

LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y DE LAS OBLIGACIONES: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?

ANABEL RIAÑO SAAD
SILVANA FORTICH
editoras

Adriana M. Cely
José Félix Chamie Gandur
Carlos Alberto Chinchilla Imbett
Édgar Cortés Moncayo
Silvana Fortich
Aida Patricia Hernández Silva
Jorge I. Herrera Moreno
Margarita Morales Huertas

Felipe Navia Arroyo
Martha Lucía Neme Villarreal
Anabel Riaño Saad
Paula Natalia Robles Bacca
Javier M. Rodríguez Olmos
Daniel Rojas-Tamayo
Catalina Salgado Ramírez
Luis Carlos Sánchez Hernández

Universidad
Externado
de Colombia

Anabel Riaño Saad
Silvana Fortich
(eds.)

**La reforma francesa del
derecho de los contratos
y de las obligaciones:
¿fuente de inspiración
para una futura reforma
en derecho colombiano?**

Universidad Externado de Colombia

La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones : ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano? / Adriana M. Cely [y otros] ; Anabel Riaño Saad, Silvana Fortich (eds.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

764 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904697

1. Contratos 2. Obligaciones (Derecho) 3. Responsabilidad civil 4. Derecho civil – Historia – Francia 5. Derecho civil – Historia – Colombia 6 Derecho civil -- Fuentes I. Riaño Saad, Anabel, editora II. Fortich, Silvana, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346.5 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
noviembre de 2020

ISBN 978-958-790-469-7

© 2020, ANABEL RIAÑO SAAD, SILVANA FORTICH (EDS.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
<i>Silvana Fortich</i>	
<i>Anabel Riaño Saad</i>	
VISIÓN PANORÁMICA DEL NUEVO DERECHO FRANCÉS	
DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES	23
<i>Felipe Navia Arroyo</i>	
PRIMERA PARTE	
LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA	
DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNOS COMENTARIOS	
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE UN JURISTA COLOMBIANO	
ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD	
PRECONTRACTUAL POR LA RUPTURA DE LAS NEGOCIACIONES	
EN LA REFORMA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y LAS	
OBLIGACIONES EN FRANCIA: ¿UN MODELO A SEGUIR	
POR EL DERECHO COLOMBIANO?	47
<i>Catalina Salgado Ramírez</i>	
EL CONTRATO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS: LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL	
FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO	75
<i>Silvana Fortich</i>	
CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN: CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MORALES	117
<i>Adriana M. Cely</i>	
LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO FRANCÉS, ¿UN MODELO	
PARA UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO COLOMBIANO?	137
<i>Jorge I. Herrera Moreno</i>	

SEGUNDA PARTE

**LOS EFECTOS DEL CONTRATO EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS:
ALGUNAS NOTAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COLOMBIANO**

EL INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS NO CONSTITUYE UN MODELO A SEGUIR QUE PERMITA LA CABAL FUNCIONALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO	201
<i>Martha Lucía Neme Villarreal</i> <i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	
LAS EXCEPCIONES DILATORIAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS: EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE	249
<i>Carlos Alberto Chinchilla Imbett</i>	
¿LA ARQUITECTURA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS COMO MODELO PARA EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO? LUCES Y SOMBRAS	281
<i>Javier Mauricio Rodríguez Olmos</i>	
LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS: DE LA REGLA DE LA OBLIGATORIEDAD A LA RENEGOCIACIÓN NORMATIVA	359
<i>José Félix Chamie Gandur</i>	
LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO EN LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	399
<i>Margarita Morales Huertas</i>	
LA CESIÓN DEL CONTRATO	445
<i>Aida Patricia Hernández Silva</i>	

TERCERA PARTE

**EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES EN LA
REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS: ALGUNAS CUESTIONES
DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COLOMBIANO**

LA CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016	489
<i>Luis Carlos Sánchez Hernández</i>	

LA RENOVACIÓN DE LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES	533
<i>Daniel Rojas-Tamayo</i>	
EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DE 2016 AL DERECHO FRANCÉS DE LAS OBLIGACIONES Y SU POSIBLE PERTINENCIA PARA ORIENTAR FUTUROS CAMBIOS EN LA MATERIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	569
<i>Paula Natalia Robles Bacca</i>	
LA REFORMA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO EN DERECHO FRANCÉS Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO COLOMBIANO	597
<i>Anabel Riaño Saad</i>	
ANEXO	
TRADUCCIÓN DE LA ORDONNANCE N° 2016-131 DU 10 FÉVRIER 2016 PORTANT RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS	671
<i>Édgar Cortés Moncayo</i>	
<i>Jorge I. Herrera Moreno</i>	
<i>Anabel Riaño Saad</i>	

LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO FRANCÉS, ¿UN MODELO PARA UNA FUTURA REFORMA DEL DERECHO COLOMBIANO?

JORGE I. HERRERA MORENO*

Sumario: Introducción. I. La supresión de la causa en la reforma del derecho francés de los contratos. A. Las vicisitudes de la causa en derecho francés hasta la reforma. 1. La trascendencia de la causa en derecho francés. 2. La evolución de la noción de causa en el derecho francés. B. La trascendencia de la causa en derecho francés y en otros ordenamientos. 1. El fundamento causalista de las nuevas disposiciones del derecho francés. 2. La importancia de la causa en otros ordenamientos jurídicos. II. La noción de causa en derecho colombiano. A. La apreciación de la causa en derecho colombiano. 1. La evolución de la causa en derecho colombiano. 2. El resurgimiento de la causa en derecho colombiano. B. El futuro de la causa en nuestro ordenamiento. 1. La posible incorporación de las funciones consolidadas en disposiciones particulares. 2. ¿La preservación de la causa por su utilidad como noción indeterminada? Conclusión. Referencias.

* Docente-investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: jorge.herrera@uexternado.edu.co

INTRODUCCIÓN

En una futura reforma del régimen general de los contratos en nuestro país, la discusión en torno a la supresión o no de la causa como requisito de validez del contrato estará, sin duda, al orden del día. Históricamente, la causa ha sido presentada como una atenuación al principio del consensualismo, o su criatura¹, pues sin ella este no sería aceptable². En efecto, si el consentimiento basta para obligar a un individuo, es necesario verificar que él lo hace con una justificación o motivo razonables. Como lo indica Claro Solar, “obligarse sin un fin, sin un propósito, no puede ser acto de un ser razonable”³. De origen debatido, la noción de causa fue descrita por el gran jurisconsulto francés Domat en su libro sobre las leyes civiles⁴ y consagrada en el código francés napoleónico de 1804. Desde allí se convertiría en una figura emblemática del derecho civil francés y en un símbolo de la influencia gala sobre los procesos de codificación en países de Europa, del Medio Oriente y de América Latina⁵.

-
- 1 HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, n.º 707, p. 104.
 - 2 CASTALDO, ANDRÉ y LÉVY, JEAN-PHILIPPE. *Histoire du droit civil*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2010, p. 871.
 - 3 CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XI, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1978, n.º 913, p. 310.
 - 4 DOMAT, JEAN. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, liv. I, tit. I, sec. I.
 - 5 Véase CATALA, PIERRE. “Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats”, *Defrénois*, 21, 2008, pp. 2373 s. Muchos países, siguiendo la tradición francesa, erigieron la causa como requisito de validez del contrato. Así, en Europa, Bélgica, Luxemburgo, España, Italia, Polonia y Rumania; en Norteamérica, los estados de Luisiana (Estados Unidos) y Quebec (Canadá); en América Latina, Chile, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Panamá; y en África, en las colonias de Francia (Benín, Burkina-Faso, Camerún, República Centroafricana, República del Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Madagascar, Malí, Mauritania, Nigeria, Chad y Togo) y Bélgica (República Democrática del Congo, Burundi y Ruanda), donde regían los códigos de estos dos países. Luego de la independencia, muchos conservaron el mismo código civil.

Andrés Bello la incorporó en su obra y, a diferencia de lo que ocurre en otros códigos, la dotó de una definición.

Su importancia en la tradición de los países que la acogieron contrasta con el halo de misterio que la rodea y las discusiones inacabables a las que ha dado lugar. En efecto, los autores, al unísono, realzan su carácter inasible, oscuro y confuso debido a la polisemia de la palabra⁶, y discuten acerca de su origen y utilidad. Las discusiones sobre la necesidad o utilidad de la causa tuvieron lugar de antaño. Conocidos son los cuestionamientos de eminentes autores anticausalistas, especialmente a comienzos del siglo xx, que la tildaban de superflua dada la existencia de otras nociones, tales como el consentimiento y el objeto del contrato. A ello se agrega que otros ordenamientos no conocen dicho concepto, así el derecho alemán y el derecho inglés. En nuestro país, los más insignes civilistas han criticado de manera enérgica la teoría de la causa⁷.

A estas discusiones tradicionales se aunaron otras importantes en las últimas décadas en derecho francés debido a la transformación experimentada por la causa en la jurisprudencia. En efecto, fenómeno común a los ordenamientos que adoptaron la causa como elemento de existencia o de

6 Debe distinguirse así la causa eficiente, que es el hecho generador de otro fenómeno (causa del daño, fuente de la obligación o del contrato), la causa final (fin inmediato que conduce a la celebración del contrato, que es uniforme en cada categoría de contrato) y la causa impulsiva (fin mediato, variable, motivación personal o individual de cada parte que la lleva a vincularse). Teniendo en cuenta esa diversidad de acepciones, CAPITANT, en su libro sobre la teoría de la causa en el contrato, afirmó, que para una mejor claridad en las ideas era preferible sustituir la palabra causa por aquella de fin (*but*). Véase CAPITANT, HENRI. *De la cause des obligations*, 3.ª ed., 1912, París, La Mémoire du droit, 2012, n.º 3, p. 21.

7 VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil. De las obligaciones*, t. III, reimp. de la 10.ª ed., Bogotá, Temis, 2015, § 34; OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., 2.ª reimp., Bogotá, Temis, 2014, n.º 302 s.; HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 676 s.

validez del contrato, dicha noción se ha renovado y el interés por acrecentar su campo operativo ha sido un rasgo predominante de los últimos tiempos. Paradójicamente, ese interés ha llevado al mismo tiempo a hacer más compleja la noción, lo que en últimas ha sido un argumento adicional en favor de sus detractores para propugnar su eliminación. Esto fue lo que sucedió en derecho francés en los más recientes decenios: el denominado fenómeno de “renovación de la causa” provocó inquietud en términos de inseguridad jurídica al tener el juez en sus manos un instrumento poderoso de intervención en el contrato y, como consecuencia de ello, un orden contractual menos atractivo a la hora de servir de modelo en el contexto de la redacción de proyectos de armonización del derecho contractual europeo, los cuales muestran una tendencia a la eliminación de la causa del régimen general de los contratos⁸. Por lo demás, en Francia subyació a esa discusión un debate ideológico entre quienes defendían a ultranza la libertad contractual para configurar el contenido del contrato, ajena a toda intervención incisiva del juez, y quienes consideraban la causa como uno de los instrumentos para lograr relaciones contractuales más justas. En este contexto la figura fue blanco fácil de críticas en las discusiones sobre la reforma del derecho de contratos y de las obligaciones que se desarrollaron después de la celebración del bicentenario del *Code civil* en 2004. Su eliminación por medio del Decreto Ley (*ordonnance*) 131 de 2016⁹ tuvo lugar tras arduos debates en la academia.

8 Nos referimos a los Principios de Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión Lando, el Marco Común de Referencia para el derecho privado europeo (DCFR) y el Código Europeo de los Contratos de la Academia de Iuriprivatistas Europeos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía). Importa también mencionar los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2016).

9 Este decreto ley tuvo por objeto “la reforma del derecho de contratos, del régimen y de la prueba de las obligaciones”, y fue ratificado mediante la Ley 287 del 20 de abril de 2018

En nuestro ordenamiento jurídico, la causa y las discusiones en torno a ella han sido tradicionalmente presentadas tomando como referencia la doctrina y la jurisprudencia francesas y, como veremos, ella también ha experimentado una evolución en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En una visión prospectiva es inevitable interrogarse sobre si dicha institución, en una posible reforma del derecho colombiano –sea que esta se realice aisladamente o en un contexto más amplio de armonización del derecho latinoamericano de los contratos¹⁰– debe tener la misma suerte que tuvo en la reforma del derecho francés o si, por el contrario, ella debe ser defendida y conservada. Se trata, entonces, de cuestionarse sobre los elementos fundamentales que deben ser considerados en un debate de dicha naturaleza teniendo en cuenta la experiencia francesa en ese sentido. Por ello, en primer lugar, es necesario escrutar cuáles fueron el contexto y las razones que condujeron al derecho francés a decidir la desaparición de dicha noción, así como cuáles fueron las repercusiones de su eliminación en el proyecto de reforma finalmente adoptado (i). Luego, en un segundo tiempo, nos ocuparemos del rol que ella ha cumplido en nuestro ordenamiento y, en una visión prospectiva, trataremos de extraer los elementos que deben ser tenidos en cuenta sobre este punto en las discusiones sobre una eventual reforma del derecho de los contratos en nuestro país (ii).

I. LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA EN LA REFORMA DEL DERECHO FRANCÉS DE LOS CONTRATOS

La causa no sucumbió a los embates que experimentó a principios del siglo xx provenientes de eminentes autores

10 Así, existe actualmente el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL). Véase: <https://gadal.uexternado.edu.co/>

de corriente anticausalista. Ella estaba presente en el *Code civil*, por lo que la doctrina, teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales, precisó su significado y distinguió sus funciones. En cambio, la causa no resistió las críticas en torno a la transformación que experimentó en las últimas décadas en un contexto de elaboración de proyectos de armonización del derecho europeo de los contratos y de competición en torno a la capacidad económica de los ordenamientos jurídicos para atraer la realización de negocios a escala internacional (A). Los redactores del proyecto definitivo transaron las voces de los que propugnaban la supresión de esa institución emblemática con aquellas que defendían las funciones reconocidas por la jurisprudencia, de tal suerte que, si bien se suprimió la noción de causa, a la vez se reconocieron sus funciones consolidadas en la jurisprudencia en disposiciones particulares. No hay duda de la pervivencia de la causa en los artículos finalmente adoptados en la reforma. Al margen del derecho francés, la causa sigue teniendo importancia en algunos ordenamientos, a pesar de su desaparición en otros países y en los proyectos de armonización en materia contractual (B).

A. Las vicisitudes de la causa en derecho francés hasta la reforma

La causa en derecho francés estuvo marcada por constantes discusiones sobre su significado y utilidad. Baudry-Lacantinerie, en su *Manual de derecho civil*, resaltaba ya la oscuridad que reinaba en la materia¹¹. Sin profundizar en las discusiones históricas sobre el origen de la causa¹², debemos trazar el contexto en el que la causa fue finalmente

11 BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL. *Précis de droit civil*, t. II, París, L. Larose et Forcel, 1883, n.º 811.

12 GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. "Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación

suprimida con ocasión de la reforma del derecho francés de los contratos en 2016. Para ello es importante establecer cuál fue el rol asignado a la causa por la jurisprudencia francesa dentro de la teoría general del contrato (1) y cómo dicha noción tuvo transformaciones importantes que, sin duda, fueron uno de los factores que condujeron a su supresión en el régimen general del contrato en la reciente reforma (2).

1. La trascendencia de la causa en derecho francés

La incorporación de la noción de causa en el *Code civil* de 1804 tiene como fuente la obra de Domat *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, publicada de 1689 a 1697^[13]. No obstante, en el derecho civil el origen de la noción no es claro. Para algunos, Domat fue su artífice con base en una interpretación equivocada de los textos romanos, pues este derecho, caracterizado por su formalismo, nunca concibió la causa como un requisito de validez o de existencia del contrato. Por el contrario, según Capitant, la noción de causa tiene su origen en el derecho romano, pues ella “flotaba desde hace mucho tiempo en la atmosfera jurídica”¹⁴, antes de que Domat la expusiera por primera vez en términos claros y precisos. En efecto, si bien el derecho romano no construyó una teoría de la causa, puesto que se evidencia que la palabra *causa* era empleada en diversos sentidos, a lo que se agrega que no existía un término para designar

europea y americana”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII, Valparaíso, 2001, pp. 209 s.

13 DOMAT, JEAN. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. I, tit. I, sec. I.

14 CAPITANT, HENRI. *De la cause des obligations*, 3.ª ed., 1912, París, La Mémoire du droit, 2012, n.º 57, p. 127. Capitant reconoce que, para los anticausalistas, Domat creó la teoría la causa como resultado de una deformación de los textos del *corpus iuris civilis*. OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., 2.ª reimp., Bogotá, Temis, 2014, n.º 317 s., atribuyen a Domat el haber falseado la interpretación de los textos romanos relativos a los contratos innominados.

el fin inmediato pretendido por las partes¹⁵ (causa final), en algunas instituciones los romanos tenían en cuenta la razón que había llevado a una persona a realizar una *stipulation*, especialmente cuando se trataba de paliar las injusticias derivadas de la suficiencia de las fórmulas solemnes para quedar obligado¹⁶. En cualquier caso, la causa tiene un origen más claro en los canonistas pues, por una parte, estos se interesaron en la apreciación moral de las convenciones, lo cual llevaba necesariamente a tener en cuenta la finalidad de la promesa o de la convención; y, por otra parte, la finalidad de una parte al comprometerse cobraba protagonismo en su sistema, en el que se admitía la suficiencia del consentimiento para obligarse (*solus consensus obligat*). Los canonistas distinguen así la *causa civilis*, que designa el hecho generador que constituye la fuente de la obligación, y la *causa naturalis*, que designa el hecho en vista del cual se asume una promesa. Esta última cobra relevancia porque los canonistas afirman que la promesa depende de la existencia de una *causa naturalis*¹⁷. La causa es concebida por estos “como cortapisa al brocárdico ‘*solus consensus obligat*’”¹⁸. Se

15 CAPITANT. *De la cause des obligations*, cit., p. 124, n.º 56.

16 *Ibid.*, n.º 41 s. Capitant menciona que, si bien en la *stipulation* la causa de la promesa no jugaba ningún rol, porque importaba únicamente la solemnidad, no obstante el derecho romano admitió como temperamento ciertas acciones que buscaban impedir el enriquecimiento injusto, tales como la *condictio certae rei* y la *condictio certae pecuniae* cuando ya había habido transferencia de la propiedad, así como la *condictio exceptio doli* y la *condictio incerti* en favor del promitente que se obligó sin causa. Reconoce dicho autor, sin embargo, que en esos casos la causa no constituía un elemento necesario a la formación del acto, sino un medio correctivo impuesto por la equidad (*ibid.*, n.º 43). En la época clásica, se resalta la *querela non numeratae pecuniae* que permitía al promitente de una suma de dinero imponer al prestamista la carga de probar que él había entregado el dinero (*ibid.*, n.º 44). Igualmente, Capitant menciona como antecedente de la causa la admisión de los contratos consensuales (*ibid.*, n.º 49), los contratos innominados y las donaciones (n.º 53).

17 DEROUSSIN, DAVID. *Histoire du droit des obligations*, 2.ª ed., París, Economica, 2012, p. 326.

18 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 679, p. 44; y véase *ibid.*, n.º 680, p. 46: “Por lo demás,

admite así la idea según la cual consentimiento basta para obligarse siempre que la promesa repose sobre una causa y, por consiguiente, se consideraba en este período que las promesas que carecían de causa no podían producir ningún efecto¹⁹. Según Capitant, este postulado de la ausencia de la fuerza obligatoria de los compromisos que carecen de causa fue recogido sin dificultad por los civilistas, ya que estas obligaciones les parecían anormales y susceptibles de esconder un fraude²⁰.

El *Code civil* de 1804 incorporó la causa como una condición de validez del contrato (art. 1108) y tres artículos esbozaron su régimen (arts. 1131-1133), aunque sin definirla; de ahí que haya sido la doctrina de la época la encargada de discutir su alcance y delimitar su contenido. Siguiendo las enseñanzas de Domat, los autores identificaron la noción objetiva de causa, la cual se predicaba no del contrato sino de la obligación de la cual ella era una explicación sicológica, lo que permitía distinguirla del objeto. Mientras que este respondía a la pregunta “¿qué debe el deudor?” (*quid debetur?*), la causa respondía a la pregunta “¿por qué lo debe?” (*cur debetur?*)²¹. Sin embargo, comoquiera que los contratantes pueden orientar su comportamiento por una multiplicidad de razones, la causa se definía como “aquel móvil inmediato al cual el deudor obedece, que debe ser considerado como decisivo y que constituye la causa de su obligación”²². Se trata de una causa abstracta porque siempre es idéntica para un mismo tipo de contrato: en los

téngase presente que la noción de causa como entidad aparte emerge del afán de explicar y justificar la coercibilidad de la promesa desnuda, que viene a engarzarse con la reverencia que se le tributó en este periodo a la ‘voluntad’.

19 CAPITANT. *De la cause des obligations*, cit., p. 142, n.º 66.

20 *Ibid.*, p. 143, n.º 67.

21 BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL. *Précis de droit civil*, t. II, 5.ª ed., París, L. Larose, 1895, p. 597, n.º 847.

22 JOSSEERAND, LOUIS. *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, 3.ª ed., París, Recueil Sirey, 1939, p. 73, n.º 128.

contratos bilaterales consiste en la obligación del cocontratante²³, en los contratos reales consiste en la entrega del bien realizada al que es obligado a restituirlo; en fin, en los contratos a título gratuito consiste en la mera liberalidad (*animus donandi*), esto es, en la intención de conferir una ventaja económica al donatario sin recibir nada a cambio.

La dificultad de comprender la teoría de la causa esbozada por Domat fue evidente desde los primeros comentadores del *Code civil*. Por esto, ella fue precisada, modificada y prolongada posteriormente a través de estudios doctrinales y de la jurisprudencia. En la doctrina, principalmente Capitant, variando la doctrina tradicional, precisó que, en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada contratante no consiste simplemente en la obligación de su cocontratante sino en obtener la ejecución de la prestación que le es prometida a cambio. Aún más, con base en dicha tesis, Capitant extiende la influencia de la causa a su ejecución pues, según él, la causa juega un papel fundamental hasta tanto el fin jurídico del contrato no haya sido alcanzado, esto es, hasta tanto las prestaciones recíprocas no hayan sido completamente realizadas²⁴. Esta tesis permitía así explicar la correlación o interdependencia que existe entre las obligaciones de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos, específicamente la posibilidad de una de las partes de suspender la ejecución de su obligación hasta tanto la otra parte no ejecute la que le corresponde (excepción de incumplimiento), o de liberarse de su obligación en caso de que la otra parte no ejecute la contraprestación por el acaecimiento de un caso de fuerza mayor (teoría

23 Capitant, corrigiendo la doctrina tradicional, precisa que en los contratos sinalagmáticos "la causa que determina a cada parte a obligarse es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le es prometida a cambio". CAPITANT, HENRI. *De la cause des obligations*, 3.^a ed., 1912, París, La Mémoire du droit, 2012, n.º 13 s.

24 *Ibid.*, n.º 120, p. 260.

de los riesgos) o en caso de un incumplimiento que le sea imputable (resolución del contrato)²⁵.

En la jurisprudencia, desde el siglo XIX, los tribunales franceses se sirvieron de la causa para apreciar los móviles de los contratantes al momento de celebrar el contrato, con el fin de juzgar la licitud de los acuerdos a la luz del orden público y las buenas costumbres²⁶. Si ese motivo constituía la razón determinante del contrato y era ilícito, la nulidad del contrato debía ser declarada. Los ejemplos más cono-

25 *Ibid.*, n.º 120 s. La influencia de la causa es explicada en la sección II del libro en cita bajo el título “Rol de la causa luego de la formación del contrato y hasta que las obligaciones recíprocas hayan sido completa y regularmente ejecutadas”. Nuestra Corte Suprema de Justicia acogió dicha doctrina. Véase la sentencia del 5 de julio de 1935, Sala de Casación Civil, M.P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL, *GJ*, t. XLII, p. 54; y la del 29 de noviembre de 1936, M.P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL, *GJ*, t. XLIII, p. 312: “Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos –tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral– se explican por la noción de causa de las obligaciones y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de esos contratos sinalagmáticos”. Igualmente, la del 17 de septiembre de 1954, M.P.: Alberto Zuleta Ángel, *GJ*, t. LXXXVIII, p. 628: “Si en todo contrato sinalagmático –especie a que pertenece la promesa bilateral de permuta– las contrapuestas obligaciones se sirven mutuamente de causa, en el sentido de que la causa de la obligación de cada parte se hace concreta en el cumplimiento de la obligación de la otra, existiendo así entre las recíprocas obligaciones una interdependencia en que se asegura el equilibrio del contrato, es apenas lógico, como lo preceptúa el artículo 1609 del código civil, que en un contrato de esta índole ninguno de los contratantes pueda considerarse en mora de satisfacer su compromiso, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Y esto, que el derecho establece como medio de defensa: *exceptio non adimpleti contractus*, encuentra por activa su paralelo en la condición resolutoria ínsita por ministerio del artículo 1546 *ibidem*, en los contratos bilaterales, para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y que tiene como supuesto indefectible el de que el otro contratante, que pretende prevalerse de esa condición resolutoria tácita, haya cumplido por su parte su compromiso o esté allanado a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Reiterada, por ejemplo, en la sentencia del 16 de noviembre de 1967, M.P.: Gustavo Fajardo Pinzón, *GJ*, t. CXIX, p. 296.

26 El artículo 1133 del *Code civil* de 1804 indicaba que la causa era ilícita cuando ella era prohibida por la ley o cuando era contraria a las buenas costumbres o al orden público.

cidos eran aquellos de la promesa del pago de una suma de dinero hecha a la amante para mantener o continuar la relación adulterina, o del contrato celebrado en vista de la instalación de un prostíbulo. Las críticas de la doctrina no se hicieron esperar, por considerar que en estos casos se confundía la causa con los motivos que llevan a las partes a contratar. En ese contexto, contra una concepción unitaria de la causa²⁷, que evidentemente era frágil teniendo en cuenta la aplicación que de ella hacía la jurisprudencia, Josserand puso de presente que la oscuridad en torno a la noción de causa se debía a que no existía una noción de causa sino que debían distinguirse dos: por un lado, “*la causa del código civil, o causa intrínseca*, la cual es abstracta y se integra en el contrato del cual ella es uno de ellos elementos constitutivos; y, por otro, *la causa impulsiva y determinante*, que es, a diferencia de la anterior, un móvil individual, una noción concreta que permanece exterior al contrato y que es, en una buena parte, una creación de la jurisprudencia”²⁸.

Paralelamente se desarrolló una corriente anticausalista que tildaba a la causa de noción artificial, inútil e innecesaria, corriente cuyo más conocido representante fue Planiol²⁹. En efecto, la explicación de Domat, que servía de apoyo a la interpretación del artículo 1131 del *Code civil*, era incongruente ya que, al caracterizar de manera diferente la causa

27 Autores como Capitant, en defensa de una visión unitaria de la causa, indicaban que en estos casos el objetivo económico común pretendido por los contratantes era un elemento determinante de su manifestación de voluntad, y, en consecuencia, a la causa de cada una de sus obligaciones las partes incorporaban un objetivo económico común que debía ser tenido en cuenta por el juez, por ser el mismo inseparable de la causa buscada por las partes al momento de contratar. Véase CAPITANT. *De la cause des obligations*, cit., n.º 112).

28 JOSSERAND. *Cours de droit civil positif français*, cit., p. 72, n.º 127.

29 PLANIOL, MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11.ª ed., París, LGDJ 1931, pp. 1037 s. Los autores colombianos acogen en su mayoría las críticas anticausalistas para descartar la necesidad y la utilidad de la causa; véase *supra* nota 7.

de cada tipo de contrato (sinalagmático, unilateral y gratuito), la noción perdía su unidad y toda búsqueda de una definición general se tornaba infructuosa, pues era inapta a cobijar esas categorías heterogéneas³⁰. Aunado a ello, consistiendo la causa en los contratos unilaterales en la entrega del bien, era evidente que ella se confundía con un requisito esencial para su existencia. La ausencia de causa no era, por ello, otra cosa que la ausencia de contrato, y en estos casos la causa era entendida en su acepción de causa eficiente. Y tratándose de los contratos gratuitos, la intención liberal o *animus donandi* no era otra cosa que el consentimiento del donatario para la celebración del contrato³¹. Aún más, como lo reconocieron posteriormente los neocausalistas³², la existencia de una intención liberal pasaba necesariamente por verificar la realidad de los motivos que habían llevado al donatario a realizar la donación, lo cual conducía a negar la existencia de una causa meramente abstracta en estos contratos³³. En realidad, la causa reducía su importancia a los contratos sinalagmáticos. Y si bien ella, a diferencia del objeto del contrato, correspondía a una noción volitiva

30 PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., p. 394, n.º 1036. Hubo autores que trataron de dar una definición unitaria de la causa, intento que fue objeto de crítica por cuanto no permitía comprender la causa según la explicación presentada por Domat. Así, por ejemplo, Aubry y Rau la definieron como “el motivo jurídicamente suficiente” que conduce a una persona a obligarse. AUBRY, CHARLES y RAU, CHARLES. *Droit civil français*, t. III, 3.ª ed. París, Cosse Imprimeur-Éditeur, 1856, § 345, p. 218.

31 Véase OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., 2.ª reimp., Bogotá, Temis, 2014, p. 270, n.º 323.

32 Sobre el neocausalismo, véase HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 684, p. 55.

33 El mismo Domat se refería a que en estos contratos “la obligación del que dona tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo, como un favor realizado, o en otro mérito del donatario, o en la sola satisfacción de hacer el bien”, es decir, no en la intención liberal, sino en los motivos concretos que impulsaron al donante a realizar la donación. Véase DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., liv. I, tit. I, sec. I, n.º 6, p. 124.

antes que material, su utilidad se superponía en algunos casos a la de este último, lo que ponía en tela de juicio su necesidad como requisito de validez del contrato.

Pese a las discusiones entre causalistas y anticausalistas, lo cierto es que la causa estaba presente en el *Code civil*. Por ello, apoyada en la utilización que de la causa hacía la jurisprudencia, la doctrina reafirmó paulatinamente una concepción dualista de la causa, admitiendo la coexistencia de la causa objetiva y de la causa subjetiva y atribuyéndoles a estas campos de aplicación diferentes. Dicha concepción fue ratificada por la jurisprudencia, con lo cual el rol de la causa como instrumento del juez para intervenir en el contrato quedaba claramente delimitado³⁴. Por un lado, la causa objetiva, como había sido presentada por Domat y Pothier –idéntica para un mismo tipo de contrato–, denominada causa inmediata, causa abstracta o causa de la obligación, permitía fundamentalmente verificar la existencia de la causa. Así, en los contratos sinalagmáticos permitía la constatación de una contraprestación para cada una de las obligaciones de las partes. Por ejemplo, en el arrendamiento, la causa de la obligación del arrendatario es el disfrute apacible del bien, mientras que la causa de la obligación del arrendador es el pago del alquiler. Por otro lado, en contraste, la causa subjetiva, denominada también causa concreta o causa del contrato, permitía apreciar la licitud de la causa. La diferencia de las funciones era evidente: mientras la primera permitía la protección de los intereses particulares de los contratantes, pues aseguraba la existencia de una contraprestación, la segunda permitía

34 En una sentencia del 12 de julio de 1989, catalogada como sentencia hito, la jurisprudencia estableció claramente ese desdoblamiento de la noción de causa indicando: “Si la causa de la obligación del comprador reside en la transferencia de la propiedad y en la entrega de la cosa vendida, por el contrario la causa del contrato consiste en el móvil determinante, es decir, aquel en cuya ausencia el comprador no se habría obligado”.

salvaguardar los intereses del ordenamiento jurídico conforme a los parámetros delineados jurídica y socialmente a través de las nociones de reglas imperativas, orden público y buenas costumbres.

Si, en principio, la aplicación de la causa abstracta, inmediata o abstracta quedaba reducida a los raros casos de inexistencia de una contraprestación, en realidad la Corte de Casación francesa realizó aplicaciones más complejas de la noción. Así, declaró la nulidad del contrato en casos en los que, si bien la contraprestación existía, ella era irrisoria, como en el caso del precio insignificante en un contrato de arrendamiento³⁵, o de la cesión de la participación en una sociedad³⁶. Igualmente, la jurisprudencia francesa consideró en algunos eventos que, tratándose de los contratos a ejecución sucesiva, “la subsistencia de la causa es no solamente una condición de validez, que debe ser apreciada el día de su conclusión, sino también una condición de su perennidad, que puede ser verificada a lo largo de la ejecución”, por lo que la desaparición de la causa durante la ejecución de esos contratos tenía como consecuencia su caducidad³⁷. En suma, a pesar de la claridad aparente de las funciones asignadas a la causa, la jurisprudencia realizaba aplicaciones que suscitaron la inquietud de la doctrina dado su difícil encuadramiento en las funciones delineadas anteriormente. Ello impulsaba a la doctrina a ver en la causa un instrumento que podía ser explotado más allá de sus funciones clásicas. Esto se hizo aún más evidente con la ocurrencia de un fenómeno que la doctrina denominó de transformación o renovación de la causa³⁸.

35 Francia. Casación Civil, Sala 3.ª. 21 de septiembre de 2011, n.º 10.-21.900.

36 Francia. Casación Comercial. 25 de octubre de 2017, n.º 15-24.219.

37 Francia. Casación Civil. 30 de octubre de 2008, n.º 07-17.646.

38 Véase MORALES HUERTAS, MARGARITA. “La renovación del concepto de causa en derecho francés”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 16, 2009, pp. 169-186; BERNAL FANDIÑO, MARIANA. “La transfor-

2. La evolución de la noción de causa en el derecho francés

La renovación de la noción de causa en el derecho francés significó, por una parte, la atribución de nuevos roles y, por otra, la dilución de las fronteras funcionales trazadas entre la causa objetiva o abstracta y la causa subjetiva o concreta.

La transformación o renovación de la causa inició luego de dos sentencias proferidas por la Corte de Casación francesa en 1996. En la primera, la Corte estudió el caso de una pareja que tomó en alquiler 200 videocasetes para comercializarlos entre una población de 1.314 habitantes. El negocio se relevó imposible debido al escaso número de clientes en el mercado. Ante el incumplimiento del pago del canon, el acreedor inició la respectiva acción judicial, ante la cual el arrendatario opuso la nulidad del contrato por inexistencia de la causa. La Corte confirmó la decisión de juez de instancia que acogió dicho argumento pues, dado que “la ejecución del contrato según la economía querida por las partes era imposible”, el tribunal de instancia había correctamente decidido que el contrato estaba desprovisto de causa, ya que había constatado así la “ausencia de una contrapartida real a la obligación de pagar el precio de alquiler de los casetes”³⁹. Se trataba de una aplicación heterodoxa de la noción de causa, toda vez que la Corte tuvo en cuenta en realidad, no el hecho de que no se hubiesen entregado al arrendatario los videocasetes, sino la imposibilidad de alcanzar el fin económico para el cual el arrendatario los había alquilado, dado el insuficiente número de clientes. La Corte parecía así controlar si el contrato celebrado era idóneo para satisfacer el interés económico pretendido por una de las partes, esto es, sus motivos individuales, y ello

mación de la causa en el derecho de contratos francés”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 111, 2006, pp. 227-243.

39 Francia. Casación Civil, Sala 1.ª. 3 de julio de 1996, n.º 94-14.800, comúnmente denominada sentencia *Point club vidéo*.

sin que previamente se hubiese identificado la existencia de un vicio de la voluntad o el aprovechamiento de una situación de dominación. Aunque posteriormente la Corte de Casación francesa en casos análogos volvió a la solución tradicional, afirmando que en los contratos sinalagmáticos la obligación de una de las partes consiste en la obligación contratada por la otra⁴⁰, la doctrina continuó en los años siguientes mencionando las consecuencias de una decisión semejante y resaltando la inseguridad que ella generaba para las actividades comerciales.

La otra sentencia se dio en el ámbito del control de las cláusulas abusivas en relaciones contractuales que no caen en la órbita del derecho del consumo⁴¹. En efecto, la Corte, también en 1996, estudió el caso de una empresa que había enviado una propuesta para una licitación a través del servicio de mensajería rápida y urgente (y, por consiguiente, más costoso) denominado *Chronopost*. La propuesta fue descartada por su arribo tardío, por lo cual la empresa pidió la indemnización de los perjuicios ocasionados. La empresa postal opuso la cláusula estipulada en el contrato que limitaba el pago de perjuicios al precio pagado por el envío. La Corte reputó no escrita la cláusula argumentando que “la cláusula limitativa de responsabilidad que contradice la obligación esencial del contrato debe ser reputada no escrita, en aplicación del artículo 1131 del código civil”⁴². Como lo veremos, el nuevo artículo 1170 del *Code civil* conserva una fórmula similar en su redacción. Como lo explica Wicker, “la idea que persigue la solución es que la cláusula que contradice la obligación esencial del contrato atenta contra la causa

40 Francia. Casación Comercial. 27 de marzo de 2007, n.º 06-10452; 9 de junio de 2009, n.º 08-11.420.

41 En Francia existía ya en la época una regla que permitía el control de las cláusulas abusivas en las relaciones entre empresarios y consumidores.

42 Francia. Casación Comercial. 22 de octubre de 1996, n.º 93-18.632, caso comúnmente denominado *Chronopost*.

de la obligación y debe ser erradicada, pues ella retira toda o una parte de la utilidad a la contraprestación convenida⁴³. Dicho de otro modo, la cláusula que limita la responsabilidad en caso de incumplimiento de la obligación esencial reduce a poco o nada la sustancia de la obligación adquirida y, con ello, priva de causa a la obligación de su cocontratante, toda vez que lo priva de las ventajas que, a cambio de su propia prestación, podía obtener del contrato. La doctrina invoca así un principio de coherencia, porque no es admisible asumir una obligación y, al mismo tiempo, desvirtuarla mediante otras cláusulas que la contradicen. La causa se convirtió así en un instrumento de intervención judicial que permitía controlar la coherencia interna del contrato excluyendo las cláusulas que atentaban contra sus obligaciones esenciales, y, en particular, en un mecanismo de erradicación de las estipulaciones vejatorias o leoninas. Como es evidente, en estos casos no se trataba de garantizar un equilibrio mínimo del contrato por medio de la verificación de la existencia de una contraprestación, sino de excluir una cláusula que causaba un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes⁴⁴. Obsérvese que, a falta de poder aplicar las reglas del derecho del consumo relativas a las cláusulas abusivas, comoquiera que se trataba de dos empresas, la Corte de Casación francesa creativamente echó mano de los instrumentos del régimen general de los contratos, en el que halló en la causa el medio que, por su carácter indeterminado, permitía infundir un mayor grado de justicia en las relaciones contractuales. La causa devenía así un instrumento privilegiado para lograr un mayor equilibrio en las relaciones negociales, a tiempo que la noción se tornaba más compleja e ininteligible.

43 WICKER, GUILLAUME. “La suppression de la cause par le projet d’ordonnance: la chose sans le mot?”, *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1557 ss., n.º 27.

44 Véase TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE; LEQUETTE, YVES y CHÉNEDÉ, FRANÇOIS. *Droit civil. Les obligations*, 12.ª ed., París, Dalloz, 2019, n.º 396 s.

En fin, si en principio la constatación de la existencia de la causa tiene lugar *ab initio*, esto es, en el momento de la celebración del contrato, la jurisprudencia francesa hizo algunas aplicaciones prácticas fuera de ese ámbito temporal. Es el caso de su empleo para explicar la conexidad de los contratos que concurren al cumplimiento de una misma operación económica, esto es, la coligación negocial⁴⁵. Concretamente, ello tenía como consecuencia que la desaparición de uno de los contratos privara a los otros de su causa, lo cual permitía explicar la extinción en cascada de los contratos conexos. Claramente, no se estaba aquí ante la concepción tradicional objetiva de la causa del artículo 1131 del *Code civil*⁴⁶, que permite verificar la existencia de la contraprestación de la obligación adquirida *ab initio*, sino ante una concepción más concreta de la misma. Si bien la Corte de Casación abandonó posteriormente el fundamento causal para explicar la coligación de contratos⁴⁷, es importante la mención porque, como veremos posteriormente, la causa ha jugado también un papel relevante en el reconocimiento de dicho fenómeno contractual en el derecho colombiano.

La utilización de la noción de causa comportaba el cumplimiento de nuevas funciones y, de rebote, ello condujo a nublar la distinción entre el rol cumplido por la causa objetiva o abstracta y el de la causa subjetiva o concreta. En efecto, ese cambio de perspectiva se tradujo en sentencias que demostraban una cierta subjetivación de la causa, pues la causa subjetiva o concreta, que en principio permitía solamente apreciar la licitud del contrato, asumía

45 Véase, p. ej., Francia. Casación Civil, Sala 1.ª. 4 de abril de 2006, *Bull. Civ.* 1, n.º 190.

46 TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNEDÉ. *Droit civil. Les obligations*, cit., n.º 400, p. 445.

47 Francia. Casación, Sala Mixta. 17 de mayo de 2013, 2 sentencias, *Bull. Ch. mixte*, n.º 1; Francia. Casación Civil, Sala 1.ª. 10 de septiembre de 2015, n.º 14-13.658 y 14-17.772.

la función de protección de los intereses inmediatos de los contratantes, la cual era tradicionalmente atribuida a la causa en su concepción objetiva o abstracta⁴⁸. Mazeaud, uno de los más fervientes defensores de la transformación de la causa, describía este fenómeno afirmando que la causa no es ahora solamente “garantía abstracta y desencarnada contra los desequilibrios objetivos, es decir, las obligaciones contraídas sin una contraprestación real; ella adquiere una dimensión subjetiva que conduce a aprehenderla como el instrumento de control de la utilidad, del interés del contrato, en consideración de los cuales el contratante se obligó”⁴⁹.

Frente a este fenómeno, la doctrina se dividió entre aquellos que saludaban los nuevos roles asumidos por la causa, que revelaban una utilidad creciente en pro de relaciones contractuales más justas y equilibradas; aquellos que defendían su empleo circunscrito a los roles tradicionales consolidados en la jurisprudencia, y, en fin, aquellos que, apuntalando los argumentos anticausalistas, propugnaban su eliminación por ser ella fuente de inseguridad jurídica en la *vie des affaires* y un factor de debilidad en el contexto de los procesos de integración del derecho contractual europeo. En realidad, las discusiones en torno a la causa, al igual que aquellas sobre la utilización creciente del principio o de la cláusula general de buena fe, tenían un trasfondo ideológico más amplio. Por una parte, para algunos la transformación de la causa era la proyección de los valores de un renovado derecho de contratos fundado sobre el ideal de relaciones más justas, equilibradas y transparentes. Por otra parte,

48 TERRÉ, FRANÇOIS; LEQUETTE, YVES y CHÉNEDÉ, FRANÇOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13.^a ed., París, Dalloz, 2015, p. 97, n.º 15.

49 MAZEAUD, DENIS. “La protection par le droit commun”, en *Les clauses abusives entre professionnels*, París, Economica, 1998, p. 48. “Es claro que esa visión concreta, finalista de la causa, autoriza un control judicial mucho más importante de la libertad y del equilibrio contractuales que en el análisis clásico” (*ibid.*, p. 45).

para una corriente de corte más liberal, esa visión renovada de la causa era percibida como un instrumento que menoscababa la autonomía contractual y autorizaba una intervención indebida del juez en el reglamento de intereses de los particulares⁵⁰.

Simultáneamente, en el año 2004, el *Code civil* celebró su bicentenario, y con ocasión de ello se alzaron voces proponiendo una reforma y modernización del libro relativo a los contratos y a las obligaciones, el cual no había sido objeto de reformas importantes desde su promulgación en 1804. Esa conjunción de factores condujo a la presentación de tres anteproyectos de reforma. A ello se aunaba un movimiento de armonización del derecho de los contratos de los países europeos con miras a apuntalar su unión económica y política, así como a fortalecer el comercio comunitario y las condiciones de libre competencia mediante de la expedición de reglas transnacionales. En esa coyuntura, la oportunidad de supervivencia de la causa era tenue porque, más allá de las discusiones históricas que la rodeaban, lo que estaba en juego era la consideración del derecho francés como modelo en este proceso de armonización del derecho de los contratos. La causa constituía, sin duda, una desventaja en el contexto de la competencia de modelos jurídicos en Europa. Debido a su polisemia, a su ambigüedad y a su

50 En la última década del siglo xx emergió una corriente doctrinal denominada "solidarista", cuyas ideas generaron importantes debates en derecho de contratos. Véase JAMIN, CHRISTOPHE. "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", en *Le contrat au début du xxi^e siècle. Études offertes à J. Ghestin*, París, LGDJ, 2001, pp. 441 s.; MAZEAUD, DENIS. "Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle?", *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, París, Dalloz, 1999, pp. 603 s.; MAZEAUD, DENIS. "La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises...", en *Mélanges J. Hauser*, París, LexisNexis-Dalloz, 2012, pp. 905 s. Otros autores criticaron enérgicamente sus posturas. Véase LEQUETTE, YVES. "Bilan des solidarismes contractuels", en *Mélanges Paul Didier*, París, Economica, 2008, pp. 247 s.; LEQUETTE, YVES. "Retour sur le solidarisme: le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique", en *Mélanges J. Hauser*, cit., pp. 877 s.

transformación en un instrumento para múltiples fines, la causa estaba llamada a desaparecer. Además, al no ser una noción idéntica y conocida de todos los ordenamientos europeos, su incorporación en un instrumento de aplicación transnacional era poco probable⁵¹. Así las cosas, de los tres anteproyectos de reforma presentados, solamente el dirigido por el profesor Pierre Catala conservaba la noción de causa como requisito de validez del contrato. Los otros dos –el dirigido por el profesor François Terré y el del Gobierno– suprimían la noción y la cambiaban por otras palabras o conceptos (interés, fin). En todo caso, en los tres anteproyectos, la mayoría de las soluciones jurisprudenciales fundadas en la causa eran mantenidas en disposiciones particulares. El proyecto del Gobierno aprobado por medio del Decreto Ley (*ordonnance*) 131 del 10 de febrero de 2016 siguió esa línea⁵².

B. La trascendencia de la causa en derecho francés y en otros ordenamientos

El destierro de la causa del ordenamiento francés constituye uno de los sucesos notables de la reforma. No obstante, esa frase lacónica oculta las ondas repercusiones que tuvo la causa en la reforma finalmente adoptada, que refrenda la trascendencia de su pasado en el ordenamiento francés actual a pesar de su eliminación (1). En todo caso, en la época

51 Véase FERRI, GIOVANNI. “L’‘invisible’ presenza della causa del contratto”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2002, p. 899.

52 En la parte motiva del proyecto presentado al Presidente de Francia (*Rapport au Président de la République*) se indicaba: “Frente a la dificultad de dar a la noción de causa una definición precisa, que englobaría todos los aspectos, frente a las críticas de la que ella es objeto tanto de una parte de la doctrina como de la práctica, que la percibe como un factor de inseguridad jurídica y un freno a la atraktividad de nuestro derecho, se ha optado por no recurrir a esta noción, para remplazarla por reglas con contornos mejor definidos, permitiendo al juez arribar a los mismos efectos y evitando a la vez el abundante contencioso que suscita esta noción”.

actual, la importancia de la causa también se reconoce en otros ordenamientos, como el de Italia o el de Argentina, cuyo desarrollo amerita mención en la reflexión sobre la preservación o no de la causa en el orden jurídico colombiano (2).

1. El fundamento causalista de las nuevas disposiciones del derecho francés

Toda noción jurídica no es valiosa en sí misma sino, y sobre todo, en virtud del rol, la utilidad y las consecuencias que de ella se derivan para la práctica. La doctrina y la jurisprudencia francesas ampliaron el campo operativo de la causa, lo que le permitió salir del estado de inercia en el que se hallaba en su rol tradicional. Además, la evolución del concepto de causa develó transformaciones importantes del derecho contractual, ya que puso de presente los intereses prevalentes del ordenamiento jurídico, los cuales se reflejaron en una sensibilidad creciente a la justicia contractual, el control de las cláusulas vejatorias y el reconocimiento de situaciones de coligación negocial. En efecto, la causa fue la herramienta conceptual que, dentro de la teoría general del contrato, por su ambigüedad a la vez que por su ductilidad, permitió atender esas preocupaciones. Paradójicamente, la metamorfosis del concepto de causa suscitó también nuevas críticas que llevaron al legislador francés a optar por la consagración de soluciones jurídicas más precisas y directas para el cumplimiento de las funciones asignadas a la causa antes de la reforma.

Se puede afirmar así que la decisión de suprimir la causa obedeció tanto a razones de política jurídica como de técnica jurídica. Lo primero, porque se eliminó una noción que constituía fuente de incertidumbre en razón de su carácter proteiforme, el cual le restaba atractividad al derecho francés como modelo para una futura unificación o armonización de los ordenamientos contractuales en Eu-

ropa. Lo segundo, porque no se prescinde de sus funciones, sino que para cumplirlas se escogen otros instrumentos más precisos y, en principio, más inteligibles. La reforma opta así por recoger de manera directa las soluciones jurisprudenciales construidas sobre la noción de causa hasta ese momento, tanto en su concepción clásica como en la transformación que experimentó posteriormente. Es así como Wicker indica que los nuevos textos “realizan una identificación más inmediata de las soluciones deducidas con mayor frecuencia de la noción de causa, lo cual va en el sentido de una mejor accesibilidad de la ley”⁵³. Todas las disposiciones son consagradas en una subsección denominada “El contenido del contrato”. Esos mecanismos brindan una mayor seguridad puesto que, lejos de querer introducir otras nociones complejas, instauran soluciones precisas. Sin ánimo de ahondar en cada una de ellas, es necesario mencionarlas para resaltar su correspondencia con los desarrollos de la causa presentados en las primeras líneas de este trabajo.

En primer lugar, el artículo 1169 del *Code civil* preceptúa hoy que “Un contrato a título oneroso⁵⁴ es nulo cuando, al momento de su formación, la contrapartida convenida en favor de aquel que se obliga es ilusoria o irrisoria”. Nótese que la disposición no solamente establece la consecuencia de la teoría clásica de la causa en cuanto a la necesidad de la existencia de una contraprestación, sino que va más allá, pues, acogiendo una comprensión amplia de la causa desarrollada por la jurisprudencia, indica que la contraprestación no puede ser irrisoria. Ello permite sancionar las ventajas prometidas que son insignificantes hasta tal

53 WICKER, GUILLAUME. “La suppression de la cause par le projet d’ordonnance: la chose sans le mot?”, *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1557 s., n.º 2.

54 El artículo 1107 inciso 1 del *Code* dispone: “El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes recibe de la otra una ventaja en contrapartida de aquella que ella procura”.

punto que deben ser consideradas inexistentes⁵⁵. Además, también se exige que la prestación no sea ilusoria, lo cual permite sancionar las prestaciones que, a pesar de la aparente utilidad, en realidad no brindan ninguna ventaja real al contratante. Es el caso del gerente o trabajador de una empresa que, paralelamente, en virtud de otro contrato, asume un compromiso hacia la misma empresa que tiene por objeto obligaciones que él estaba obligado a ejecutar en el marco de la relación contractual previamente establecida. Con claridad, se observa que la concepción clásica de la causa perdura hoy en el ordenamiento francés a través de esta disposición.

Por su parte, el artículo 1162 indica que “el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones, ni por su finalidad, ya sea que esta última haya sido o no conocida por todas las partes”. Se trata, con evidente nitidez, de una aplicación de la causa subjetiva o concreta, pues tiene en cuenta los móviles buscados por una o ambas partes al momento de la celebración del contrato. Nótese que si bien en el derecho colombiano es un principio asentado que la causa ilícita es solamente causa de nulidad cuando el motivo ilícito es conocido por las dos partes⁵⁶, la mentada disposición consagra una regla diferente toda vez que el contrato es susceptible de anulación aun en caso de que el motivo ilícito no sea conocido sino por una sola parte. Esta regla consagra la evolución de la jurisprudencia francesa sobre este punto en las últimas décadas⁵⁷.

En lo concerniente al control de las cláusulas abusivas que, como vimos, fue uno de los factores de transformación

55 TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNEDÉ. *Droit civil. Les obligations*, cit., n.º 409, p. 456.

56 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., n.º 338, p. 283.

57 Véase TERRÉ, LEQUETTE y CHÉNEDÉ. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, cit., n.º 158, p. 123.

de la causa en época reciente, encontramos dos disposiciones que consagran una evolución importante del derecho francés en la materia. Así, el artículo 1170 introducido en la reforma indica que “Toda cláusula que priva de su sustancia a la obligación esencial del deudor se debe reputar no escrita”. Se trata de la causa, no en su sentido primigenio, sino en el de una de las aplicaciones renovadas que realizó la jurisprudencia en la famosa sentencia *Chronopost*, como se puede deducir de la comparación de la letra del artículo con la *ratio decidendi* de la sentencia de ese caso⁵⁸. Esta disposición ha sido objeto de fuertes críticas porque el alcance de dicha fórmula es todavía objeto de discusiones y, por su amplitud, es un instrumento poderoso –y para algunos “peligroso”– en manos del juez. Por su parte, el artículo 1171 consagra la misma sanción para las cláusulas que, insertadas en un contrato de adhesión, crean un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes⁵⁹. Dicha disposición de la reforma rompe con la concepción clásica del *Code civil*, la cual se cimentaba sobre la igualdad y el consentimiento libre y pleno de los contratantes para excluir un control generalizado del equilibrio del contrato⁶⁰.

En fin, debemos mencionar sucintamente el artículo 1886^[61] relativo al fenómeno de coligación, con respecto al

58 *Supra* I.A.2.

59 El artículo 1171 del *Code* indica: “En un contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato es reputada no escrita. / La apreciación del desequilibrio significativo no recae ni sobre el objeto principal ni sobre la adecuación del precio a la prestación” (“Art. 1171.- Dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. / L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation”).

60 REVÊT, THIERRY. “Les critères du contrat d’adhésion”, *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1777-1778.

61 “Art. 1186.- Un contrat valablement formé devient caduc si l’un de ses éléments essentiels disparaît. / Lorsque l’exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d’une même opération et que l’un d’eux disparaît, sont caducs les contrats dont l’exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels

cual, naturalmente, no existía ninguna disposición especial en el *Code civil*, razón por la que, en una época, la conexidad entre varios contratos fue reconocida a través de la noción de causa⁶². Dicha disposición establece que cuando en el marco de una pluralidad de contratos enderezados a la realización de una misma operación económica uno de ellos se extingue, ello tiene como consecuencia la caducidad de los contratos cuya ejecución se tornó imposible debido a ese hecho y para los cuales el contrato extinguido era una condición determinante del consentimiento de la otra parte. Como se ve, la disciplina jurídica de las situaciones de coligación negocial es plasmada directamente, sin necesidad de nociones intermedias. La causa pierde así toda relevancia sobre este punto.

En definitiva, la concepción primigenia de la causa, a la que subyace la exigencia de una justificación o motivo razonable de parte de quien se obliga, así como sus desarrollos más importantes generados durante sus dos siglos de existencia, que impidieron su anquilosamiento pero no su desaparición, fueron integrados en la reforma. Lejos de sacralizar la palabra, el legislador francés consagró –sin mencionarla– a través de reglas particulares sus funciones consolidadas en la jurisprudencia de la Corte de Casación. Claramente, su espíritu pervive en varios artículos de la reforma, sin que esto haya, por supuesto, satisfecho las voces que propugnaban su conservación, las cuales lamentaron que, “venida de lo profundo del tiempo, moldeada por nuestros mejores jurisconsultos, la causa desaparece en razón de aquello que habría debido dictar su conserva-

l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. / La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement".

62 *Supra* 1.A.2.

ción: su edad, su madurez”⁶³. No obstante, como muchos autores lo han afirmado, la palabra desapareció pero la cosa subsiste⁶⁴. Sin duda las nuevas disposiciones no están exentas de críticas, y su alcance y contenido será objeto de discusión, como sucedió en tiempo pretérito con la causa. De cualquier manera, la experiencia francesa constituye un punto de referencia para las discusiones que puedan probablemente presentarse en Colombia en un futuro, en un contexto de reforma del derecho de los contratos. Sin embargo, para evitar una visión monocular, es importante reconocer también el papel que la causa desempeña en otros ordenamientos.

2. La importancia de la causa en otros ordenamientos jurídicos

No cabe duda de que la reforma del derecho francés reafirma la tendencia a la desaparición de la causa de los ordenamientos jurídicos y de los proyectos de armonización en materia de contratos. Así, la causa fue suprimida del código civil peruano de 1984, el cual exige para la validez del contrato –aparte de los requisitos relativos a la capacidad, el consentimiento y el objeto– un fin lícito (art. 140). Ella tampoco se encuentra en el código civil de Paraguay (1985), en el código neerlandés (1992) ni en el código de Brasil (2002). Los proyectos más conocidos de armonización del derecho en materia contractual no mencionan la causa. Nos referimos a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, al Marco Común de referencia para el derecho privado europeo (DCFR), al Código Europeo de los contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos, y a los Princi-

63 TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNÉDÉ. *Droit civil, Les obligations*, cit., n.º 402, p. 448.

64 WICKER. “La suppression de la cause par le projet d’ordonnance”, cit., pp. 1557 s.; GRIMALDI, CYRIL. “Les maux de la cause ne sont pas qu’une affaire de mots”, *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 814 s.

prios Unidroit. Esto puede explicarse en razón de la heterogeneidad de las teorías de la causa en los ordenamientos europeos en los que existe. Se ha afirmado en ese sentido que “la diferencia de ideas acerca de la causa justifica ampliamente la escogencia de no referirse a dicho elemento en la elaboración de codificaciones destinadas a tener una aplicación transnacional”⁶⁵. Por lo demás, sabido es que importantes ordenamientos europeos no conocen la noción de causa, en particular el derecho alemán y el derecho inglés. No obstante, en estos las funciones tradicionales relativas al control de la existencia de una contraprestación en los contratos sinalagmáticos y a la apreciación de la licitud del contrato son realizadas por medio de otros instrumentos jurídicos que tienen en cuenta, en todo caso, la finalidad de las obligaciones contraídas⁶⁶.

No obstante, para marcar un contraste con esa tendencia que muestra el declive de la causa en los ordenamientos civiles cabe mencionar lo que ha sucedido en el derecho argentino y en el derecho italiano. En cuanto al primero, el código civil y comercial –que entró en vigencia en 2015– preserva la causa como condición de formación del contrato y la define, con respecto al acto jurídico, como “el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad”. Y agrega que “También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”. La causa así entendida permite tomar en cuenta intereses particulares de las partes cuando ellos han sido integrados expresamente al acuerdo o, si esto no ha ocurrido así, cuando lo han sido tácitamente siempre y cuando estos sean esenciales para

65 FERRI. “L’‘invisible’ presenza della causa del contratto”, cit., p. 899.

66 STARCK, BORIS; ROLAND, HENRI y BOYER, LAURENT. *Droit civil, Les obligations*, 2, *Contrat*, 6.ª ed., París, Litec, 1998, p. 301.

ambas partes. Por su parte, en el título relativo al contrato, el código argentino le confiere a la causa un alcance temporal más amplio que el tradicional –que la circunscribe a su existencia *ab initio*, al indicar que la “causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución” (art. 1013)–. La causa lícita es igualmente sancionada (art. 1014)⁶⁷.

La experiencia italiana es igualmente significativa comoquiera que ella advierte en nuestros días un resurgimiento importante de la noción de causa⁶⁸. Anotemos primeramente que el *codice civile* de 1942^[69] consagró la causa como uno de los requisitos del contrato (art. 1325). Aunque no la definió, teniendo en cuenta el informe que acompaña al *codice civile*⁷⁰, así como la obra del gran jurista Emilio Betti, la noción de causa fue entendida como la función económico-social que cumple el contrato. Contrariamente a las teorías que buscan la justificación del contrato en la finalidad perseguida por los contratantes, en esta teoría el contrato se justifica en la medida en que realice una función social reconocida por el orden jurídico. Ella es también denominada causa típica, puesto que es idéntica en todos los contratos que pertenecen a la misma categoría⁷¹. La causa

67 Art. 1014: “Causa ilícita. El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido”.

68 Véase, p. ej., LA ROSA, ELENA. *Percorsi della causa nel sistema*, Turín, Giappichelli, 2014; BARCELLONA, MARIO. *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milán, Cedam, 2015.

69 El *codice civile* de 1865, siguiendo el modelo del código francés de 1804, se refería a la causa de la obligación (art. 1104), entendida, como en derecho francés, según la concepción objetiva. Véase GUAGLIONE, LUCIANO. *Il contratto*, Turín, Giappichelli, 2018, p. 301.

70 Ministero di Grazia e Giustizia. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*.

71 ROPPO, VINCENZO. *Diritto privato*, 6.ª ed., Turín, Giappichelli, 2018, p. 406.

cumple, entonces, una función de individualización de los tipos legales. Si el acuerdo no encaja en esos tipos legales, el artículo 1322 inciso 2 prescribe que el contrato debe estar enderezado a realizar intereses merecedores de tutela de conformidad con el ordenamiento jurídico.

La teoría funcionalista de la causa se enuncia hasta nuestros días en jurisprudencia y doctrina. No obstante, lo cierto es que la doctrina italiana, en los años que siguieron a la expedición del código civil, realizó críticas importantes, en particular dirigidas a resaltar la poca utilidad práctica de dicha concepción. En efecto, esta concepción abstracta menguaba la utilidad de la causa comoquiera que, si el acuerdo concluido por las partes se engastaba en uno de los moldes de las figuras típicas, bastaba dicha constatación para afirmar su validez⁷². Nótese, además, que los intereses concretos de los sujetos negociales no eran tomados en cuenta bajo dicha construcción. Así las cosas, la doctrina posterior pensó la causa de manera diferente. En particular, Ferri identificó la causa con una función no social sino individual y con la idea de una causa no abstracta sino concreta, y la definió como la función económico-individual que cumple el contrato⁷³. Esta concepción de la causa, denominada causa concreta, ha sido definida como los intereses que el contrato concluido

72 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 688, p. 62: “Lo cual quiere decir, sin más, que la disposición del caso corresponde a una de las figuras o tipos legales o sociales aceptados por la comunidad, que por lo mismo, es conforme al ordenamiento. Es decir que la causa se superpone al tipo contractual o, mejor, se identifica con él”, lo que ha llevado a algunos a considerarla, no como la función social en abstracto, sino como la concreta función que las partes han querido imprimirle al contrato, y que, en esas condiciones, podrá resultar ilícita si son ilícitos los intereses efectivamente perseguidos, con una evidente subjetivación del concepto, no obstante la objetividad propia del funcionalismo”.

73 FERRI, GIOVANNI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1968.

por las partes se dirige en concreto a realizar”⁷⁴, o bien como los intereses que son la específica razón justificativa de un determinado contrato⁷⁵. Ella ha cobrado relevancia en las últimas décadas debido a que, tras decenios en los que la jurisprudencia acogió el concepto de causa como la función económico-social del contrato, desde el año 2006 la Corte de Casación italiana la ha entendido como la causa concreta del contrato. En particular, en una sentencia hito definió la causa como “el fin práctico del negocio, la síntesis de los intereses que él está concretamente dirigido a realizar”⁷⁶.

La noción de causa concreta permite considerar los intereses concretos perseguidos por las partes al momento de concluir el contrato. No solamente se trata de apreciar si la función económica-individual que cumple es merecedora de la tutela del ordenamiento, sino que, más importante aún, permite considerar la ventaja, provecho o utilidad que persigue cada una de las partes por medio de la celebración del negocio. Por consiguiente, dicho interés debe ser tenido en cuenta no solamente para verificar la realidad de la ventaja que espera recibir el contratante sino, más allá, para salvaguardar el interés de las partes cuando una cláusula o la conducta de una de ellas lo contradice o pone en riesgo su realización. Dicha noción de causa concreta ha sido así utilizada por la jurisprudencia italiana para apreciar el merecimiento de tutela de las cláusulas atípicas insertadas en un tipo contractual particular⁷⁷.

En fin, importa resaltar los puntos comunes sobresalientes del derecho francés antes de la reforma y del derecho italiano de nuestros días. En particular, dejando atrás las

74 BIANCA, C. MASSIMO. *Diritto civile*, t. 3, *Il contratto*, 3.^a ed., Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, n.º 221, p. 410.

75 ROPPO. *Diritto privato*, cit., p. 406.

76 Italia. Corte de Casación, Sección III. 8 de mayo de 2006, n.º 10490.

77 Véase FORNASARI, RICCARDO. “La meritevolezza della clausola ‘claims made’”, *Responsabilità civile e previdenza*, n.º 4, 2017, pp. 1372 s.

concepciones abstractas de la causa, estos dos ordenamientos han dado lugar a valoraciones más concreta de la causa, lo que conduce al mismo tiempo a hacer más operativa la noción. En efecto, las concepciones tradicionales fueron objeto de críticas no solamente en lo referido a la prescindencia de la noción de causa en la teoría general del negocio jurídico o del contrato, sino también en razón de su poca utilidad práctica dado su carácter rígido y abstracto. La doctrina y la jurisprudencia, conscientes de la potencialidad de la noción y de la posibilidad de tornarla más operativa, incitaron su transformación a través de la evolución en su comprensión y la asignación de nuevos roles en materia contractual. Dicha renovación condujo a lo que se ha denominado de manera imprecisa la “subjetivación de la causa”⁷⁸, esto es, la apreciación de los intereses determinantes de las partes, no solamente para examinar la licitud del negocio y con ello proteger los intereses generales de la sociedad, sino para el cumplimiento de otros fines que consideran los intereses particulares de los sujetos negociales e implican la intervención del juez en el contrato, tales como la sanción de contratos fuertemente desequilibrados, la exclusión de cláusulas abusivas o la apreciación de la utilidad económica del negocio. Sin duda, la trayectoria de la causa en estos países constituye un punto de referencia para las discusiones que puedan presentarse en tiempos de voces reformadoras del derecho colombiano o en el marco de los proyectos de armonización del derecho latinoamericano de los contratos.

78 Parecería más preciso referirse a la concreción o concretización de la causa (véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), o simplemente a la causa concreta, y no a la subjetivación de la causa, pues no se trata de una causa subjetiva. Como lo indica, HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, n.º 687, p. 59, la causa “es de todo todos modos *objetiva*, al punto que si se echa mano de los motivos (causa subjetiva), estos no adquieren relevancia si no son conocidos, o más aún, si no ‘se han convenido’, esto es, si no forman parte del contenido negocial”.

Para ello debemos primeramente reconocer el papel que la causa ha desempeñado en nuestro ordenamiento.

II. LA NOCIÓN DE CAUSA EN DERECHO COLOMBIANO

La jurisprudencia y la doctrina colombiana han seguido la teoría de la causa expuesta en el derecho francés, sin embargo, el camino que ella ha recorrido en nuestro derecho es singular. Sin lugar a duda, se trata de una figura emblemática de nuestro derecho. No obstante, su rol ha sido discreto y, al margen de las críticas conocidas de la corriente anticausalista, ella no ha sido objeto de discusiones importantes en tiempos recientes, lo que no impide reconocer su potencialidad para cumplir funciones diferentes de aquellas que le han sido tradicionalmente atribuidas en nuestro ordenamiento. Así las cosas, es importante en un primer tiempo estudiar el rol que ha desempeñado la causa en nuestro derecho (A). Hecho esto, en un segundo tiempo podremos analizar, con un enfoque prospectivo, la utilidad o no de mantener la noción en una eventual reforma del derecho de contratos en Colombia (B).

A. La apreciación de la causa en derecho colombiano

El código civil colombiano consagra la causa como un requisito de validez del contrato (art. 1502). Sin embargo, a diferencia del *Code* de 1804, Andrés Bello definió la noción de causa, al parecer tomando como referencia la doctrina francesa de la época, particularmente a Claude Delvincourt⁷⁹. Nuestro artículo 1324 inciso 1 indica: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por

79 GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. “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”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII, Valparaíso, 2001, p. 2019.

causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". A pesar de estar así definida, la amplitud y ambigüedad de sus términos conduce a que las discusiones en torno a ella sean las mismas que en otros ordenamientos, y a que el llamado a la doctrina foránea sea frecuente, aún hoy, para explicar su alcance. Al respecto, debemos decir que, siguiendo muy de cerca y de manera constante el derecho francés, la jurisprudencia de la llamada "Corte de Oro" contribuyó a delinear la noción de causa en nuestro ordenamiento, entendiéndola como el móvil determinante que persiguen las partes al momento de celebrar el contrato⁸⁰. Posteriormente, a un desvanecimiento de la noción en las sentencias de la Corte Suprema durante el último cuarto del siglo xx siguió su resurgimiento en el inicio de nuestro siglo, cuando fue empleada para fundar teóricamente situaciones de coligación negocial (1). Solamente una vez trazada la evolución de la causa en nuestro ordenamiento podremos apreciar sus rasgos distintivos y hallar los puntos de diferencia y semejanza con lo sucedido en el ordenamiento francés (2).

1. La evolución de la causa en derecho colombiano

A pesar de la definición de causa que figura en la obra de Bello, la cual hubiese permitido una interpretación original por la jurisprudencia colombiana, lo cierto es que esta ha traído de antaño los aspectos teóricos del derecho francés para darle contenido al artículo 1324 del código civil. Nuestra Corte Suprema ya en una sentencia del 13 de octubre de

80 Véase PADILLA, JORGE; RUEDA, NATALIA y ZAFRA, MÁLORY. "Labor creadora de la jurisprudencia de la 'Corte de Oro'. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2014, pp. 108 s.

1897 traía a colación la teoría clásica de la causa⁸¹. Posteriormente, en franco seguimiento a la jurisprudencia francesa, la Corte de Oro admitió que por causa han de entenderse los móviles determinantes que condujeron a las partes a contratar. Expresamente indica el alto tribunal que la noción de causa consagrada en el artículo 1324 del código civil es aquella concebida por la jurisprudencia francesa luego de la promulgación del *Code civil*⁸², la cual se aleja de la teoría clásica expuesta por Domat –la contraprestación que espera recibir cada uno de los contratantes en los contratos sinalagmáticos–, pero no la excluye sino que la complementa⁸³. La definición de nuestro código permitía así cobijar tanto la causa en su acepción objetiva o abstracta como en aquella de causa subjetiva o concreta, la cual se refiere a la intención o móviles determinantes perseguidos por los contratantes, siendo el juzgador quien en cada caso determina cuál de

81 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 13 de octubre de 1897, M.P.: M. Arango, *GJ*, t. XIII, p. 110: “Por otra parte, las causas del contrato de compraventa del lote de tierra de Santiago y Tenerife no son las que supone el apoderado de la recurrente, porque por causa se entiende el motivo inmediato que induce a las partes a contratar, es decir, que la causa de la obligación para el vendedor es la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador, la adquisición de dicha cosa; por ser esos, respectivamente, los motivos inmediatos que tuvieron para celebrar el contrato, sin que deban tenerse en cuenta los motivos mediatos de la obligación de cada parte”.

82 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 7 de octubre de 1938, *GJ*, t. XLVII, p. 252: “La tesis sostenida por la escuela jurisprudencial francesa ha venido a ser la consagrada por nuestro código civil, cuando en su artículo 1511 habla del error de hecho en una calidad del objeto, que vicia el consentimiento cuando esa calidad fue el principal motivo que tuvo una de las partes para contratar y tal motivo fue conocido de la otra parte. Igualmente acepta la misma concepción cuando el artículo 1524 *ibidem* define la causa como el ‘motivo que induce al acto o contrato’”.

83 *Ibid.*, p. 252: “Como consecuencia de la doctrina consagrada en nuestro derecho positivo, la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a este hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación. El acto volitivo obedece fatalmente a móviles que han inducido la voluntad y han sido conocidos de las partes” (cursiva nuestra).

las dos es pertinente aplicar al caso concreto⁸⁴. Además, se excluye toda relevancia de los motivos individuales de las partes⁸⁵.

Ahora bien, a diferencia de la jurisprudencia francesa, la Corte colombiana en sus primeras sentencias no circunscribe la causa subjetiva o concreta a la función de apreciación de la licitud del contrato, sino que tiene en cuenta el interés concreto perseguido por los contratantes para controlar la ejecución efectiva de la contraprestación⁸⁶. Así, en una sentencia del 21 de noviembre de 1935, la Corte estudia el caso de dos personas que se constituyeron fiadores de unos títulos valores (libranzas) girados a favor del Tesoro General (equivalente a la actual DIAN) para el pago de un impuesto de aduana. Dichos títulos valores fueron otorgados por los importadores con el propósito de que las mercancías provenientes del exterior fueran entregadas inmediatamente. Pese a ello, en un primer momento el Tesoro General no los acepta y no entrega las mercancías. Finalmente, estas son entregadas gracias a la mediación de la representación diplomática del país del cual procedían las mercancías.

84 Por ejemplo, en Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 11 de septiembre de 1935, *GJ*, t. XLII, p. 498. La Corte indica que en el caso *sub iudice*, donde se debe determinar si lo que celebraron las partes fue un contrato de compraventa o uno de mutuo, “la atención debe de preferencia dirigirse hacia ese móvil preciso llamado intrínseco por unos tratadistas, orgánico por otros y aun intencional por otros, en atención a que llega a confundirse con la intención misma, y que es lo reputado como causa en el contrato, desde el punto de vista de la teoría clásica”.

85 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 6 de noviembre de 1943, M.P.: Ricardo Hinestrosa Daza, *GJ*, t. LVI, p. 248: “Por causa no puede entenderse el móvil o conjunto de móviles más o menos remotos o mediatos, sino, como lo define dicho Código en su Art. 1524: ‘El motivo que induce al acto o contrato’. Así, por ejemplo, quien toma en arriendo una casa porque cree que circunstancias de familia o el giro de sus negocios o un empleo que se le va a dar le impondrán establecerse en el lugar de ubicación de esa casa, no puede demandar la nulidad del contrato a pretexto de falta de causa, porque no sobrevenga la situación de familia o de negocios aludidas o no le llegara el nombramiento esperado”.

86 *Supra* 1.A.1.

Posteriormente, ante el incumplimiento del pago del impuesto, el Tesoro General incoa demanda de pago contra los fiadores. La Corte la desestima indicando que la obligación contraída por estos tenía por objetivo la entrega inmediata de las mercancías y que, como no se accedió a ello, mal podía ahora demandar su pago a estos, pues esto “pugnaría abiertamente con la equidad y la noción de causa que debe informar los contratos en su celebración, interpretación y ejecución”⁸⁷. En otra sentencia, del 7 de octubre de 1938, respecto de un contrato de permuta en el que las partes se habían obligado a liberar los bienes inmuebles permutados de las hipotecas que los gravaban, la Corte indica que el móvil de las partes era la cancelación de las hipotecas, el cual hacía parte de la esencia del contrato. El incumplimiento de dicha obligación por una de las partes daba lugar, entonces, a la resolución del contrato por incumplimiento⁸⁸.

La Corte en estas sentencias parece emplear la causa según una función original, pues ella permite tener en cuenta los móviles determinantes de las partes para verificar si la ejecución del contrato permitió alcanzarlos. En los casos mencionados precedentemente se trataba del afianzamiento de unos títulos valores con el objetivo de que se entregaran inmediatamente las mercancías y del levantamiento de las hipotecas de los bienes permutados, respectivamente. Es claro que estos móviles no corresponden a la causa objetiva o abstracta –idéntica para cada tipo de contrato– de los con-

87 Colombia. Corte Suprema de Justicia. 21 de noviembre de 1935, *GJ*, t. XLIII, pp. 253 s.

88 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 7 de octubre de 1938, *GJ*, t. XLVII, p. 252. En realidad, su empleo de la noción de causa es aquí superfluo porque, al existir una cláusula que obligaba a ambas partes a liberar los bienes inmuebles permutados de las hipotecas, el comportamiento reticente de una de ellas constituía claramente un incumplimiento grave del contrato que daba lugar a su resolución.

tratos de fianza⁸⁹ y permuta⁹⁰, sino a los intereses específicos que buscaban las partes al momento de concluir el contrato. Dicho entendimiento ampliaba enormemente el alcance práctico de la noción, pues el empleo de la causa subjetiva o concreta no se limitaba a la apreciación de la licitud del contrato –función a la que la circunscribía la jurisprudencia francesa–, sino que permitía tener en cuenta el interés que guio a las partes en la celebración del contrato. Si esta concepción hubiese trascendido en el tiempo, ella hubiese tenido no solamente un carácter novedoso sino además repercusiones prácticas notables.

Sin embargo, posteriormente la Corte Suprema extrapola a nuestro ordenamiento la concepción dual de la causa que había sido decantada por la doctrina francesa de la época, la cual distinguía sus funciones según dos concepciones: en aquella objetiva o abstracta sirve para verificar la existencia de la contraprestación, mientras que en aquella subjetiva o concreta es útil para apreciar la licitud de la operación⁹¹. Se afirma expresamente en sentencia del 14 de julio de 1953:

89 La identificación de la causa en los contratos de fianza ha sido objeto de debate. Véase TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNÉDÉ. *Droit civil. Les obligations*, cit., n.º 417, p. 470. En un contrato de fianza remunerada la causa de la obligación del fiador es la obligación correlativa que asume el deudor principal de pagarle una remuneración por su servicio como fiador. En cuanto al contrato de fianza no remunerado, para algunos, la causa de la obligación del fiador es su intención liberal que lo anima a garantizar el pago de la obligación asumida por el deudor principal. Para la corriente mayoritaria, la causa de la obligación del fiador reside en la ventaja que obtiene el deudor principal, que consiste las más de las veces en un préstamo de una suma de dinero o en la existencia de una obligación anterior, que en este caso es la obligación contenida en los títulos valores suscritos por los importadores a favor del Tesoro Nacional.

90 En el contrato de permuta la causa de las obligaciones de las dos partes es idéntica: la obligación que asume la otra parte de transferir la propiedad y entregar del bien permutado.

91 *Supra* 1.A.1.

Los móviles determinantes del acto sirven para conocer si la causa del contrato es lícita o ilícita (Planiol y Ripert, t. 6, n.º 256). En este sentido debe entenderse el concepto de Josserand: “el acto es apreciado en función de los móviles que lo han inspirado y la finalidad que persigue”. Se trata de la calificación de la causa. Su existencia está determinada por la de las recíprocas contraprestaciones. Si hubo precio serio y objeto cierto, la existencia de la causa es evidente; pero se investigan los móviles determinantes para saber si ella fue lícita o ilícita⁹².

En sentencias posteriores, la Corte reafirma la coexistencia de la causa abstracta, que es idéntica en cada categoría de contrato, y la causa subjetiva según la teoría de los móviles determinantes, que es variable y apunta a salvaguardar la moralidad en las relaciones contractuales⁹³. Sin duda, la noción de causa así entendida permitía un delineamiento diáfano de su rol en materia contractual; no obstante, su utilidad práctica se redujo enormemente ya que la causa entendida como la contraprestación del cocontratante es aplicada raramente en la práctica. Muestra de ello es el contraste entre la profusión de sentencias de la Corte Suprema desde los tiempos de la Corte de Oro hasta los años sesenta y su escasez en las últimas décadas del siglo xx, cuando parece perder relevancia al desaparecer de los anales de la Corte.

Sería necesario esperar el comienzo de nuestro siglo para evidenciar un resurgimiento de la causa a través del reconocimiento de situaciones de coligación negocial, que revela –aunque en medida mucho menor si se compara con lo ocurrido en derecho francés– un fenómeno de renovación de la causa en nuestro ordenamiento. Concretamente, la

92 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 14 de julio de 1953, M.P.: Alfonso Bonilla Gutiérrez, *GJ*, t. LXXV, p. 584.

93 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 24 de abril de 1961, M.P.: José J. Gómez, *GJ*, t. xcv, p. 471.

Corte Suprema de Justicia desde 1999, trayendo a colación las enseñanzas de la doctrina foránea, en particular la italiana, ha echado mano de la causa para dar asiento teórico al denominado fenómeno de la coligación negocial⁹⁴. Se trata de una jurisprudencia consolidada, pues ha sido reiterada en sentencias posteriores⁹⁵. Recogiendo la evolución en la materia, en una sentencia del 15 de noviembre de 2017 la Corte afirma:

[La] definición de una coligación depende, entonces, de la existencia de una causa supracontractual relativa a la operación negocial que, en definitiva, persiguen los interesados, claramente indicativa de que los contratos agrupados están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente; y del mantenimiento de las causas propias de los convenios añadidos, independientemente considerados, de forma que en relación con cada uno de ellos pueda seguir visualizándose su existencia jurídica autónoma⁹⁶.

94 Colombia. Corte Suprema de Justicia. 6 de octubre de 1999, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, rad. 5224. En esta sentencia, la Corte cita la obra de Francesco Galgano sobre el negocio jurídico, en la que se afirma que el criterio de distinción de los contratos coligados es la existencia de “una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja”.

95 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 25 de septiembre de 2007, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo, exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01. En esta sentencia indica la Corte que “la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio”. Luego de citar la obra de Massimo Bianca, quien se refiere a la causa como el “interés globalmente perseguido por la operación” y al “interés inmediato, autónomamente identificable” de cada contrato, la Corte, con el fin de adaptar la construcción de la doctrina italiana a la definición de causa de nuestro código civil (art. 1324), se refiere a “la existencia de un motivo supracontractual, esto es, un móvil que, en general, sirve de apoyo a la celebración de la operación económica, *in complexu*”.

96 Colombia. Corte Suprema de Justicia. sc18476-2017, 15 de noviembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García. Más recientemente, Colombia. Corte Suprema de Justicia. SC5690, 19 de diciembre de 2018, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta.

Teniendo en mente lo anterior, podemos afirmar que a las funciones clásicas de verificación de la existencia de una contraprestación o de apreciación de la licitud de los motivos de las partes se añade recientemente su utilidad para identificar el vínculo que ata a una pluralidad de contratos que concurren a la realización de una sola operación económica. Es una función atribuida a la causa en el ordenamiento italiano⁹⁷ y que no fue ajena al ordenamiento francés antes de la reforma de 2016. Esta es el rol más preeminente de la causa en la actualidad. Se trata de la causa en una concepción diferente a las tradicionalmente expuestas en la jurisprudencia y la doctrina colombianas. En efecto, en este caso la causa, teniendo en cuenta que la Corte la explica con apoyo en la doctrina italiana, puede ser entendida de manera precisa, como el interés concreto que persiguen las partes en el momento de la conclusión del contrato. Aún más, esa concepción de la causa puede no solamente identificarse en las sentencias relativas a la coligación negocial⁹⁸, sino también en un reciente pronunciamiento en el que la Corte Suprema examinó una solicitud de pago de un seguro por hurto de un automóvil que en el momento del hecho se encontraba bajo la medida cautelar de embargo⁹⁹. En el caso se discutía el alcance de una cláusula que excluía la cobertura de las pérdidas o daños al vehículo cuando este fuera secuestrado, embargado o decomisado. Para descartar la interpretación sugerida por la aseguradora, según la cual la póliza no cubría el hurto cuando el automóvil hubiese sido objeto de una medida de embargo, la Corte indica que “aceptar dicha tesis restaría vigencia a la póliza durante la práctica de un embargo, secuestro o decomiso, inobservando que el robo es uno de los *principales motivos* que da lugar

97 BIANCA. *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., n.º 235, p. 437.

98 *Supra* II.A.1.

99 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC129-2018, 12 de febrero de 2018, M.P.: Aroldo Wilson Quiroz.

a la adquisición del seguro”, así como también implicaría “que el deudor perdería la garantía, *móvil determinante* como cual más para adquirir la póliza”. La Corte agrega que dicha interpretación tornaría vejatoria la cláusula en la medida en que “*varios de los fines* para los cuales adquirió el seguro terminan siendo frustrados, a raíz de una cláusula de exclusión que *ab initio* desvirtúa dicho propósito”¹⁰⁰. Aunque la Corte no menciona el artículo 1324 del código civil, el argumento total es que la interpretación de la aseguradora desvirtuaría –o contradeciría– los móviles determinantes del adquirente de la póliza, lo que corresponde a una apreciación concreta de la causa del contrato.

Acogiendo dicha noción de causa, nuestra jurisprudencia se alinea a la tendencia del derecho francés –antes de la reforma– y del derecho italiano orientada a renovar la noción de causa para resolver cuestiones del derecho contemporáneo de los contratos, en particular por la vía de una apreciación concreta de la causa, la cual, sin duda, tiene un campo operativo más importante que la causa en su sentido meramente abstracto, sea que se entienda esta como la finalidad inmediata que persigue cada contratante, que reside en los contratos sinalagmáticos en la prestación correlativa a la que está obligado su cocontratante y que es idéntica para cada categoría de contrato, sea como la función económico-social reconocida por el orden jurídico que cumple cada tipo contractual. Este panorama de la trayectoria de la causa nos permite apreciar la importancia de la causa en nuestro ordenamiento.

2. El resurgimiento de la causa en derecho colombiano

La experiencia colombiana en materia de causa del contrato es singular. Aunque, a diferencia del código civil francés,

100 Todas las cursivas son nuestras.

Bello consagró una definición de causa, la amplitud de sus términos permitió que la Corte Suprema se inspirará largamente de la doctrina extranjera para fijar su contenido. La definición del artículo 1324 fue así identificada con la teoría de los móviles determinantes desarrollada por la jurisprudencia francesa, sin excluir de su comprensión la teoría objetiva expuesta por Domat. Así entendida, la Corte de Oro le otorgó a la causa un alcance práctico importante, ya que esta era utilizada a efectos de tener en cuenta los intereses particulares de los contratantes. Sin embargo, en la década de 1950, al acoger la concepción dual decantada por la doctrina francesa, la consideración de los móviles determinantes se circunscribió a la apreciación de la licitud del contrato. Así delineadas las funciones, ella perdió relevancia. No obstante, a partir de 1999 dicho concepto resurgió al servir de base teórica al reconocimiento de los fenómenos de la coligación contractual.

Sabido es que los más importantes civilistas de nuestro país retomaron los argumentos clásicos de la corriente anticausalista para relevar la inutilidad de la causa como requisito de validez del contrato¹⁰¹. El Maestro Hinestrosa, por su parte, manteniendo la misma línea desde sus pri-

101 VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil. De las obligaciones*, t. III, reimpr. de la 10.ª ed., Bogotá, Temis, 2015, § 34; OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., 2.ª reimp., Bogotá, Temis, 2014, n.º 302 s. Véase PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Teoría general de las obligaciones*, vol. 1, Parte 1, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1953, n.º 136, p. 316, donde, luego de aclararse que en los actos jurídicos unilaterales y en los contratos a título oneroso solo juega la teoría de los móviles, como lo expuso Josserand, se adhiere a la teoría unitaria que concibe la causa como “un solo y único concepto con dos funciones distintas en apariencia” y que considera que “en los contratos bilaterales, el móvil del negocio jurídico está compuesto tanto de la consideración del motivo determinante como de la contraprestación en sí misma, ya que ésta es tan propulsora de la voluntad del contratante como lo pudiera ser el propio motivo. O, dicho en otras palabras, que en los contratos bilaterales nadie se obliga por el solo motivo, sino también porque espera recibir una contraprestación”.

meros escritos sobre el tema¹⁰², se apoya en la definición de negocio jurídico para negar la utilidad de la causa. Superando la dicotomía entre la tendencia subjetiva, que es aquella finalidad inmediata que persiguen los sujetos, la cual es objetiva, invariable dentro de cada tipo particular¹⁰³, y la tendencia objetiva, que es la causa función, según la cual el negocio debe cumplir una función económico-social reconocida por el orden jurídico, el autor pone de presente que los particulares pueden disponer de sus intereses, pero no lo pueden hacer de manera arbitraria, sino según moldes que el ordenamiento o la sociedad les indican, de tal suerte que “existe una coincidencia entre la finalidad práctica del comportamiento particular y la finalidad que la figura utilizada representa, coincidencia impuesta por el orden jurídico”¹⁰⁴. Por ello, cuando los particulares disponen de sus intereses lo hacen de acuerdo a un tipo legal o social que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico y, por esto mismo, cuando el acto dispositivo satisface dicho modelo, la causa no puede considerarse como un elemento aparte, sino que se identifica con la definición de negocio, de manera que ella no es sino la repetición inútil de este¹⁰⁵. Todas las funciones atribuidas a la causa se hallan, entonces, en la configuración del negocio jurídico que las partes celebraron. Y, por ello, si “no se llega a establecer conformidad entre la definición de la figura y lo que los particulares muestran como ejemplo suyo, es decir, si no recorren a plenitud la respectiva definición, no hay negocio, y su ausencia (inexis-

102 HINESTROSA, FERNANDO. “El negocio jurídico y la causa”, en *Escritos varios*, Bogotá, Umaña Trujillo, 1983, pp. 325 s.

103 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 691, p. 69: “La tendencia subjetiva presenta una causa (la verdadera causa para ella es la final), que a la vez es necesariamente objetiva, invariable dentro de cada tipo de contrato, característica, motivación genérica de la disposición particular”.

104 *Ibid.*, n.º 691, p. 69.

105 *Ibid.*

tencia) no se debería entonces a ‘falta de causa’, sino a la no realización del concreto acto de autonomía”¹⁰⁶.

Ahora bien, a diferencia del derecho francés, en nuestro ordenamiento contractual, aparte de su función clásica de control de la existencia de la contraprestación, ella nunca ha constituido un instrumento que permita asegurar relaciones contractuales más equilibradas o verificar la idoneidad de los contratos para obtener la utilidad económica querida por las partes. Mantenido en el marco de las funciones tradicionales, aparte de las críticas de nuestros autores anticausalistas, la causa, en verdad, no ha sido objeto de debates importantes en el derecho colombiano. Aunque sigue siendo una institución emblemática, su rol en la práctica es discreto y pacífico, sobre todo si se le compara con las vicisitudes que experimentó en derecho francés o con las discusiones de las que es objeto hoy en el derecho italiano¹⁰⁷. Para ser más claros: si en el país galo la causa despuntó por su utilidad para preservar el equilibrio del contrato, en derecho colombiano sus aplicaciones son puntuales y en ningún modo generan un efecto perturbador. Y cuando en Francia o en Italia se le han atribuido funciones que podríamos denominar heterodoxas, pues se alejan de las construcciones generalmente admitidas, la Corte Suprema colombiana solo ha impulsado su renovación en lo que toca con la identificación de la coligación negocial, a semejanza de lo ocurrido sobre este mismo punto en dichos ordenamientos. De cualquier manera, los ordenamientos

106 *Ibid.* Y agrega: “Por lo demás, entendida la causa como justificación de la disposición de intereses, el empeño en tenerla como elemento indispensable no trasciende el contrato de cambio. En efecto, tómesela en el sentido que se quiera, la causa no tiene nada que hacer en los negocios unilaterales (p. ej., procura, ratificación, terminación unilateral), como tampoco en los colectivos, y menos en los no patrimoniales, especialmente en los de familia”.

107 Véase ROPPO, VINCENZO. “Causa concreta: una storia di successo?”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 499 s.

jurídicos que hemos mencionado, incluido el colombiano, revelan que el paso del tiempo tiende a privilegiar la utilidad práctica de la causa, la cual es más fácilmente alcanzable por la vía de una concepción concreta de la causa.

Si en la hora actual la Corte Suprema solamente la utiliza para el reconocimiento de fenómenos de coligación negocial, no es menos cierto que la experiencia francesa revela la potencialidad de la causa para cumplir funciones diferentes a las consolidadas en nuestra jurisprudencia. Por el momento, sin embargo, la Corte no parece dar muestras de ir más allá, y no se vislumbra su instrumentalización para asegurar una protección de los intereses de las partes en lo relativo al equilibrio contractual, a la exclusión de las cláusulas abusivas o a la coherencia interna del contrato, como sucedió en el derecho francés. Este panorama permite plantear el interrogante sobre la preservación o no de la causa en una visión prospectiva del derecho colombiano.

B. El futuro de la causa en nuestro ordenamiento

La causa es una de las herramientas conceptuales que permite al ordenamiento jurídico definir su relación frente a la disposición de intereses de los particulares. La exigencia conforme a la cual la persona que contrae una obligación lo hace según un motivo razonable, que consiste las más de las veces en recibir algo a cambio, así como la apreciación del interés o de la finalidad que guía a la persona en su quehacer jurídico, está presente en todos los ordenamientos. En efecto, sin importar la latitud, la autonomía contractual no prima de manera irrestricta, sino que está sometida a un control de observancia de la legalidad y, además, a la exigencia de un principio elemental de equilibrio y de justicia contractual. Partiendo de la idea de que las funciones que desempeña la causa en los ordenamientos jurídicos que la contienen son imprescindibles, la pregunta fundamental es aquella orientada a determinar si se debe mantener la

causa como aquella noción única pero polifuncional o si, por el contrario, a semejanza el derecho francés, ha de ser sustituida por soluciones precisas en disposiciones especiales. Ciertamente, ello permite en principio una mejor inteligibilidad de las reglas jurídicas (1). No obstante, frente a la imposibilidad de la plenitud de las reglas incorporadas en el ordenamiento jurídico, a semejanza de otras nociones indeterminadas como la exigencia de la buena fe o el respeto de las buenas costumbres, la causa constituye un instrumento maleable en manos del juez, carácter que permite dar respuesta a preocupaciones contemporáneas a través de la resolución de casos particulares. Indudablemente, su fuerza expansiva puede ser a su vez blanco de críticas. Este es uno de los elementos que debe tener en cuenta el legislador para asumir una postura frente a la cuestión planteada sobre la conveniencia de preservar la causa en una reforma en materia contractual en nuestro país (2).

1. La posible incorporación de las funciones consolidadas en disposiciones particulares

El derecho francés y los proyectos de armonización del derecho contractual europeo enseñan que las funciones atribuidas tradicionalmente a la causa pueden ser sustituida por reglas jurídicas precisas en disposiciones particulares¹⁰⁸. Este método tiene una evidente virtud en términos de claridad y accesibilidad para los actores del mundo jurídico, en particular para el juez, que se ve dotado de herramientas

108 Véase HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 708, p. 105: "Repasando el desarrollo de la teoría de la causa, observando el estado actual de la cuestión y teniendo en cuenta tanto las explicaciones históricas como la manera de administrar hoy el concepto y las respuestas de los ordenamientos que prescinden de él, puede concluirse diciendo que las cuestiones a las cuales ha atendido tradicionalmente bien pueden ser resueltas sin ese rodeo, directamente".

precisas para responder a las cuestiones medulares de la contratación moderna a las que hemos hecho referencia en este escrito. De igual manera, esas reglas particulares también traslucen los principios del ordenamiento jurídico que el juez en su quehacer jurídico está llamado a salvaguardar. Claramente, esto no quiere decir que estas disposiciones estén exentas de discusión en su interpretación y su alcance.

La instauración de disposiciones particulares es oportuna tratándose de las soluciones consolidadas en la jurisprudencia con fundamento en la causa. Con respecto a la función de control de la existencia de una contraprestación en los contratos sinalagmáticos, nuestro código de comercio de 1971 brinda un ejemplo en este sentido. En efecto, en el artículo 872 preceptúa que cuando “la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. El término “prestación” debe ser entendido en el sentido de integrar cualquier ventaja o beneficio recibido por el cocontratante. Por lo demás, la prestación irrisoria permite cubrir los casos de prestaciones inexistentes o que, aunque en apariencia son reales, en realidad son exiguas o una mera ilusión¹⁰⁹. El ejemplo típico es el de la cesión de una patente que tiene una utilidad escasa o inexistente. Dicha disposición es importante para asegurar la existencia de un equilibrio mínimo entre las prestaciones recíprocas pactadas¹¹⁰. Una regla semejante podría ser retomada en una reforma futura que unifique los ordenamientos civil y comercial. Empero, ella no es suficiente, puesto que la inquietud en torno a la preservación del equilibrio de las

109 Como se mencionó antes, el artículo 1169 del *Code civil* preceptúa hoy: “Un contrato a título oneroso es nulo cuando, al momento de su formación, la contrapartida convenida en favor de aquel que se obliga es ilusoria o irrisoria”.

110 Además, como lo sostuvieron los anticausalistas, aunque la causa antes que un elemento material es uno volitivo, en la mayoría de los casos la exigencia de un objeto (art. 1502, 3, c.c.) basta para controlar la existencia de la contraprestación.

relaciones contractuales va más allá de asegurar la ausencia de una contraprestación irrisoria o ilusoria. En efecto, en los contratos modernos los desequilibrios se presentan en formas más complejas, como en las cláusulas abusivas o el abuso de situaciones de dependencia económica. Con respecto a la causa en su función de control de la licitud del negocio, bastaría apelar a la aplicación directa de la prohibición de contrariar “por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” (art. 16 del código civil)¹¹¹. O, a semejanza de otros ordenamientos, podría integrarse una regla que, sin necesidad de una noción intermedia, permita al juez sancionar directamente los contratos contrarios al orden público y a las buenas costumbres¹¹².

En lo que toca a la consideración de la causa para explicar la interdependencia de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos, en particular la excepción de inejecución, la liberación del deudor en caso de incumplimiento debi-

111 Para Hinestrosa, la ilicitud radica las más de las veces en el objeto o el contenido del acto dispositivo de intereses. Cuando estos remedios son insuficientes, se debe examinar los motivos, sin embargo, estos no pueden ser confundidos con la causa. En efecto, dice el autor, “la causa, tal como se la define por las varias escuelas, no puede ser ilícita, y [...] lo que se ha entendido y tomado por tal son los motivos determinantes, cosa distinta de la ‘causa’, y cuya relevancia está sujeta al examen y la valoración de los sujetos intervinientes, tal como lo reconoce la doctrina y lo practica la jurisprudencia francesa, al margen de que a dicho propósito algunos ordenamientos continúen echando mano del vocablo ‘causa’, mientras que otros hacen caso omiso de él, sin quebranto de una disciplina adecuada de la regularidad, la honestidad y el equilibrio contractuales”. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 708, p. 106, y n.º 700 s.).

112 Por ejemplo, el § 138 (1) BGB establece: “El negocio contrario a las buenas costumbres es nulo”. El artículo 140 numeral 3 del código civil peruano dispone que para la validez del acto jurídico se requiere un “fin lícito”. El artículo 30.1 del Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi) establece: “El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las reglas obligatorias del presente Código o a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres”.

do al suceso de un caso fortuito (teoría de los riegos) y la resolución por inejecución¹¹³, a más de existir disposiciones específicas que las fundan en derecho positivo, la causa no es sino una de las explicaciones teóricas posibles¹¹⁴, por lo que ella no reviste en este sentido un carácter imprescindible. En realidad, como lo explican Ospina Fernández y Ospina Acosta,

[el] contrato sinalagmático, cuya propia naturaleza, unida al principio de la buena fe que gobierna el desarrollo de las convenciones en un sistema jurídico no formalista, constituye fundamento natural y adecuado para explicar que el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes (y aun su inejecución fortuita) debe autorizar a la otra parte para exonerarse del cumplimiento de las suyas y para pedir la resolución de ese contrato que ha dejado de responder a la intención que presidió su celebración¹¹⁵.

113 Como se constató en la primera parte de este trabajo, nuestra Corte Suprema en reiterados pronunciamientos, siguiendo la doctrina de Capitant, acogió la causa como fundamento de dichas figuras. Véase, p. ej., Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 5 de julio de 1935, M.P.: Eduardo Zuleta Ángel, *GJ*, t. XLII, p. 54; del 29 de noviembre de 1936, M.P.: Eduardo Zuleta Ángel, *GJ*, t. XLIII, p. 312; del 17 de septiembre de 1954, M.P.: Alberto Zuleta Ángel, *GJ*, t. LXXVIII, p. 628; y del 16 de noviembre de 1967, M.P.: Gustavo Fajardo Pinzón, *GJ*, t. CXIX, p. 296.

114 Por ejemplo, Maury la explica en virtud de la noción de equivalencia en materia contractual. Véase MAURY, JACQUES. *Essai sur la notion d'équivalence*, Toulouse, 1920. Por su parte, Jossierand explica la resolución de los contratos sinalagmáticos como el resultado de una interpretación que hace el legislador de la voluntad de los contratantes y, por consiguiente, de los móviles que los llevan a concluir el contrato, en el sentido de que estos entienden establecer una estrecha dependencia entre las obligaciones que surgen del contrato y cada uno entiende subordinar la ejecución de sus obligaciones a la ejecución de las prestaciones a las que tiene derecho. Véase JOSSEIRAND, LOUIS. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, Dalloz, 1928, n.º 241, p. 299.

115 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., p. 273, n.º 327. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 698, p. 85: "Así, la acción resolutoria, la excepción de contrato no cumplido o cumplido imperfectamente y la teoría de los riesgos derivan de la propia dinámica del negocio

Con respecto a una función que, aunque no es de las expuestas por las doctrinas clásicas, puede hoy considerarse consolidada en la jurisprudencia colombiana, reside en fundar teóricamente el vínculo de una pluralidad de contratos que están orientados al cumplimiento de una sola operación económica, la causa tampoco resulta un instrumento imprescindible. Nociones como las de condición resolutoria implícita, indivisibilidad¹¹⁶ o imposibilidad de realización de los efectos finales del contrato, o mejor aún, la introducción de un régimen específico para el fenómeno de coligación, podrían considerarse más oportunas¹¹⁷. En efecto, si bien ella constituye un fundamento teórico importante, este no permite responder a los interrogantes fundamentales sobre este punto, en particular en lo que concierne a la determinación de las consecuencias jurídicas de la nulidad o resolución de un contrato sobre los otros contratos coligados. Por ello, en una reforma parece más acertado sentar algunos principios sobre el régimen de la coligación negocial, tal como lo hace el artículo 1886 de la reforma del código civil francés.

Además de estas funciones consolidadas en nuestra jurisprudencia, la causa, por su carácter indeterminado, puede tener un alcance y una utilidad más importantes, lo que en principio, en un eventual contexto de reforma, podría constituir un argumento en favor de su conservación en el derecho civil colombiano.

de prestaciones correlativas, de las proyecciones ulteriores de la definición del mismo y no de factores extraños, misteriosos, y la explicación de tales fenómenos gana en sencillez, en precisión”.

116 *Ibid.*, n.º 696, p. 82: “la nulidad de cualquiera de los contratos implica la imposibilidad de ejecución de los restantes por ausencia (sobrevenida) de causa, dicen los causalistas, a lo que ha de replicarse que, en realidad, aquella se da por la indivisibilidad que viene a darse entre las varias operaciones, no solo coincidentes, sino imbricadas”.

117 AYNÈS, LAURENT. “La cause inutile et dangereuse”, *Droit & Patrimoine*, n.º 240, 2014, p. 41.

2. ¿La preservación de la causa por su utilidad como noción indeterminada?

En primer lugar, la experiencia francesa permitió constatar “la sensibilización grande de la jurisprudencia frente a problemas agudos en la ética de las relaciones del presente”¹¹⁸, así como la importancia de dotar al juez de poderes claros encaminados a atender las preocupaciones del derecho contemporáneo de los contratos. En nuestro ordenamiento también es posible constatar una exigencia creciente de relaciones contractuales más justas y equilibradas. No obstante, nuestros jueces han utilizado otros métodos para velar por el cumplimiento de esa exigencia. Los principios y cláusulas generales del ordenamiento civil han sido sin duda valiosos instrumentos en ese sentido. A título de ejemplo, la exigencia de la buena fe y la prohibición del abuso han tenido un rol fundamental en el control de las cláusulas abusivas¹¹⁹ y en el control del ejercicio abusivo de los derechos contractuales¹²⁰. En todo caso, una reforma del derecho de contratos constituye una oportunidad importante para dotar al juez de herramientas precisas que permitan atender esa exigencia creciente de justicia contractual¹²¹. Por ello,

118 HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, cit., n.º 692, p. 74.

119 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 13 de diciembre de 2002, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo, n.º 6462. Más recientemente, Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC129-2018, 12 de febrero de 2018, M.P.: Aroldo Wilson Quiroz. Véase Díaz Lindao, Indira. “El control del equilibrio económico y originario del contrato. Entre la justicia contractual y la justicia distributiva”, en NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA (coord.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 217 s.

120 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 19 de octubre de 1994, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 3972.

121 Basta para ello comparar las reglas de nuestro código civil con el arsenal de instrumentos consagrados en los proyectos de armonización del derecho europeo de los contratos o en las reformas recientes en los derechos francés y argentino. Por ejemplo, el nuevo código civil y comercial de Argentina

consideramos que las discusiones en torno a la supresión o no de la causa deben dar respuesta a preocupaciones que, como en derecho francés, también existen en nuestra realidad jurídica. Además, la instauración de instrumentos de control específicos permite establecer sanciones más adecuadas para cada tipo de preocupación, y no solamente la nulidad, que se desprende de la causa como requisito de validez del contrato, la cual no es siempre la respuesta más adaptada para todas las problemáticas planteadas en el derecho contractual contemporáneo. Esas herramientas permitirían, asimismo, una mejor accesibilidad de las soluciones jurídicas, a lo que cabe agregar el argumento de mayor certeza en la aplicación del derecho.

En segundo lugar, la experiencia francesa permitió identificar la potencialidad de la causa como una noción indeterminada que reviste las virtudes de una cláusula general, como el abuso del derecho o la prohibición de contradecir los propios comportamientos (*non venire contra factum proprium*), pues permite la elaboración de soluciones no contempladas en el orden jurídico a cuestiones que se suscitan en la evolución de la sociedad y del derecho¹²². Ese carácter indeterminado ha permitido superar concepciones rígidas y abstractas de poca utilidad, para abrir paso a una noción más operativa y concreta. Dicho de otro modo, ella se ha convertido en un instrumento conceptual que desempeña funciones diversas, adaptables por los jueces a los menesteres de nuestra época. En particular, en derecho francés, la causa dejó de ser un concepto que permitía sola-

integra una sección que tiene por objeto fijar el régimen de los “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” (art. 984 s.).

122 Sobre la distinción entre principios, cláusulas generales y estándares, véase NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 305 s.

mente verificar la existencia de una contraprestación, para tornarse más incisiva, en el sentido de permitir el control de desequilibrios más complejos, tales como aquellos derivados de la incoherencia interna del contrato, la estipulación de cláusulas que desvirtúan o contradicen sus obligaciones esenciales o la imposibilidad *ab initio* de obtener la utilidad perseguida por una de las partes.

Ineluctablemente surge un interrogante acerca del tratamiento de estas cuestiones en nuestro ordenamiento. En efecto, el carácter indeterminado de la noción la convierte en un instrumento significativo en manos del juez para hacer frente a preocupaciones contemporáneas que no encuentran respuesta directa en el ordenamiento. Sin duda, esto puede constituir un argumento importante para propugnar la preservación de la causa en nuestro ordenamiento. Muestra de ello es su utilización reciente por nuestra Corte Suprema de Justicia para dar soporte teórico a las situaciones de coligación negocial; y, más aún, como lo vimos, la relevancia que parece tomar la causa concreta en nuestro ordenamiento, a semejanza de lo que ocurre en el ordenamiento italiano¹²³. Por ello, no se puede desconocer que la desaparición de la noción de causa sustrae del poder del juez un instrumento que, por su maleabilidad, tiene la virtud de renovarse, expandirse y permitir la consecución de soluciones para situaciones que no tienen una respuesta directa en las reglas del régimen general de los contratos. Reverso de la medalla, la ampliación del campo operativo de la causa es percibida con recelo por algunos por ser fuente de incertidumbre debido a los múltiples usos de los cuales se puede prevaler el juez para intervenir en el contrato. Surge, entonces, la pregunta de si la causa debe ser preservada en nuestro ordenamiento en virtud de esas características que la asemejan a una cláusula general, o si

123 *Supra* I.B.2.

se considera que los otros principios, cláusulas generales y reglas que existen en nuestro ordenamiento la tornan innecesaria. Incumbirá, por supuesto, a los redactores de una futura reforma en materia contractual ponderar esos criterios para optar por la preservación o la eliminación de la causa de nuestro orden civil. Claramente, no es posible brindar una respuesta escueta –en sentido positivo o negativo– a esa pregunta sin tener en cuenta la integralidad de un proyecto de reforma.

CONCLUSIÓN

En Francia, los roles asignados a la causa, que permitieron una mayor incursión en el acuerdo de voluntades en aras de atender una sensibilidad creciente de justicia contractual, condujeron a atribuirle funciones que la tornaron más compleja, hasta el punto de hacerla casi ininteligible¹²⁴. La causa fue suprimida, pero este hecho tuvo honda repercusión en las disposiciones finalmente adoptadas en la reforma, la cual dotó al juez de instrumentos importantes que permiten un control más o menos incisivo del equilibrio del contrato, de la coherencia interna del contrato y de las cláusulas que crean desequilibrios significativos entre las partes en los contratos de adhesión. Esta tendencia se identifica también en varias de las disposiciones de los proyectos de armonización del derecho contractual europeo que, aunque tampoco consagran la noción de causa, instauran instrumentos que persiguen los mismos objetivos.

Todo proyecto de reforma debe, por lo tanto, responder a las cuestiones aquí presentadas y que han sido objeto de atención en el derecho contemporáneo de los contratos a

124 Los autores ponen de presente la sobreexplotación doctrinal de la cual fue objeto la causa. Véase TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNEDÉ. *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., cit., n.º 402, p. 447.

través del prisma de la transformación de la noción de causa, que se traducen en una multiplicidad de interrogantes tales como: ¿puede una persona obligarse sin un motivo razonable o por un motivo fútil o inútil?, ¿en el campo de los contratos a título oneroso un contratante puede obligarse sin exigir una contraprestación o por una contraprestación irrisoria?, ¿el ordenamiento jurídico debe tutelar los contratos radicalmente desequilibrados?, ¿qué grado de desequilibrio admitir?, ¿cómo controlar las cláusulas que crean desequilibrios importantes entre los contratantes?, ¿cuándo se deben tener en cuenta los intereses concretos que condujeron a las partes a concluir el contrato?, ¿en qué casos se deben tener en cuenta los motivos propios de cada contratante que son exteriores a la convención?, ¿cuáles son las repercusiones de la anulación o la resolución de un contrato sobre los otros contratos coligados que forman parte de la misma operación económica? El legislador puede escoger plasmar la causa como una noción indeterminada que, asemejándose a una cláusula general, asume múltiples funciones y permite resolver casos particulares que no encuentran solución directa en el ordenamiento, o bien privilegiar la existencia de herramientas específicas que permitan responder a cada uno de estos interrogantes. Por ello, frente a la pregunta de si el derecho francés en lo concerniente a la supresión de la causa puede constituir una fuente de inspiración para el derecho colombiano, toda respuesta debe brindarse dentro del marco del análisis de las soluciones que la proposición de reforma –vista en su integralidad– brinde a estas problemáticas.

REFERENCIAS

Doctrina

AYNÈS, LAURENT. “La cause inutile et dangereuse”, *Droit & Patrimoine*, n.º 240, 2014.

- BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL. *Précis de droit civil*, t. II, París, L. Larose et Forcel, 1883.
- BERNAL FANDIÑO, MARIANA. "La transformación de la causa en el derecho de contratos francés", *Vniversitas*, Pontifica Universidad Javeriana, n.º 111, 2006.
- BIANCA, C. MASSIMO. *Diritto civile*, t. 3, *Il contratto*, 3.ª ed., Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- CAPITANT, HENRI. *De la cause des obligations* (1912), 3.ª ed., París, La Mémoire du droit, 2012.
- CASTALDO, ANDRÉ y LÉVY, JEAN-PHILIPPE. *Histoire du droit civil*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2010.
- CATALA, PIERRE. "Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats", *Defrénois* 21 / 2008, p. 2373.
- CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XI, Santiago, Jurídica de Chile, 1978.
- DOMAT, JEAN. *Cœuvres complètes de J. Domat. Les loix civiles dans leur ordre naturel*, París, Librairie de Jurisprudence, 1828.
- FERRI, GIOVANNI. "L' 'invisibile' presenza della causa del contratto", *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2002.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, II, *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. "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", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII, Valparaíso, Chile, 2001.
- DEROUSSIN, DAVID. *Histoire du droit des obligations*, 2.ª ed., París, Economica, 2012.

JOSSERAND, LOUIS. *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, 3.^a ed., París, Recueil Sirey, 1939.

MAZEAUD, DENIS. "La protection par le droit commun", *Les clauses abusives entre professionnels*, París, Economica, 1998.

MORALES HUERTAS, MARGARITA. "La renovación del concepto de causa en derecho francés", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 16, 2009.

NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. "Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico", *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

PADILLA, JORGE; RUEDA, NATALIA y ZAFRA, MÁLORY. "Labor creadora de la jurisprudencia de la 'Corte de Oro'. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2014.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, Parte I, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1953.

PLANIOL, MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11.^a ed., París, LGDJ, 1931.

TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE; LEQUETTE, YVES y CHÉNÉDÉ, FRANÇOIS. *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., París, Dalloz, 2019.

TERRÉ, FRANÇOIS; LEQUETTE, YVES y CHÉNÉDÉ, FRANÇOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13.^a ed., París, Dalloz, 2015.

ROPPO, VINCENZO. *Diritto privato*, 6.^a ed., Turín, Giappichelli, 2018.

ROPPO, VINCENZO. "Causa concreta: una storia di successo?", *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil. De las obligaciones*, t. III, 10.^a ed., reimp., Bogotá, Temis, 2015.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed., 2.^a reimp., Bogotá, Temis, 2014.

WICKER, GUILLAUME. "La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?", *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1557.

Jurisprudencia

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 13 de octubre de 1897, M.P.: M. Arango, *GJ*, t. XIII, p. 105.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 5 de julio de 1935, Sala de Casación Civil, M.P.: Eduardo Zuleta Ángel, *GJ*, t. XLII, p. 52.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 11 de septiembre de 1935, *GJ*, t. XLII, p. 495.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 21 de noviembre de 1935, *GJ*, t. XLIII, p. 253.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 29 de noviembre de 1936, M.P.: Eduardo Zuleta Ángel, *GJ*, t. XLIII, p. 312.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 7 de octubre de 1938, *GJ*, t. XLVII, p. 252.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 6 noviembre 1943, M.P.: Ricardo Hinestrosa Daza, *GJ*, t. LVI, p. 247.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 14 de julio de 1953, M.P.: Alfonso Bonilla Gutiérrez, *GJ*, t. LXXV, p. 571.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 17 de septiembre de 1954, M.P.: Alberto Zuleta Ángel, *GJ*, t. LXXVIII, p. 628

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 24 de abril de 1961, M.P.: José J. Gómez, *GJ*, t. xcv, p. 468

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 13 de diciembre de 2002, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo, n.º 6462.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 6 de octubre de 1999, M.P.: Silvio Fernando Trejos Bueno, rad. 5224.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 25 de septiembre de 2007, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo, exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 15 de noviembre de 2017, M.P.: Álvaro Fernando García, SC18476-2017.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. 12 de febrero de 2018, M.P.: Aroldo Wilson Quiroz, SC129-2018.

Anabel Riaño Saad. Docente-investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia; titular del diploma superior de universidad en Derecho Civil; maestra en Derecho Privado de la Université Paris 2 Panthéon-Assas; doctora en Derecho de las universidades Externado de Colombia y Paris 2 Panthéon-Assas.

Silvana Fortich. Docente-investigadora del Departamento Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia y directora del Observatorio de Nuevas Tecnologías y Derecho Privado de la misma Universidad. Doctora en Derecho de la Université Paris 2 Panthéon-Assas y Externado de Colombia.

La presente obra es el resultado del trabajo y esfuerzo de un grupo de profesores colombianos que, teniendo en cuenta el importante movimiento en favor de una reforma del derecho privado en Colombia, es consciente de la necesidad de reflexionar no solamente acerca de la pertinencia o no de una tal reforma, sino también acerca del alcance y contenido de la misma.

Ahora bien, ¿por qué analizar el eventual interés, para el derecho colombiano, de la reciente reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones? Como sabemos, el estudio del derecho francés siempre ha tenido una relevancia particular para nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón, y debido precisamente a la actualidad de la reforma francesa, resulta fundamental contar con la visión crítica de los juristas colombianos acerca de la orientación de dicha reforma en algunos temas fundamentales relacionados tanto con la formación del contrato como con sus efectos, al igual que en otros concernientes al régimen general de las obligaciones, todo ello siguiendo el esquema original de la reforma mencionada.

El análisis de estos y tantos otros temas que se estudian en el presente libro nos permitirá contar con suficientes elementos de juicio para determinar la pertinencia o no de que el legislador colombiano se inspire, en caso de prosperar una reforma de nuestro Código Civil, en la reciente reforma del derecho francés.

La manera como se encuentra estructurada la obra, además del hecho de que algunos de los autores cuentan con una formación no solamente en derecho francés, sino también en derecho italiano o alemán, permite ofrecer una perspectiva de la reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones alimentada por un espíritu tan rico como crítico, lo cual resulta fundamental para no caer en la tentación de trasplantar pura y simplemente normas extranjeras a nuestro sistema jurídico, con el riesgo de desconocer nuestra propia tradición jurídica.

