tutela de la autonomía privada que se debe afirmar la nulidad por falta de causa de las cláusulas que describen el funcionamiento del contrato, también allí donde resulten limitados los mecanismos de la nulidad parcial necesaria o de la ineficacia parcial necesaria. Si así no fuera, al no poderse aplicar a tales hipótesis la regla del artículo 1419, 1.º C. C. italiano⁴⁴, se daría una resistencia del contrato aun cuando se hubieran debilitado los requisitos mínimos del reglamento de intereses (la causa, y eventualmente, el objeto) necesarios para su misma validez.

La nulidad por falta de causa evidencia, en este punto, una razón doble de tutela de las partes⁴⁵.

En el caso del acuerdo concebido por las partes como carente de causa o "vestido", sólo formalmente, con una causa simbólica o irrisoria, o en el que las partes hayan aceptado el riesgo de la incapacidad originaria de ese contrato para funcionar (piénsese a las cláusulas de garantía automática), la aplicación de la nulidad o de las excepciones de nulidad, serviría para limitar la autonomía privada en el interés de las partes mismas, pues su objetivo doble es el de prevenir la aceptación de un riesgo considerado excesivo por el sistema, en especial para aquel que se obliga y para aquel que transfiere un derecho, y el de impedir acuerdos de dudosa seriedad y transparencia.

Por el contrario, en la hipótesis del acto carente, en concreto, de la causa querida por los contratantes, la nulidad está dirigida, si bien se ve, a secundar la autonomía privada, pues las partes previeron la producción de determinados efectos en cuanto los mismos se gobernarán por el programa pactado.

encuentran aplicación no sólo en la causa de intercambio, sino también respecto a otras funciones del contrato.

44 Según V. ROPPO. *Il contratto del Duemila*, Torino, 2002, 35 s., la inaplicabilidad del artículo 1419, 1.º C. C. es la señal de la pérdida de terreno, en los contratos con los consumidores, ya de la causa, ya de la buena fe objetiva respecto de la tutela del consumidor. Aun compartiendo las líneas de fondo de este razonamiento, la hipótesis que se propone en el texto tiende a hipotizar que la causa y el objeto, en cuanto requisitos mínimos para la validez del contrato, puedan operar, en cierto sentido, como límites a la tutela del consumidor, identificando un juicio de resistencia de la autonomía privada que, frente a la inaplicabilidad del artículo 1419, 1.º C. C., se vale de un régimen de nulidad que no pasa por la disciplina de la nulidad parcial, sino que impone la nulidad total justamente en razón de la esencialidad del objeto y de la causa. Estos, en cuanto requisitos necesarios para la validez misma del acto, deben ser también necesarios a fines de su resistencia, pues, de otro modo, el contrato del consumidor sería propenso a producir efectos aun respecto de meras cláusulas secundarias sin que subsistieran los requisitos mínimos para la validez de la regulación de intereses.

45 Permítasenos remitir a nuestro *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 231 ss. espec. 241 ss.

En los dos supuestos de hecho, la nulidad por falta de causa, a diferencia de la nulidad por ilicitud del mismo requisito, muestra una cara no sancionatoria, que anticipa una actitud también protectora del remedio y da prueba de la fuerza de su poder de tutela, no sólo en los contratos con eficacia obligatoria, sino especialmente en aquellos con eficacia real, pues permite a la parte disponente actuar por la recuperación del bien, incluso frente a terceros, salvo el límite de las adquisiciones *a non domino*.

III. LAS TAREAS ACTUALES DE LA CAUSA

En síntesis, si se piensa en las teorías elaboradas en el tercero y último período de la historia de la causa, se pueden identificar una multitud de tareas que ella cumple.

La causa soporta y enriquece la interpretación del acto de autonomía privada; simplifica la comprobación de la licitud; ofrece una garantía mínima de seriedad del vínculo; previene, por medio de la nulidad, la aceptación del riesgo ínsita en el acto "nudo", o en el "vestido" pero no idóneo para funcionar; impide, por medio de la misma nulidad, la validez y la eficacia del contrato cuando no es posible el funcionamiento que justifica el acuerdo; establece, según algunos autores⁴⁶, un término de parangón que permite dar relevancia a lo realizable o no de la función programada⁴⁷.

En relación con estos papeles, justamente con miras a una posible superación de la causa como elemento esencial del contrato en el derecho privado europeo, es oportuno hacer algunas aclaraciones y una primera selección.

46 FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 375; M. GIORGIANNI. *Causa*, cit., 568. Recientemente escribe A. NICOLUSSI. "Presupposizione e risoluzione", en *Europa e diritto privato*, 2001, 860, con referencia al contrato cuya finalidad se haya hecho irrealizable: "En nuestra cultura jurídica quizá se podría hacer referencia al caso de la causa. Ciertamente, la causa está disciplinada directamente en nuestro código civil sólo bajo el perfil del momento genético del contrato. Pero el sentido de la referencia a ella está en subrayar la relevancia bilateral de la sobrevivencia de la palabra, que incide directamente en el contrato".

47 La causa, en efecto, cumple un doble papel como elemento del acto que se convierte en término de parangón de la proyección del acto en la relación. En términos puramente descriptivos, la causa crea, ciertamente, una atracción sobre el esquema sinalagmático, lo que hace más fácil la aplicación del remedio resolutorio plasmado justamente sobre aquella estructura, lo que además no debe inducir a sostener que el fundamento de la resolución sea sin más el defecto funcional de causa y esta, pues, opere técnica y directamente en la relación, como consideraban F. SANTORO PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 184 ss., y algunos autores franceses, sobre los cuales cfr. A. DI MAJO. *Causa del negozio giuridico*, cit., 8. De manera más incisiva, la causa, aun permaneciendo un elemento del contrato, se convierte sin embargo en parámetro de referencia imprescindible para dar relevancia a la no realizabilidad sobrevenida del mismo funcionamiento programado, con aspectos completamente autónomos de las figuras de resolución, problema que se presenta de manera paralela al de la presuposición: cfr. NICOLUSSI. Ob. y loc. cit. En este sentido, oportunamente observa DI MAJO. Ob. y loc. cit., 8, que la tesis según la cual la causa no puede, de ninguna manera, involucrar aspectos ligados a la actuación negocial "se formula en términos demasiado absolutos".

Respecto de algunas de las funciones enumeradas, la perspectiva de la no esencialidad de la causa aparece como menos problemática, bien porque tales funciones se pueden desarrollar independientemente de la importancia legal que se le dé al elemento, como se ve con el papel de la causa en la interpretación del reglamento de intereses⁴⁸, o bien porque tienen una importancia secundaria, pues se refieren a funciones respecto de las cuales la causa es útil, pero no imprescindible, como por ej., cuando se trata de la comprobación de la ilicitud, de la garantía de seriedad del vínculo, de la simplificación en la aplicación de los remedios respectivos.

Si es verdad que el nudo pacto puede cubrir mejor una operación ilícita, y en efecto, históricamente se le tenía como instrumento dirigido a velar un acuerdo usurario, no se puede considerar que la comprobación de la ilicitud presuponga necesariamente la existencia de la causa. Basta, a este fin, poner de presente que en el ordenamiento italiano no se impide a las partes, ni siquiera con el instrumento de la simulación, adulterar su programa contractual real, potencialmente ilícito⁴⁹, para entender así que exigir que se persiga la contrariedad al ordenamiento no basta para excluir el acuerdo sin causa. Esta exigencia puede, pues, calificarse como secundaria, aun cuando en una valoración de conjunto respecto a la renuncia a la causa, no se debe dejar de lado su doble utilidad. Por un lado, la presencia de la causa facilita, como ya se dijo, la comprobación sobre la licitud y, por otro lado, el requisito de la licitud referido a la causa garantiza la nulidad automática del acuerdo al que se le ha negado validez en su esencia programática del reglamento de intereses, sin que se pueda tan siquiera hipotizar un juicio de mera nulidad parcial⁵⁰.

En cuanto al papel de la garantía de seriedad del vínculo, es necesario verificar, en primer lugar, si este se puede desarrollar a partir de una concepción de la causa entendida como programación de un funcionamiento, y no como *cause suffisante*, y, en segundo lugar, si de aquí se puede presuponer el carácter esencial del elemento.

48 Resulta significativo que en la interpretación del contrato se dé relevancia a la causa, de distintas formas evocada por expresiones como "la naturaleza y el fin del contrato", aun en los Principios Lando, en los Principios Unidroit y en el Código Gandolfi, que no acogen la causa como un elemento esencial. Sobre este punto, cfr. las atentas consideraciones de FERRI. "L'invisibile' presenza della causa del contratto", cit., 905 ss.

49 El nudo pacto, además de todo, no plantea ni siquiera la exigencia de ampliar las posibilidades probatorias de la ilicitud, según lo que dispone el artículo 1417 C. C., en cuanto no se configura como pacto adjunto y contrario a otro acuerdo. Por lo tanto, si se imagina, por ejemplo, una descomposición en varios contratos aislados y *sine causa* de un mutuo usurario, de tal forma que A entrega una suma de dinero a B y *sine causa* B se compromete a pagar a A, *sine causa*, una suma que de hecho corresponde al préstamo recibido más los intereses usurarios, nada impedirá a B demostrar, con cualquier medio de prueba, la coligación contractual de la que se hace evidente el compromiso usurario.

50 Por el contrario, si la licitud no fuera un requisito esencial de la causa se debería, en cada caso, aceptar la incidencia sobre todo el contrato de la cláusula que se refiere a la programación del funcionamiento del contrato que está afectada de ilicitud.

Ahora bien, la idea de la causa entendida como función programada del contrato ofrece, sin duda, respecto a la visión de GORLA de la *cause suffisante*, menores garantías de seriedad del vínculo, entre otras cosas porque la *cause suffisante* abrazaba elementos entre ellos bastante heterogéneos, contruidos, justamente, para ser indicadores de la seriedad del acuerdo. Viceversa, una garantía real la ofrece la causa sólo en el sentido de la no seriedad de un acuerdo abstracto⁵¹, tan es así que precisamente la incertidumbre que genera un contrato sin causa o con una causa simbólica o "no transparente" está entre las razones que motivan la nulidad de los mismos actos. Por el contrario, no puede descartarse que un acuerdo dotado de causa resulte, dentro de las circunstancias concretas, no serio, aun si los supuestos de hecho problemáticos aparecen circunscritos al ámbito de las promesas gratuitas⁵², o a promesas onerosas pactadas en circunstancias que, en verdad, poco se prestan para generar conflictos, como el contrato estipulado en una simulación académica o teatral.

Así pues, si bien la causa, entendida como función programada del contrato, no ofrece garantías absolutas de seriedad del vínculo, al desarrollar de nuevo y en este sentido un papel secundario, sí ofrece, y no es poco, algunas certezas preventivas a las que se renunciaría si se eliminara su carácter esencial. En tal caso, en efecto, las partes no podrían excluir la no seriedad del acuerdo dotado de causa, y ni siquiera la seriedad del acuerdo sin causa.

En verdad, no puede afirmarse que una vez negado el carácter necesario de la causa, su tarea de garantizar la seriedad del vínculo se pueda recuperar por medio de normas como el artículo 2:101 de los Principios Lando (PECL) que exigen la intención de vincularse jurídicamente⁵³. Esta disposición, en efecto, no debe hacer caer en engaño, toda vez que no se trata, en absoluto, del rescate de la concepción gorliana el papel de la causa. Según la concepción del conocido jurista, otra cosa es un modelo fundado sobre la tipificación *a priori* de índices de seriedad del vínculo, justamente, como la causa; algo muy distinto a un modelo que confía al intérprete juzgar *a posteriori* la confiabilidad del compromiso, por medio de cualquier indicio. Este segundo sistema, que GORLA veía en la experiencia alemana de las promesas gratuitas, diferentes de la donación de cosas, y que criticaba justamente por la incapacidad de ofrecer garantías de seriedad adecuadas, que pudieran ser constatadas *ab initio* por las partes⁵⁴, es justamente el que acoge, como regla general, el texto de los Principios Lando. En efecto, estos principios no disciplinan índices de seriedad *a priori*, e incluso cuando identifican los términos de pa-

51 Escribe a este propósito SACCO. *La causa*, cit., 650: "las declaraciones carentes de causa generan la sospecha de que también el consenso al vínculo jurídico sea defectuoso, y no prueban que el destinatario haya confiado en la promesa".

52 Sobre este tema cfr. BRECCIA. "Causa", cit., 23 ss.

53 "A contract is concluded if the parties intend to be legally bound".

54 G. GORLA. *Il contratto*, I, cit., 467 ss. Cfr. A propósito las consideraciones de K. ZWEIFERT y H. KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, II, "Istituti", Milano, 1995, II, 101-102.

rangón de la razonabilidad, que sirve para juzgar *a posteriori* la confianza suscitada en la contraparte en la seriedad del vínculo⁵⁵, mencionan sí la naturaleza y la finalidad del contrato, pero al lado de las circunstancias del caso, como también de los usos y de las prácticas del tráfico y de las profesiones involucradas⁵⁶.

En resumen, los PECL no propician un retorno al papel de garantía *a priori* de la seriedad del vínculo propio de la causa, sino que cuando más, ponen al elemento entre los índices que se deben tener en cuenta *a posteriori* en el juicio sobre la intención de vincularse jurídicamente.

Aclarada esta valencia, por algunos aspectos, secundaria de algunas de las funciones de la causa, y no obstante confirmada su notable importancia, *a fortiori* saltan a la vista las fuertes razones de la causa, es decir, las tres funciones restantes arriba mencionadas, que se pueden sintetizar: (1) en la prevención (por intermedio de la nulidad) de los riesgos ínsitos en el acto sin causa⁵⁷ y, sobre todo, (2) en la tutela del interés de las partes en el funcionamiento del contrato de conformidad con su plan de programación, lo que a su vez se articula (3) en la exigencia de garantizar una potencialidad originaria de funcionamiento del acto, asociada al remedio de la nulidad, y a la necesidad de predisponer un término de parangón que permita dar relevancia, por medio de la resolución, a la irrealizabilidad eventual de la función programada⁵⁸.

IV. EL PROBLEMA DE LOS REMEDIOS EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

Identificadas y seleccionadas las funciones prácticas más importantes de la causa, es necesario reflexionar sobre cuál sea su destino en los tres proyectos, *Principles of European Contract Law* (PECL)⁵⁹, *Unidroit Principles of International Commercial Contract* (PICC)⁶⁰ y *Code Européen des Contrats*⁶¹, que ofrecen una posible base de armoniza-

55 "The intention of a party to be legally bound by contract –explica el art. 2:102 PECL– is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party".

56 En correlación con el artículo 2:102 PECL que evoca el parámetro de la razonabilidad, el artículo 1:302 ilustra tal criterio: "Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account".

57 Es decir, el ordenamiento por medio de la causa impide la asunción del riesgo de la posibilidad de que el contrato no funcione, y delante del objetivo de no manifestar el conjunto causal de los intereses, se opone al pacto nudo, permitiendo, al máximo, recurrir a la simulación que expone a los contratantes al peligro de que sus pretensiones sucumban frente a terceros de buen fe, pero no respecto de los terceros de mala fe.

58 Cfr. notas 46 y 47.

59 Sobre la falta de causa en los Principios Lando, cfr. C. CASTRONOVO. "Un contratto per l'Europa", en *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I y II, C. CASTRONOVO (coord.), Milano, 2001, XXIII ss.; como también BRECCIA. *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, cit., 241 ss., y G. SICCHIERO. "Tramonto della causa del contratto?", en *Contratto e impresa*, 2003, 100, que toman en consideración también los Principios Unidroit.

ción, en Europa, de la disciplina general sobre el contrato y que se caracterizan, valga decirlo, por el rechazo del carácter esencial de la causa.

Lo primero que se debe poner de presente, es que en un sistema en el que la causa parece ver el ocaso como requisito de validez, se ve radicalmente alterada la perspectiva misma de investigación, pues aquello que era un aspecto del contrato en general se separa en diferentes ámbitos y se rompe en distintas problemáticas.

Del *genus* del contrato en general, dotado por disposición legal de una causa, se desprenden, de un lado, los acuerdos que los contratantes deciden fundar libremente en una función económica⁶², y en los que el mismo respeto de la autonomía privada exige una reacción frente a la patología, originaria o sobrevenida, de la incapacidad de funcionamiento del contrato y, por otro lado, los actos queridos por las partes sin causa, para los que, por el contrario, se hace necesario valorar si puede haber un remedio, a la luz de la buena fe objetiva, cuando el ejercicio de la autonomía privada configure un abuso en perjuicio de un contratante débil.

Más allá de esta bipartición, el sistema se articula dentro de sí mismo. En el ámbito de los actos dotados de una causa, en efecto, es necesario considerar que el fin del vínculo, que por ley impone el elemento, hace siempre menos fuerte la atracción hacia el esquema sinalagmático, de tal modo que nada impide que proliferen actos que no sean de prestaciones correlativas y, específicamente, aquellos que responden al fenómeno del llamado "fraccionamiento de las operaciones" contractuales⁶³. A su turno, en cuanto hace a los actos sin causa, ellos comprenderían, ya acuerdos "vestidos" con una razón causal, pero en los que las partes aceptan el riesgo de la imposibilidad de funcionamiento de la causa, ya acuerdos sólo formalmente "vestidos" con una razón causal, siendo la causa "simbólica" o "no transparente"⁶⁴, ya, en fin, meros pactos nudos, que constan de la pura producción de un efecto jurídico.

En fin, un último elemento de complejidad deriva de la circunstancia de que los proyectos de codificación europea no acogen el principio consensualista⁶⁵, en virtud del cual el mecanismo translaticio se integra con el contrato *cum causa*. Como consecuencia, para valorar el equilibrio de los intereses en conflicto deli-

60 Sobre la ausencia de la causa en los Principios Unidroit, cfr. ALPA. *Causa e contratto: profili attuali*, cit., 279; A. DI MAJO. "I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit", en *Contratto e Impresa. Europa*, 1, Padova, 1996, 292 s.

61 Reflexiona sobre el tema de la causa en los tres proyectos referidos, FERRI. "L'invisibile" presenza della causa del contratto", cit., 901 ss.

62 Claramente en la acepción de programación del funcionamiento.

63 Constata ya en el sistema actual el llamado fenómeno del fraccionamiento E. GABRIELLI. "Il contratto e l'operazione economica", *Riv. dir. civ.*, 2003, 103 ss.

64 Cfr. supra nota 43.

65 CASTRONOVO. *Un contratto per l'Europa*, cit., xx.

neado por estos sistemas, no basta considerar la disciplina del contrato, sino que es necesario ponderar las reglas que gobiernan el acto translaticio.

Pasando, pues, al análisis del esquema normativo que se traza en los tres proyectos, resulta útil valerse entonces de la articulación entre las diferentes tipologías de actos.

La primera cuestión que se plantea se refiere a la posible tutela de las partes que hayan querido centrar su acuerdo en una causa, cuando el funcionamiento del contrato resulta irrealizable ya desde el momento mismo de la celebración del acto.

La consecuencia de la nulidad se excluye claramente por parte de los Principios Lando y de los Principios Unidroit, no sólo porque la causa no es relevante como requisito esencial del contrato (arts. 2:101 PECL y 3.2 Unidroit), sino también porque la invalidez radical se niega expresamente incluso para la imposibilidad del objeto (arts. 4:102 PECL y 3.3 Unidroit). Según ciertos autores⁶⁶, algunos remedios sustituirían en parte y con una valencia renovada la vieja invalidez por defecto de causa, estos son la "*Excessive Benefit or Unfair Advantage*" (art. 4:109 PECL), y la "*Gross Disparity*" (art. 3.10 Unidroit), pero si bien ellos permiten atacar, incluso, el desequilibrio económico entre las prestaciones, no son capaces de resolver el problema, radical y basilar, del defecto en concreto de la causa querida por las partes. La no idoneidad de funcionamiento del contrato no se refiere, en efecto, a la iniquidad de las condiciones contractuales pactadas, sino más bien a un acuerdo equitativo que no está en capacidad *ab initio* de realizar lo que las partes quisieron.

La hipótesis de la causa querida, pero irrealizable, se coloca pues, en los Principios Lando y en los Principios Unidroit, en el plano de la disciplina del error. Esta solución no debe sorprender⁶⁷ en un sistema en el que la causa ya no es necesaria para el ordenamiento; cuando es evidente que ella falta bien porque las partes no la han querido, y el problema se resuelve entonces en términos del "abuso" eventual del acto sin causa, bien porque las partes creían, equivocadamente, que existía⁶⁸. La causa putativa, *sub specie* de error (generalmente bilateral) sobre

66 Cfr. en este sentido DI MAJO. "I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit", cit., 293. Expone esta hipótesis, aunque no sin apreciaciones críticas, SICCHIERO. *Tramonto della causa del contratto?*, cit., 118 s. y 129.

67 Ciertamente que se realiza una inversión de perspectiva. En efecto, mientras que en los sistemas ligados al requisito de la causa lo que importa –como observa SACCO. *La causa*, cit., 638– "no es el error de las partes sobre [la causa], sino el defecto en sí", por el contrario, cuando la causa cesa de ser un elemento esencial, se hace irrelevante el defecto en sí y determinante del error.

68 El único supuesto de hecho que se sustrae a esa alternativa es el de la causa querida por las partes, que termina, sin embargo, por faltar *ab initio* en razón de la caducidad de cláusulas por medio del mecanismo de la nulidad parcial necesaria o de ineficacia parcial necesaria que no permitiría juzgar si las partes igualmente habrían celebrado el acto, aun en ausencia de las cláusulas nulas o ineficaces, salvo, justamente, invocar el venir a menos del mismo elemento esencial del contrato. Se debe señalar, sin embargo, que ni

la idoneidad del contrato para poder funcionar, encuentra en los proyectos mencionados una disciplina en virtud de las reglas dictadas en materia de error que no exigen el carácter esencial del mismo, sino un requisito (que el error sea *relevant* o *fundamental*) que se debe comprobar en concreto y que permite incluir también el error en la causa, aunque esta ya no se considere un elemento esencial del contrato. Según el artículo 4:103, 1, b PECL, en efecto, basta que el error, entendido como bilateral, se califique como "*Fundamental Mistake*", en el sentido de que una parte debía saber o habría debido saber que la otra, si no hubiera caído en ese error, no habría celebrado el contrato o lo habría celebrado en condiciones fundamentalmente diferentes. Análogamente, según el artículo 3.5 Unidroit, es suficiente que el error sea *relevant*, es decir de tal importancia que en la misma situación una parte no habría celebrado el contrato. En los dos casos, el error de celebrar un contrato dirigido a una causa de la que se ignoraba que fuera no idónea para funcionar, permitiría la anulación del contrato, siempre que el error no hubiera sido inexcusable.

Volviendo ahora a los dos remedios de la "*Excessive Benefit or Unfair Advantage*" (art. 4:109 PECL) y de la "*Gross Disparity*" (art. 3.10 Unidroit), inadecuados respecto de los contratos con causa querida pero irrealizable, su potencialidad operativa puede, por el contrario, explicarse en relación con los acuerdos que hayan sido queridos sin causa y que se hayan celebrado con aprovechamiento de la debilidad de una de las partes. No obsta a su aplicación lo que dispone el comentario F del artículo 4:109 PECL, según el cual "no hay tutela cuando el resultado económico desequilibrado es consecuencia de un riesgo que la parte quiso correr, con resultado negativo". En la celebración de un acto sin causa, en efecto, la parte disponente asume un riesgo que no es posible llevar a aquella noción técnica de álea que en realidad justifica, en la lógica del comentario F apenas citado, la exclusión de un ataque al desequilibrio contractual.

En definitiva, sobre el presupuesto de la debilidad de una parte⁶⁹, la "*Excessive Benefit or Unfair Advantage*" y la "*Gross Disparity*" permiten al contrato sin causa reaccionar, aunque se debe constatar que su radio de acción, de hecho, resulta limitado sólo a algunas tipologías de actos *sine causa*. En efecto, toda vez que el juicio sobre la ventaja excesiva injustificada de una parte se mide por el fin perseguido con el contrato⁷⁰, se obtiene el resultado paradójico en virtud del cual si ese fin

la disciplina de los Principios Lando, en particular el art. 4:116 sobre la anulabilidad parcial relativa también a las cláusulas abusivas, ni aquella de los Principios Unidroit relativa a los "*Surprising Terms*" (art. 2.20) acogen el mecanismo de la invalidez (o ineficacia) parcial necesaria.

69 Según los artículos 4:109 PECL y 3.10 Unidroit se encuentra en condiciones de debilidad el contratante que al momento de la celebración del contrato "*was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill*", o respecto al cual la otra parte se haya aprovechado de la "*dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill*".

70 Los Principios Unidroit evocan la naturaleza y el fin del contrato como términos de

consiste en la mera voluntad de producir un efecto jurídico (ya que las partes no quisieron remitirse a una causa), el desequilibrio del reglamento de intereses se hace imposible de atacar. Y en verdad, mientras que respecto a una finalidad de tipo causal bien se puede considerar como excesiva la ventaja de una parte si la de su contraparte es meramente simbólica o irrisoria o si el otro contratante acepta el riesgo de la incapacidad de funcionamiento del acto, si el pacto es nudo, por el contrario, la mera finalidad de producir un efecto jurídico no permite considerar ni excesivo ni injusto aquel mismo efecto.

En resumen, los PECL y los Principios Unidroit elaboran un sistema que por un lado, antes que hacer nulo el contrato con una causa irrealizable, lo considera susceptible de anulación, si ha habido un error excusable sobre la existencia de la causa que resulte, en concreto, "*fundamental*" o "*relevant*" y, por otro lado, antes que limitar *a priori* los riesgos de las partes, impidiendo el acto abstracto con la nulidad, tiende a reaccionar con la anulabilidad *a posteriori* del aprovechamiento de la debilidad del promitente. Se establece así un nuevo complejo de intereses que presenta un nivel de protección de las partes sensiblemente atenuado (en cuanto ligado al remedio de la anulabilidad y a los presupuestos del abuso y de la excusabilidad del error, respectivamente), que tendría su lógica interna, si no se presentara la grave laguna de no lograr comprender, en las hipótesis de abuso de la debilidad contractual ajena, el pacto radicalmente nudo.

Aún menos balanceado y no carente de oscuridad se presenta el *Code Européen*.

En él se sustituyen la causa y el objeto por el ambiguo requisito del contenido⁷¹, cuya disciplina parece proyectar para el acto con una causa querida, pero irrealizable en concreto, y para el acto concebido por las partes sin causa, dos soluciones absolutamente opuestas: para la primera hipótesis, sin más, la nulidad; para la segunda, no sólo la validez, sino la incontrovertibilidad sin límites.

Tal conclusión se saca, en modo particular⁷², de los artículos 27 y 30. El primero establece que el contenido del contrato debe ser posible, al decir que el reglamento de intereses debe ser "susceptible de ser realizado al no existir obstáculos objetivos de carácter material o jurídico, que impidan de manera absoluta la consecución del fin perseguido". Esta norma, si se aplica a un reglamento de intereses dirigido a un resultado "causal", conduce a adscribir la no posibilidad de realización de la causa, a la imposibilidad del contenido, de tal forma que el acto con causa irrealizable resultaría nulo. Si, por el contrario, las partes han querido

parangón para juzgar la ventaja excesiva injustificada; los PECL indican en el fin del contrato un término de parangón para valorar si una parte se ha aprovechado de la otra para conseguir un provecho injusto.

71 Esto parecería evocar en el artículo 26 la idea de *cause suffisante*, en el artículo 27 el objeto posible y la causa realizable, mientras que en el artículo 29 se hace referencia directamente a la noción de prestación.

72 El artículo 26, que exige un contenido útil en el sentido de correspondiente al interés, incluso, de una sola parte, no impide la validez del acto abstracto, del que ciertamente se favorece el promisorio.

un acto sin causa, en el que el resultado perseguido es simplemente el efecto obligatorio, entonces el mismo acto resultaría válido, *ex* artículo 27, salvo la imposibilidad del objeto.

Por otra parte, el acto sin causa, además de resultar válido *ex* artículo 27, no encuentra ni siquiera el límite del abuso contractual, pues la disciplina de la rescisión del contrato con contenido abusivo se consagra (art. 30 3) exclusivamente sobre el modelo de contrato con prestaciones correlativas, que no permite una aplicación ni al pacto nudo, ni al contrato sin causa de estructura no sinalagmática.

En conjunto, pues, se configura un grupo de reglas caracterizado por una construcción singular de la nulidad que se liga en cada caso concreto a presupuestos diferentes⁷³ y por la incapacidad de golpear el acto sin causa celebrado con abuso de poder de la autonomía privada⁷⁴.

Si se ven, ahora, los remedios que se siguen al contrato que programa un funcionamiento, pero que se hace irrealizable *a posteriori* (piénsese en la falta de la obligación de garantía o del riesgo asegurado o en la disolución del contrato respecto del cual opera una función coligada, hipótesis estas destinadas a hacerse siempre más frecuente por efecto de la posible fragmentación del contrato en prestaciones aisladas), se debe señalar que justamente en los Principios Lando y en los Principios Unidroit, que, de cualquier forma, parecieran dar relevancia especialmente a la tutela de tipo posterior, falta una protección adecuada en tal perspectiva. En particular, no encuentra aplicación la disciplina sobre la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación (arts. 6:111 PECL y 6.2.2 Unidroit), pues la falta de funcionamiento de la causa puede derivar también de eventos razonablemente predecibles⁷⁵ y su efecto no es el de hacer la prestación más onerosa, sino el de hacerla injustificada respecto del acuerdo contractual⁷⁶.

En cuanto al *Code Européen*, este prevé, por el contrario, una regla de nulidad sucesiva que podría ser aplicable a un reglamento de intereses cuyo contenido se centre en un funcionamiento que se vuelva irrealizable. Sin embargo, más allá de las reservas que suscita el instituto de la nulidad sucesiva, sorprende, especialmente,

73 En efecto, nada impone necesariamente un reglamento de intereses *cum causa*.

74 La única hipótesis en la cual la ausencia de la causa se puede llevar a la desproporción entre las prestaciones, se refiere al intercambio con una contraprestación simbólica o irrisoria. Salvo, de cualquier forma, la posibilidad, frente al abuso, de hacer valer la *exceptio doli*.

75 Sobre la mayor latitud del artículo 6.111 PECL respecto del artículo 1467 C. C., en cuanto se refiere no sólo al imprevisto no imputable, sino también al imprevisto no imputable en cuanto no era posible, razonablemente, tomarlo en consideración, cfr. NICOLUSSI. *Presupposizione e risoluzione*, cit., 852 s.

76 Ni siquiera convence la posibilidad de adscribir el problema de la falta de funcionamiento del contrato al artículo 100 según el cual "se presenta incumplimiento de una obligación contractual si no se ha verificado o no se verificará un evento, o un estado de hecho o de derecho del que un contratante ha prometido o asegurado su verificación, aun sin ninguna contraprestación". El acuerdo sobre un determinado funcionamiento contractual, en efecto, no se puede entender como aseguración de una parte a la otra de que subsistirán los presupuestos de funcionamiento del contrato.

que se asocie a un mecanismo no retroactivo, lo que se podría justificar sólo si va acompañada de una disciplina del enriquecimiento sin justa causa, que permita afrontar el problema de la recuperación de las prestaciones ya ejecutadas, que constituye uno de los perfiles más importantes por resolver en el contrato en el que la causa no funciona⁷⁷.

En fin, una última consideración. Se ha dicho varias veces que quizá el papel más importante de la causa sea justamente aquel de tutelar a las partes frente a los terceros respecto del efecto translaticio. En realidad, los proyectos de codificación europea no acogen el principio consensualista, pero esto no quiere decir que el problema no se presente, éste se traslada, simplemente, al plano de la construcción del mecanismo translaticio.

Por lo tanto, si el acto translaticio se concibe como un mero acto de ejecución sobre el que se reflejan todas las vicisitudes del contrato, como parecería emerger del *Code Européen*⁷⁸, resulta entonces claro que es en la construcción de los remedios contractuales en donde se debe plantear el problema de dar una disciplina adecuada y encontrar un buen equilibrio en el conflicto entre las partes y los terceros. Y aquí basta limitarse a observar que en el *Code Européen* un acto abstracto seguido del acto ejecutivo que transfiere el derecho no sólo no sería nulo, sino que no permitiría, con la actual disciplina de ese código, ni siquiera el recuperar la transferencia injustificada.

En cuanto a los otros cuerpos normativos, no hay aún soluciones en esta materia, pero justamente por eso vale la pena recordar que, frente al modelo causal que protege el interés de las partes en que no se produzca la transferencia en ausencia de la razón por la cual decidieron producir ese efecto y que ve ceder tal interés sólo frente a terceros que puedan hacer valer adquisiciones *a non domino* de buena fe (salvo que, sobre este punto, se podría pensar, en el sistema italiano, en la disciplina de los bienes inmuebles y de los bienes muebles registrados⁷⁹), el modelo del acto translaticio abstracto alemán, por el contrario, termina por privilegiar a los terceros respecto de las partes, aun si son de mala fe. En consecuencia, en una perspectiva futura de reforma, el alemán no parece un modelo de referencia convincente⁸⁰, pues para balancear con equidad la posición de la parte que quiere recuperar el bien, con la del tercero, es necesario que este último pueda aducir, al menos, la propia buena fe subjetiva.

77 Cfr., en este sentido, NICOLUSSI. *Presupposizione e risoluzione*, cit., 860.

78 Es lo que se deduce del artículo 46.

79 En particular, en lugar del artículo 2652, 6, parte II, C. C., parecería preferible una regla que diera tutela en general a los terceros subadquirentes que inscriban, de buena fe, su adquisición, regla que quizá se debería extender a la hipótesis de la doble enajenación de inmuebles, en la que, por el contrario, el tercero se protege aun si es de mala fe (art. 2644 C. C.).

80 Permítasenos remitir a nuestro *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 99 ss.

V. LA HERENCIA DE LA CAUSA

Los proyectos que ofrecen un primer campo de confrontación sobre una posible armonización europea de las reglas sobre el contrato en general, evidencian una disciplina de la que se deduce que la fuga de la causa, más que estar motivada por un anhelo de libertad (abiertamente desmentido por el creciente interés en la justicia económica del acto), se deriva, en realidad, de la crisis del remedio preventivo y radical de la nulidad y, sobre todo, de los temores que suscita una categoría considerada fuente de incertidumbres y de ambigüedad⁸¹. Pero la imagen del misterio, que AMES aplica a la *consideration*⁸² (y que después se traslada a la categoría del *civil law*⁸³), es justamente la que se debe evitar respecto de la causa, pues el misterio por naturaleza termina por generar insidias sobre las alternativas mismas que se proponen.

El primer riesgo es el de sustituir la causa por una figura todavía más enigmática, como es la del contenido⁸⁴, que hace variables, en cada caso concreto, los presupuestos capaces de conducir a la nulidad del contrato.

Una segunda insidia es aquella de pasar del dogma de la causa al dogma del nudo pacto⁸⁵ que, por un lado, en nombre de la libertad contractual olvida (como se hace evidente en los Principios Lando y en los Principios Unidroit) que las partes deben ser libres también de celebrar contratos fundados en la causa, de tal forma que es necesario que haya por lo menos un remedio en caso de que el contrato no funcione, y por otro lado, termina por legitimar el acto sin causa (como resulta del *Code Européen* y, en parte, también por los otros proyectos), hasta tal punto que no prevé ninguna reacción aplicable, en general, a tal supuesto de hecho en caso de abuso de la libertad contractual⁸⁶.

En fin, el más falso engaño es aquel de rechazar la causa, teniéndola como un dato descontado, como sucede con los remedios sobre el aprovechamiento de la debilidad de un contratante que de diversos modos la presuponen. Así por la antigua trampa causal de que todo se lleve al sinalagma, la rescisión que plasma el *Code Européen* se hace sobre el mero esquema correlativo que a menudo no es capaz de golpear el acto *sine causa*; mientras que al suponerse que, de cualquier forma, hay un esquema causal, los remedios de la *Excessive Benefit or Unfair Advantage* de los principios Lando y de la *Gross Disparity* de los Principios Unidroit no lo-

81 Remitiéndose al pensamiento de E. REDENTI, S. PUGLIATTI y F. FERRARA sen., ALPA. *Causa e contratto: profili attuali*, cit., 258, habla de la causa como de un concepto equívoco, polivalente, peligrosamente indeterminado.

82 AMES, "The History of Assumpsit", 2 *Harv. L. Rev.*, 1, 1888.

83 Cfr. P. G. MONATERI. "L'accordo nudo", en *Scintillae iuris, Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, t. 3, 1971 s.

84 Arts. 5, 3, lit. b), y 25 a 33.

85 Así BRECCIA. *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, cit., 266.

86 Cfr. nota 72.

gran afectar el acto puramente nudo, que consiste en la mera producción de efectos jurídicos. Por el contrario, a la causa es necesario remitirse no como dogma misterioso, sino como categoría útil y concreta que pone al intérprete una alternativa no ideológica y no engañosa.

Una primera solución, banal, es la de reafirmar la esencialidad de la causa, para sostener que el acto abstracto, al prestarse fácilmente a abusos, plantea una libertad por la que no vale la pena sacrificar aquella tutela fuerte y mínima de las partes que ofrece la causa y que se aprecia: en la comprobación de la seriedad del vínculo y de la licitud; en el plano de la prevención de los abusos, y sobre todo en el terreno de la protección, en vía originaria y sobrevenida, del interés de las partes en el funcionamiento del contrato. Aquí, se debe comprobar la dificultad de encontrar un acuerdo en ámbito europeo, haciendo perno, justamente, sobre las razones prácticas de una noción moderna de causa.

Una alternativa, por el contrario, se puede motivar: en la exigencia de afirmar la libertad de las partes, libertad aun de asumir el riesgo de un acto abstracto; en la necesidad de reducir al máximo el campo operativo de la nulidad, en cuanto impide cualquier corrección y conservación del contrato; y, en fin, en la constatación, menos noble, de la dificultad de encontrar un acuerdo en ámbito europeo. En esta hipótesis, la causa se supera como elemento esencial del contrato, pero a condición de no olvidar su herencia y de encontrar remedios para una realidad que se hace siempre más compleja y extendida: aquella del contrato fundado libremente en una causa, incluido el acto aislado; aquella del acto sin causa, incluido el acto nudo; y aquella del acto translaticio.

En particular, allí donde la causa con la fuerza de la nulidad garantiza la posibilidad de realizar el resultado perseguido, en un sistema en el que la causa no sea ya necesaria para el ordenamiento, no puede, ciertamente, operar el remedio de la nulidad, pero se debería poder aplicar la anulabilidad si se configurara un error sobre la subsistencia concreta de la causa querida por el acuerdo de las partes.

Además, al no darse ya esa atracción legal, que la causa creaba hacia el modelo sinalagmático (haciendo menos graves las lagunas de los remedios sucesivos, presentes en verdad también en el modelo actual), se hace imperativa la presencia de un remedio sucesivo para reaccionar frente a la falta de funcionamiento de la causa y de la presuposición, que sea adecuado a una pluralidad de estructuras contractuales y que esté coordinado con una disciplina que permita la recuperación necesaria de las prestaciones ya ejecutadas⁸⁷.

En fin, allí donde la causa prevenía, con la fuerza de la nulidad, el peligro de abuso ínsito en el acto sin causa, es necesario que alguna tutela permanezca, de manera coherente con la buena fe objetiva, al menos en caso de una conducta

87 Esto se puede presentar o por medio del mecanismo de la retroactividad o con una congrua disciplina del enriquecimiento sin justa causa; cfr. DI MAJO. "Il regime delle restituzioni nel diritto contrattuale ed europeo", en *Il contratto e le tutele*, cit., 428.

abusiva que se aproveche de la situación de debilidad, en concreto, de una parte, y que logre atacar también el supuesto de hecho del nudo pacto.

Por último y en perspectiva, no se puede descuidar que donde la causa creaba una mínima protección fuerte de las partes frente a terceros respecto del efecto translaticio, se deberá construir una disciplina de la técnica de transferencia de los derechos que tenga en cuenta la exigencia de equilibrar los intereses de las partes con aquellos de los terceros, sin privilegiar a estos últimos siempre y de cualquier forma (aun siendo terceros de mala fe).

En conclusión, aun si se elimina la causa, el pasado demuestra una conexión inescindible con el futuro⁸⁸, y la muerte de la causa⁸⁹ parece una metáfora que no hace plena justicia a lo complejo de la realidad.

Pero tampoco se debe demonizar la metáfora; a ella se le pueden acompañar las seductoras imágenes de una resurrección⁹⁰ o de una presencia invisible⁹¹, o, con mayor simplicidad, se le puede dedicar un epitafio: la conocida frase de BOECIO, tomada del *De consolazione philosophiae* que recita: "No es ya tiempo de abandonarse a los lamentos sino de proveer a los remedios", "*Medicinae tempus est quam querelae*".

88 Esta conexión opera en el surco de la discontinuidad y de la continuidad que caracterizan la historia del derecho. Escribe a propósito A. GAMBARO. "Sintesi inconclusiva in tema di causa e contratto", en *Causa e contratto*, cit., 555: "las vicisitudes históricas [de la causa] y de sus metamorfosis, que han sido varias [...] vuelven a confirmar que nuestra tradición jurídica, es una tradición en sentido propio, en la que las ideas se modifican y se desarrollan, manteniendo siempre algún enganche con las ideas precedentes".

89 DI MAJO. *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, cit., 292 s.

90 BRECCIA. *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, cit., 241 ss.

91 FERRI. "L'invisibile' presenza della causa del contratto", cit., 897 ss.

