



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Caballero Hernández, Nicolás; Ortega Linares, Juan Sebastián
La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro
Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-33
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223016>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



**LA TEORÍA DE LA CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA
COMPARADA: ¿INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA
COHERENCIA CONTRACTUAL VIGENTE O EN VÍA
DE EXTINCIÓN?
BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DE LA CAUSA Y
PERSPECTIVAS A FUTURO**

**NICOLÁS CABALLERO HERNÁNDEZ
JUAN SEBASTIÁN ORTEGA LINARES**

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.21>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro

Resumen

En el presente análisis se buscará esbozar un estado del arte acerca de la teoría de la causa en la jurisprudencia comparada. Para ello, se plantea un desarrollo histórico del concepto, desde Roma hasta nuestros días, y la consagración que ha recibido en algunos ordenamientos jurídicos particulares. A renglón seguido, se busca proyectar un análisis en paralelo con las nociones alternativas a la causa (buena fe en sentido objetivo), haciendo singular énfasis en los efectos que ha comportado en relación con la protección de la coherencia contractual. Por el interés que revisten para nuestros propósitos, se han elegido como lugares de análisis Francia, México y Colombia, todo a efectos de establecer, desde visiones más o menos heterogéneas, puntos de congruencia y de bifurcación, existentes y probables, en esta materia.

Palabras clave: coherencia contractual, teoría de la causa, equilibrio prestacional, buena fe, tradición jurídica latina, tradición jurídica germana.

The consideration theory across the comparative jurisprudence: Analysis regarding the validity as an instrument of contractual coherence. Brief historical mention of the theory and future perspectives

Abstract

In this analysis it will be sought sketch a state of the art about the theory of the cause (theory of consideration) in the comparative jurisprudence. To do this, we undertake a historical development of the concept, from Rome to the present day, and the consecration or mistrust that has been object the concept in some particular legal systems. Furthermore, the text seeks to project analysis in parallel with alternatives to the cause notions (consideration notions), with singular emphasis on the effects that has behaved in relation to the protection of contractual coherence. In the interest of our purposes, we have chosen as places of analysis France, Mexico and Colombia, all for the purpose of establishing, from more or less heterogeneous views, points of congruence and fork, existing and probable, in this matter.

Keywords: contractual coherence, theory of the cause, benefits balance, goodfaith, latin legal tradition, germanic legal tradition.

A teoria da causa na jurisprudência comparada: instrumento de proteção da coerência contratual vigente ou em via de extinção? Breve reconto histórico da teoria da causa e perspectivas a futuro

Resumo

Na presente análise se buscará esboçar um estado da arte sobre a teoria da causa na jurisprudência comparada. Para isso, é proposto um desenvolvimento histórico do conceito, desde Roma até nossos dias, e a consagração que este tem recebido em alguns ordenamentos jurídicos particulares. Em seguida, busca-se projetar uma análise em paralelo com as noções alternativas à causa (boa fé em sentido objetivo), enfatizando os efeitos que tem comportado em relação com a proteção da coerência contratual. Pelo interesse que revestem para nossos propósitos, foram escolhidos como lugares de análise a França, o México e a Colômbia, tudo com efeitos de estabelecer, desde visões mais ou menos heterogêneas, pontos de congruência e de bifurcação, existentes e prováveis, nesta matéria.

Palavras-chave: coerência contratual, teoria da causa, equilíbrio prestacional, boa fé, tradição jurídica latina, tradição jurídica germana.

La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción?

Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro*

Nicolás Caballero Hernández

Juan Sebastián Ortega Linares**

SUMARIO

Introducción – I. TEORÍA DE LA CAUSA. DESARROLLO HISTÓRICO – A. Desde el *Digesto de Justiniano hasta la redacción del Código Civil francés* – B. Desde el siglo xix hasta nuestros días – II. DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES DE LA CAUSA Y PARALELO CON LA BUENA FE EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS – A. Desarrollo de la causa por parte de la Corte de Casación francesa – B. ¿La buena fe hubiera podido conducir a los mismos resultados? – III. PROTECCIÓN DE LA COHERENCIA CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO – A. Desarrollo jurisprudencial del principio de buena fe frente a las aplicaciones más extendidas de la teoría de la causa – IV. USOS DE LA TEORÍA DE LA CAUSA POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA – V. PERSPECTIVAS A FUTURO – VI. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Caballero Hernández, N. y Ortega Linares, J. S. (Diciembre, 2014). La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Estudiantes de sexto semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Correos: nicolascaballeroh@hotmail.com y jortegal@javeriana.edu.co, respectivamente.

Introducción

Una definición genérica de la causa está referida a aquello que constituye el fundamento u origen de algo; o a cuanto es la razón o motivo para obrar (*Diccionario de la española*). Sin embargo, este vocablo tiene gramaticalmente varias acepciones más, entre las cuales se destacan las cuatro propuestas por Aristóteles (384/322 a. C.), a saber:

1. *Causa eficiente*: primer principio productor del efecto del cambio o de la quietud, o la que hace o quien hace alguna cosa o produce algún efecto.
2. *Causa final*: fin con que o por el que se hace alguna cosa, para lo que existe o hacia lo que tiende.
3. *Causa formal*: la que hace que alguna cosa sea formalmente lo que es; lo que un ente es en sí mismo. Y
4. *Causa material*: aquello de lo que algo está hecho, lo que comprende y reúne en su entidad.

Es justamente su polisemia, la razón de las dificultades que la referida voz suscita no solo en los diversos escenarios del lenguaje común y general, sino también entre los modernos civistas para identificar un concepto único, claro y distinto bajo la palabra “causa” como término técnico del derecho patrimonial.

Las dos primeras nociones expuestas por Aristóteles en su *Metafísica* han sido acogidas como

conceptos fundamentales del derecho civil en numerosos ordenamientos, desde Roma hasta nuestros días, entendiendo la primera como aquello que mueve al contratante a celebrar un negocio jurídico o el factor determinante de su voluntad, noción en cuyo marco se distinguen hoy: la causa impulsiva o general, que es común a todos los negocios jurídicos que comparten el mismo tipo y nominación, entiéndase las mismas características esenciales, como es ejemplo conocido la necesidad que tiene quien celebra una compraventa de adquirir el dominio de una cosa; y la inductiva o particular, que es la necesidad concreta o práctica que anima a cada sujeto a contratar, como la de una persona que toma en arriendo una vivienda para habitarla ella misma o bien para procurar la morada a un pariente cercano. Adicionalmente son de destacar en el derecho privado de nuestros días, y aun remontándonos muchos siglos atrás, las nociones capitales y del mismo modo discutidas de causa del contrato y causa de la obligación, abarcando cada una por igual el aspecto final o el eficiente, pero teniendo por objeto el contrato en sí, como negocio jurídico encaminado a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, o a las diversas obligaciones que de él dimanan.

Pues bien, es de nuestro parecer, que las dichas nociones de causa del contrato y causa de la obligación se corresponden plenamente con las otras dos acepciones verificadas por el filósofo macedónico hace tanto tiempo, y que volviéndolas a contemplar desde tal cariz general pudieran ser más provechosas, gozar de una mejor inteligencia y funcionalidad, con todos los conceptos y efectos que de su entidad se derivan; dado

que la causa formal se refiere a lo que hace que un ente posea cierto aspecto y no otro, estamos hablando, ni más ni menos, de aquello que hace que la figura, el ente jurídico en cuya presencia se está en cada caso, sea un contrato y no otro, con un tipo específico y una fisionomía jurídica delimitada y siempre idéntica para todos los de su misma calidad.

En tanto que cuando decimos causa material, no estamos pensando en cosa distinta que en las diferentes obligaciones, como relaciones jurídicas que emanan del contrato y que constituyen su contenido sustancial, distinción esta que ordinariamente excluida de los interesantes y sendos estudios doctrinales que se han cernido sobre esta materia, bien puede ser tema de un próximo estudio.

En lo que al presente respecta, es importante poner de manifiesto que como ya se advirtió, si bien los países con ordenamientos jurídicos de tradición latina y los inspirados en el Código de Napoleón consideran la causa como condición de validez del contrato, se observa lo contrario en los ordenamientos de raigambre germánica o escandinava, entre los cuales cabe destacar el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco de 1811; el código portugués de 1966; el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1900; en Suiza la *Loi fédérale qui complete le Code Civil*, de 30 de marzo de 1911, llamada *Code des obligations* y el nuevo código holandés, libro III, puesto en vigor en 1992.

En el ámbito americano, los códigos de México (1870), Nicaragua II (1904), el brasileros de

1984, el nuevo código paraguayo de 1987 y el nuevo código de Quebec de 1991.

Sin embargo, estos sistemas retienen nociones próximas a fin de solucionar los problemas que países como Francia, España, Italia, Colombia, Chile, Argentina, entre otros, resuelven a través de la causa (Guzmán Brito, 2003).

Entre estas nociones se ha planteado recurrentemente la aplicación del principio de buena fe, desde luego en su faceta objetiva, es decir, la que corresponde a la rectitud y honradez con la que deben las partes conducirse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, es decir, en la celebración, interpretación y ejecución de sus negocios, a efectos de proteger la coherencia contractual (Muñoz, 2003). Dicho concepto será abordado en este estudio como un complejo de elementos que subsume otras nociones relevantes, como el equilibrio o la proporcionalidad de las prestaciones que, en línea de principio, debe existir en todo contrato; pues que no es esta posición fruto de una inteligencia más sofisticada que la que incluye a la justicia dentro del coherente discurrir de la voluntad de las partes en todas las etapas del negocio jurídico (CSJ Civil. Exp. 5670. C. I. Jaramillo, 2 feb. 2001).

En consecuencia, con apoyo en fuentes doctrinales pero también y sobre todo en jurisprudencia representativa de las diferentes tendencias y posiciones frente a la causa, nos disponemos a indagar por una respuesta a la siguiente cuestión sumamente interesante, aunque consideramos no suficientemente tratada en el ordenamiento colombiano en una visión comparada:

¿Hasta qué punto puede afirmarse que el principio de la buena fe cumple la misma función que la teoría de la causa desarrollada por la Corte de Casación francesa en las dos últimas décadas, respecto de la protección de la coherencia contractual?

Se procederá a estos efectos, por medio de un paralelo de los pronunciamientos jurisprudenciales más representativos de la Corte de Casación francesa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, teniendo en cuenta las soluciones a las que se arriba en caso de acoger como vía de análisis las luces proporcionadas por la causa, y las que puede aportar el principio de buena fe, como ya se dijo en su sentido objetivo,¹ que es el que se manifiesta en lo que se ha dado en llamar buena fe contractual (CSJ Civil, 2 feb. 2001).

Los tres países elegidos responden a un criterio que llamaremos bifronte. En primer lugar, Francia, dada su tradición causalista, ha asumido, con base en los pronunciamientos que se propondrán a continuación, la teoría de la causa como institución de preservación de la coherencia contractual. Por otra parte, México, al contrario del extremo denotado, ha aplicado, conforme a los fallos que se enuncian en el cuerpo del texto, la buena fe en sentido objetivo para proteger el equilibrio prestacional con preferencia de la teoría de la causa. Así las cosas, Colombia vendrá a ser un ordenamiento interme-

dio donde, sin embargo, como se demostrará, tiene más contornos el postulado de la buena fe como mecanismo de protección de la coherencia contractual.

I. TEORÍA DE LA CAUSA. DESARROLLO HISTÓRICO

A. *Desde el Digesto de Justiniano hasta la redacción del Código Civil francés*

El desarrollo histórico de la teoría de la causa debe partir, necesariamente, de las normas positivas que la reconocen. Ello es así porque a partir de estas se da vida real a un concepto antes inerte: las normas son capaces de producir mutaciones en el mundo exterior por su propia fuerza. Sin embargo, estas por sí mismas no dan cuenta de los procesos que llevaron a su génesis, por lo cual resulta de capital importancia partir de las normas pero realizar una genealogía² para así decantar el tenor literal y ubicarlas en tiempo y espacio.

La teoría de la causa, como muchas otras instituciones, cobra vida con los códigos de principios del siglo xix. El movimiento compilador que se ocupó de delinear los principios que aún persisten en nuestros días, a su vez, estuvo inscrito en el más general ámbito de la Ilustración. En

1 Para un completo y profundo panorama sobre el concepto de la buena fe léase Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta, *Revista Vniversitas*, p. 281-317.

2 El término aquí empleado sigue los planteamientos de Nietzsche, F. (1997). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza Editorial. Realizar una genealogía supone encontrar la transvaloración de las palabras empleadas. Para las normas positivas este método es, quizás, uno de los más provechosos. Al rigor de lo gramático hay que buscar la pluralidad de acepciones dispersas en la historia para poder denotar el uso, campo de aplicación y móviles. La genealogía, en últimas, devela la ontología del término en un punto del tiempo.

efecto, el Código Civil francés de 1804, o Código Napoleónico, responde a los preceptos que se venían gestando, principalmente en Francia e Inglaterra, entre los autores tanto en sus textos como en la revolucionaria forma de transmitir conocimiento: la prensa. Los ilustrados, en pocas palabras, eran hombres que propendían por “el pensamiento crítico y la desconfianza hacia el saber establecido y el consentimiento universal: la defensa de la razón contra la convicción, del saber transformador contra la tradición” (Fontana, 2001, p. 83). Los códigos, en suma, surgieron como reacción a un orden establecido. Buscaban renovar el conocimiento científico, dentro del cual entraba lo jurídico, para buscar el progreso y el infranqueable rompimiento con el *ancien régime*.

Ahora bien, es precisamente el Código de Napoleón el que desarrolla la teoría de la causa como presupuesto básico para la formación de los contratos. A partir del desarrollo contenido allí una buena parte de las legislaciones del derecho continental adoptarían sus disposiciones.³ Como requisito para la formación de los contratos el Código Civil francés establece cuatro requisitos que son esenciales para la validez de un contrato: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forme la materia del compromiso; una causa lícita en la obligación (art. 1108).

Posteriormente, en los artículos 1131, 1132 y 1133 se preceptúa: “Artículo 1131- La obligación sin causa, o con una causa falsa, o con una causa ilícita, no podrá tener ningún efecto. Artículo 1132- El acuerdo no será válido, aunque la causa no se haya expresado. Artículo 1133- La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Las disposiciones transcritas han sido aplicadas aun cuando resultan, incluso hoy, difíciles de precisar. Un repaso por las consideraciones históricas que llevaron a su redacción puede ser útil para aclarar nociones y dar claridad conceptual.

Las obras que más influyeron en la redacción de la sección IV del capítulo II, del Libro III del Código fueron sin duda *Les Lois civiles dans leur ordre naturel* de Jean Domat (1689) y luego *Traité des obligations* de Robert Joseph Pothier (1761), este como continuador de los planteamientos de aquél. Sin embargo, los planteamientos de Domat no tenían una pretensión de completa originalidad, pues en realidad lo que buscaban era aclarar y darle “orden natural” a la tradición jurídica francesa; esfuerzo similar al que realizaba paralelamente William Blackstone (1723-1780) con sus *Commentaries on the Laws of England* (1765).

Domat y Pothier retoman, esencialmente, los desarrollos del derecho romano clásico y postclásico junto con los planteamientos del derecho canónico y otros autores del siglo XVI. Respecto de la causa de los contratos las cuestiones fundamentales a resolver tenían que ver con las

³ “También fueron importantes los cambios institucionales introducidos directa o indirectamente por las conquistas francesas. ... las instituciones de la Revolución Francesa y el Imperio Napoleónico eran automáticamente aplicadas o servían de modelo para la administración local. Así, el Código de Napoleón se convirtió en el cimiento de las leyes locales de Bélgica, Renania e Italia” (Hobsbawm, 2011, p. 96).

preguntas: ¿qué debe considerarse como contrato y qué no?, ¿cuál debe ser el tratamiento jurídico de las convenciones que carecen de nombre por el derecho civil?, ¿qué convenciones deben ser protegidas por el derecho y cuáles no? Las respuestas vinieron dadas por un rico acervo de discusiones jurídicas que, como se anticipó, tuvieron como principal referente el derecho romano.

En primer lugar, Pothier define el contrato como “une convention par laquelle les deux parties réciprocquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire, ou à ne pas faire quelque chose” (1821, núm. 3). Como se puede ver, el contrato es una convención, esto es, un acuerdo de voluntades, que genera obligaciones para una o ambas partes; estas obligaciones se concretan en prestaciones de dar, hacer o no hacer. Sin embargo, no todas las convenciones pueden llamarse contratos. Los contratos, siguiendo las tesis de romanistas como Samuel Pufendorf⁴ (1632-1694), son aquellas convenciones con nombre propio delimitado por el derecho civil. Los planteamientos de Domat y Pothier siguen esta tradición romanista.

En efecto, como apunta el profesor Guzmán Brito (2003, p. 381):

⁴ “Los intérpretes del derecho romano casi concuerdan en esto: ... Algunas [sc. convenciones], en efecto, no permanecen en el nombre general de convención, sino que transitan a un propio nombre de contrato. Otras, empero, aunque destituidas de un nombre propio y de una forma peculiar, tienen, sin embargo, debajo una causa, esto es, el cumplimiento de lo prometido consistente en la dación de la cosa o en la prestación del hecho. Y estos se llaman propiamente contratos, que por fuerza propia producen obligación eficaz” (Pufendorf, S. *De iure naturae et gentium* (1672, Francofurti et Lipsiae, 1759), lib. V, cap. 2, párr. 2, citado por Guzmán Brito, 2003).

Por un lado, se presentan las que dejan de estar bajo el nombre genérico de “convención” para transitar a un nombre propio de contrato, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el comodato o el depósito, a los que se agregan la prenda, la estipulación y similares. Por otro, aparecen las que sin transitar a tal nombre propio, de modo de quedarse en el genérico de convención, tienen, empero, una “causa debajo” (*causa subsit*). En fin, las convenciones que ni transitan a un nombre propio ni tienen una causa debajo son simples pactos desnudos (*nudum pactum* o *nuda pactio*), y tales son las que no generan acciones (aunque generen excepciones).

Ahora bien, es importante hacer notar que las distinciones entre convenciones *nuda pactum* y contratos propiamente respondían a las propias circunstancias históricas de la sociedad romana. Antes de la compilación del *Corpus Iuris Civilis* en el 534 d. C. el derecho de los contratos romano, particularmente en la época anterior al emperador Adriano, se regía con el rigor propio del principio de la tipicidad negocial (Uría, 1984, p. 53). El consentimiento de las partes, pilar fundamental de nuestros ordenamientos modernos, no tenía la fuerza que le dio el liberalismo en los siglos XVIII y XIX. La autonomía de la voluntad privada no era conocida en Roma como la entendemos hoy, y era más bien la tipicidad, esto es, el reconocimiento del *ius civile* a las convenciones lo que las dotaba de su fuerza obligatoria. Una convención que no fuese sancionada por el derecho civil romano no daba lugar a una acción y, por consiguiente, era virtualmente desprovista de fuerza obligatoria.

Los jurisconsultos romanos anteriores a Gayo⁵ abordaban las fuentes de las obligaciones desde la óptica procesal de sus efectos. Así, para Sabino (siglo I d. C.) una obligación existía si el derecho civil le consagraba una acción (las obligaciones del arrendamiento existen porque se consagra la *actio locati*). Sin embargo, este rigor de la óptica procesal así como el principio de la tipicidad negocial fue atenuado por la consagración en el derecho postclásico, y quizás por obra de las escuelas bizantinas, de los *convenios do ut des, do ut facias, facias ut des y facias ut facias*. Estas convenciones correspondían a acuerdos de voluntades no sancionados ni provistos de nombre propio por el *ius civile* pero a los cuales subyacía una causa⁶ y, por consiguiente, eran obligatorios. Las acciones de *factum* de origen pretoriano terminaban de justificar su carácter obligatorio.

Sin embargo, la causa era, a diferencia del desarrollo posterior, la realización de un acto positivo o negativo que equivalía a la prestación prometida. Para los romanos, entonces, la causa de la obligación de Flavio de entregar al esclavo Teófilo era que Sempronio había entregado efectivamente a su caballo Trueno.⁷

5 Se destaca a Gayo por su capital obra *Las Institutas* escritas a mediados del siglo II d. C., teniendo en cuenta que fue él quien reorganizó la *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones que posteriormente llevarían a la doctrina de los *contratos innominati* nombrados retrospectivamente por los glosadores.

6 Es de vital importancia denotar que la causa en el derecho romano equivale a lo que hoy llamamos fuente de las obligaciones. Es lo que algunos autores han llamado causa eficiente.

7 Estos planteamientos fueron consagrados en el Digesto, principalmente tomando los siguientes apartes: "Mi hijo natural te sirve y tu hijo a mí. Se convino entre nosotros en que tú manumitirías al mío y yo al tuyo. Yo manumití, tú no manumitiste: se preguntó por cuál acción estarás sujeto a mí. A través de esta cuestión puede exami-

La causa, vista como el hecho generador de la obligación (noción objetiva), fue retomada por los glosadores. Sin embargo, durante el medioevo la apreciación de los *contratos innominati*, como se les denominaría a este tipo de pactos, se escindió en los canonistas y los civilistas, principalmente italianos. Para los civilistas la causa de la obligación de una de las partes debía seguir siendo la prestación efectivamente cumplida por el otro contratante.

Es, precisamente, a la noción de los canonistas a la que Domat y Pothier se acogen. La causa ya no es simplemente el cumplimiento de la prestación sino la finalidad que se busca al contraer la obligación. Como expresa Pothier "Tout Engagement Doit Avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés ... Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle" (1821, núm. 42). Esta causa final, como expresan Ospina Fernández y Ospina Acosta (2005) es "el fin directo e inmediato perseguido por el deudor al contraer su obligación" (p. 257). Este fin, como fue consignado en el Código Napoleó-

narse todo el tratado acerca de lo dado por un fin (*ob rem dati*). El cual ataña a estas especies: pues o te doy para que des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas: acerca de las cuales se pregunta por la obligación que de ellas nazca" (D. 19, 5, 5.). En el caso con que se inicia la exposición, se trata de que el hijo biológico (*filius naturalis*) de cada padre está en el poder jurídico llamado *mancipium* (*in mancipio*) del otro, los cuales padres acuerdan que cada uno liberará o manumitirá al hijo ajeno que tiene en su poder. Uno de los padres ejecuta la manumisión de la persona que tiene *in mancipio*, mas no el otro; y el problema jurídico es si el padre que procedió a la manumisión tiene alguna acción en contra del que omitió hacerlo.

"Y si, con todo, la operación no transita a otro contrato, pero si haya una causa debajo, elegantemente Aristón respondió a Celso que hay obligación. Por ejemplo, te di una cosa para que me dieras otra, di para que algo hagas..." (D. 2, 14, 7, 2).

nico debía ser lícito y real para poder surtir sus efectos.

B. Desde el siglo XIX hasta nuestros días

La causa final elaborada por Domat ya no solo respondía, como se ha visto, a la delimitación necesaria entre contratos y meros pactos desprovistos de efectos jurídicos, sino que se convirtió precisamente en un requisito de validez de todos los actos jurídicos. La aplicación de la *causa final y determinante*, sin embargo, fue rebatida por varios profesores de derecho civil, principalmente en Bélgica y en Francia. El primero en inaugurar las tesis anticausalistas fue el profesor belga Antoine Ernst, quien en 1826 publicó en la Universidad de Lieja sus argumentos. Este primer intento, empero, no tuvo mayor acogida y fue Jean Dabin, quien en 1919 publicó su tratado la *Teoría de la Causa*, quien buscó demostrar la inutilidad de esta.

Domat había construido su argumento basándose, como hemos visto, en pasajes del Digesto que hacían alusión específicamente a los contratos innominados. Para los contratos sinalagmáticos Domat, decían los anticausalistas, había forzado mucho su teoría (Dabin, 1929, p. 27). En los contratos sinalagmáticos no es como en los contratos innominados romanos en los que la obligación de una de las partes nace porque otro cumplió o se comprometió a hacerlo (desarrollo de los canonistas). Las obligaciones en este tipo de contratos nacen debido a su estructura misma, y a la fuerza que se le reconoce a consentimiento. Como bien exponen Ospina Fernández y Ospina Acosta,

la sola naturaleza específica del moderno contrato bilateral explica la interdependencia de las obligaciones que este produce, sin necesidad de recurrir a ese extraño y pretendido requisito adicional inventado por Domat y sus discípulos y que consistiría, según ellos, en el fin directo e inmediato perseguido por cada uno de los contratantes. Desde el momento mismo en que dos personas celebran un contrato sinalagmático, quieren que este produzca obligaciones para ambas partes y no solamente para una de ellas. Está pues, en su consentimiento mismo que el contrato se forme como sinalagmático y que genere efectos como tal (2005, p. 267).

Antes de que las críticas a la teoría clásica de Domat surgieran, la Corte de Casación francesa había ampliado el espectro de la aplicación de la causa como requisito para la validez de los contratos. Es menester retroceder unos cincuenta años en la historia para así analizar en conjunto la noción de causa adoptada por los ordenamientos latinoamericanos, particularmente el chileno y el colombiano.⁸ La Corte de Casación francesa, con ayuda de eminentes juristas como Colin y Capitant (1942), buscó defender la teoría clásica pero evitando hacer énfasis en el elemento intrínseco del fin objetivo buscado por las partes en el contrato, sino recurriendo a los *móviles o motivos* que inducen a las partes al contrato (1942). Ya no se trata de la prestación objetivamente (la causa final y determinante del contrato de compraventa no es la entrega de la cosa porque la otra da un pre-

8 El Código Civil peruano de 1852 y el argentino de 1869 también introdujeron la noción de causa como requisito para la validez de los contratos, pero su consagración responde a un desarrollo un poco diferente, por lo cual nos abstendremos de ahondar en ellos.

cio) que se da a cambio, o la mera liberalidad en los contratos gratuitos,⁹ sino el *móvil* que lleva a las partes a contratar. Este móvil se vuelve, en últimas, la razón de ser del consentimiento. Si, por ejemplo, Juan celebra un contrato de arrendamiento de un inmueble con Pedro para que aquel en calidad de arrendador abra un centro de lenocinio, si bien bajo la óptica de la causa final y determinante el contrato sería completamente válido (existen prestaciones recíprocas que sustentan la obligación de cada parte, pues cada una es la causa de la otra), bajo la óptica de la causa impulsiva, empero, este adolecería de causa ilícita.¹⁰

Esta noción es la que don Andrés Bello consagró en nuestro Código Civil. Tras muchos proyectos la redacción final del artículo 1524 del Código Civil quedó así:

Artículo 1524- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

⁹ El espectro no se reducía solo a las prestaciones recíprocas sino también a los contratos gratuitos. No nos detuvimos en estos pues no denotan el núcleo del debate. Basta decir que los contratos gratuitos en los cuales no hay contraprestación material, Blackstone y Domat la llamaban *good consideration* y mera liberalidad, respectivamente. Esta equivalía y era suficiente para darle peso a la causa final y determinante.

¹⁰ Esto, por supuesto, es un caso más complejo si asumimos que Pedro celebró el contrato de buena fe. El ejemplo está dado para denotar la extensión de la subjetividad de la causa en ambas perspectivas (causa final y determinante y causa impulsiva).

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.¹¹

Como se ve, nuestro Código Civil, y de manera casi idéntica el Código de Comercio en su artículo 101,¹² ofrece la ventaja de que los contratos aun cuando revistan todos los requisitos esenciales para la validez en el momento de celebrarse, pueden ser objeto de control posterior por parte del juez para evitar el detrimento del orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, encontramos en nuestra definición, como en la francesa, la noción de falsa causa. El objeto de este repaso histórico no abordará con profundidad este punto,¹³ pero basta decir que su aplicación ha sido subsumida por vía de la teoría del error esencial.¹⁴ Este es un marco

¹¹ El ejemplo del tercer inciso hace alusión a la falta de causa. Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido reacia a declarar que un acto jurídico carece de causa. En palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta: "En Colombia, la noción legal de la causa no admite la posibilidad de que pueda presentarse un acto jurídico carente de ella. En efecto, todo acto humano necesariamente obedece a ciertos móviles verdaderos o falsos que determinan la voluntad. Aun los actos de los dementes obedecen a un móvil que, no por erróneo y hasta absurdo, deja de ser el motor de la voluntad" (2005, p. 282).*error esencial. a por v aplicaciuestro repaso histluntad. los actos de los dementes obedecen a un men pdez en el momento de cele*

¹² Si bien el Código de Comercio trata en esta disposición la causa en el contrato de sociedad, se podría aplicar esta norma siguiendo que los vacíos en la ley comercial deben llenarse primero por la analogía. "Artículo 101. Para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. Se entiende por error esencial el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes".

¹³ A este respecto ver Josserand (1950), donde se hace un análisis del artículo 1131 del Código Civil francés.

¹⁴ La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de octubre de 1938

muy general de la causa en el derecho colombiano. Unas cuantas palabras sobre las últimas décadas, lo que es propio llamar “la historia reciente de la causa”.

La teoría de la causa, particularmente desde la década de 1990 hasta nuestros días, ha ampliado su espectro enormemente. En efecto, como explica Bernal Fandiño:

Eva Mouial Bassiliana en su tesis sobre la renovación de la causa en derecho de contratos expone cómo la causa se ha renovado en materia contractual. La jurisprudencia francesa de los últimos años se ha manifestado al respecto creando un fenómeno que autores como Yves Lequette llaman la “subjetivización de la causa”. Así, a través de importantes decisiones de los tribunales franceses se puede observar que la causa del contrato busca la protección de la coherencia contractual así como la proporcionalidad de las prestaciones (2006, p. 229).

Los fallos de la Corte de Casación francesa, por lo menos en lo que atañe a nuestro estudio, esto es, la causa como protección de la coherencia contractual, del cual se deriva a nuestro modo de ver el segundo aspecto que rescata Bernal Fandiño, serán analizados a fondo en la siguiente parte. Baste decir que la Corte de Casación ha ampliado y subjetivizado, aún más que antes, la causa como requisito para la validez. Como se encontrará a su turno, la Corte ha abierto la posibilidad de que por hechos so-

(G. J., tomo XLVII, núm. 1941) dijo que cuando el objeto de la manifestación de la voluntad es distinto al que se cree, o también cuando ocurre lo propio con las partes del contrato, si bien es cierto que el 1524 es el marco general, el principio aplicable es el error, siempre protegiendo la buena fe de los contratantes. En igual sentido, el Código de Comercio adoptó esta visión (ver el artículo 101 citado *supra*).

brevinientes, con cierta responsabilidad de uno de los contratantes, el contrato sea controlado posteriormente por el juez para preservar la coherencia contractual que las partes fijaron en el principio.

Esta postura de la Corte de Casación, no obstante, ha sido duramente criticada por algunos profesores franceses. Entre ellos, Terré, Simler y Lequette (1993) argumentaron:

Siguiendo a la Corte de Casación, desde que una parte dé a conocer a la otra parte el fin que aquélla persigue y que ese fin no sea viable económicamente, podrá demandar la nulidad del contrato por ausencia de causa ... en esta lógica, toda persona que contrate deberá en adelante preocuparse de la viabilidad de la empresa a la cual su contratante destine el objeto que se procura por medio del contrato (1993, núm. 322-1).

El debate persiste aun hoy. Las pocas páginas que hemos dedicado a la causa muestran que no es suceso pasado ni que permanece como letra muerta en los códigos, sino que su aplicación y extensión siguen siendo motivo de estudio. Las perspectivas a futuro de la institución, como lo evaluaremos a su turno, presentan una serie de problemas que será difícil llegar a sortear. No obstante, vale destacar lo apuntado por el profesor Guzmán Brito sobre el futuro de la *consideration* del *common law* y la *cause* francesa. El jurista chileno afirma:

Como se sabe, en los diversos proyectos de derecho europeo unificado de contratos, en los que expresamente va impreso el designio de fundir

el *common law* y el *civil law*, la incompatibilidad de la *consideration* y la *cause*, proclamada con tanta reiteración, ha obrado como una suerte de prejuicio bloqueador de cualquier eventual intento de buscar la posible unidad de ambas. En tales circunstancias, se ha optado por suprimir a las dos. Así, ni los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit (1994), ni The Principles of European Contract Law (llamado Proyecto Lando, versión de 1998), ni el libro I del proyecto de Code européen des contrats (2001) de la Academia de lusprivatistas Europeos (Pavía), en efecto, mencionan nada parecido a la *consideration* o a la *cause* en sus articulados, como exigencia general o especial del contrato.

Coetáneamente, en algunos países cuyos antiguos códigos habían recibido la noción de causa por influencia del Code Civil, al ser aquellos sustituidos por un nuevo cuerpo legal, simplemente la suprimieron, como, en el ámbito europeo, ocurrió en el libro III del nuevo código de Holanda puesto en vigencia en 1992. En el área americana, el requisito de la causa había sido eliminado en el segundo (1936) y tercer (1984), códigos del Perú, mientras que el primero (1852) la había aceptado plenamente; y en sentido semejante obró el nuevo código de Québec (1991) (2003, p. 381).

II. DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES DE LA CAUSA Y PARALELO CON LA BUENA FE EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS

A. Desarrollo de la causa por parte de la Corte de Casación francesa

Como se venía anticipando en la segunda parte de este estudio, la causa ha venido “subjetivándose”. Este tránsito cualitativo se debe, sin lugar a dudas, a los fallos de las últimas décadas del siglo XX realizados por parte de la Corte de Casación francesa. A continuación se mencionarán dos de ellos para evidenciar la extensión que se ha hecho de los artículos 1131 a 1133. A renglón seguido, se tratará de responder a la pregunta central de nuestro estudio, haciendo uso de los desarrollos doctrinales del principio de buena fe.

En primer lugar, es de capital importancia resaltar la sentencia de la Sala de lo Comercial, del 22 de octubre de 1996. Los hechos son los siguientes: la sociedad *Banchereau* deseaba hacer parte de un proceso de adjudicación, motivo por el cual debía presentar una serie de documentos en otra ciudad. Era de vital importancia, sin embargo, que los documentos se presentasen antes del día siguiente a las doce del mediodía. Teniendo en cuenta esto, *Banchereau* celebró un contrato de transporte con *Chronopost*, una empresa de correos exprés, cuya reputación comercial, así como sus costos, aseguran el rápido envío y puntualidad de las mercancías.

Sin embargo, debido a hechos imprevistos, los documentos llegaron tarde y *Banchereau* perdió la oportunidad de participar en la adjudicación. *Banchereau* entabla una acción para pedir la indemnización de perjuicios, pero *Chronopost* alega que, en virtud de una cláusula de limitación de responsabilidad solo responde por el costo del envío en caso de incumplimiento.

En sentencia de primera instancia se falla en contra; el tribunal de Caen se atiene a los argumentos de *Chronopost* y se desestiman las pretensiones de *Banchereau*, lo mismo ocurre con el tribunal de apelaciones de Rennes. Sin embargo, la Corte de Casación francesa casa las sentencias impugnadas y decide la plena indemnización a favor de *Banchereau* alegando que la cláusula contrariaba la causa, esto es, el móvil que llevó a las partes a contratar. La Corte aduce:

Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contre disait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé" (CCasación francesa, 22 oct. 1996, num. 93-18632).¹⁵

15 El incumplimiento de *Chronopost*, para la Corte, equivale a privar de coherencia al contrato suscrito por las partes, máxime cuando la razón, el móvil que llevó a *Banchereau* a contratar (y así lo expresó en varios correos) era el de asegurar la puntualidad de las encomiendas, por lo cual dicha cláusula limitativa de responsabilidad atenta contra la causa prevista en el artículo 1131.

Otro caso igualmente diciente fue decidido por la sala primera civil, el 3 de julio de 1996. En esta sentencia se debatía frente a los siguientes hechos: una pareja arrienda un total de 200 videocasetes para establecer un "vídeo club" en la pequeña ciudad de Grenoble, de apenas 1340 habitantes. Sin embargo, luego de un tiempo, se demanda el contrato por ausencia de causa. El argumento de los particulares es que apenas el 10% de los habitantes de Grenoble contaba con el instrumento tecnológico para poder visualizar los cassetes. La Corte, en efecto, resolvió el contrato afirmando:

S'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors c'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Y... dans le cadre de la convention de création d'un «point club vidéo» (CCasación francesa, 3 jul. 1996, num. 94-14800).¹⁶

Este caso demuestra, una vez más, que la coherencia contractual necesita que los motivos, aun siendo sobrevinientes al contrato, como ocurrió con el caso de *Chronopost*, deban subsistir para que este sea eficaz. La causa, como lo afirma Bernal Fandiño, responde al porqué se celebra el contrato y, como lo demostró la Corte de Casación francesa en estas sentencias, este móvil

16 Valdría hacer la pregunta si aquí los particulares no incurrieron en culpa y, consecuentemente, sería contrario a derecho afirmar que pudiesen beneficiarse de su propia culpa. ¿Por qué los particulares no estudiaron un poco las posibilidades para hacer viable su negocio?, ¿por qué el arrendador debe sufrir con la negligencia de estos?

debe subsistir durante toda la etapa contractual (2006, p. 240). Si no subsiste, la causa desaparece, aun cuando haya prestaciones recíprocas como lo abordaba la teoría clásica, y consecuentemente el contrato es nulo, así como las cláusulas adicionales.

B. ¿La buena fe hubiera podido conducir a los mismos resultados?

La buena fe como pilar que irradia las relaciones entre particulares está, asimismo, consagrada por el Código Civil francés en su artículo 1134.¹⁷ Su contenido, como expresa el tratadista uruguayo Gustavo Ordoqui, no está fijado de antemano sino que se adecúa a las circunstancias particulares que se presenten. Por ello ayuda para integrar, interpretar y controlar los contratos tanto en sus fases preliminares (precontractual), de ejecución y posteriores (postcontractuales).

La causa, a nuestro modo de ver, se entiende subsumida por este principio que tanto han desarrollado tratadistas en el derecho comparado. Tomemos como punto de partida la siguiente reflexión del tratadista italiano Massimo Bianca:

La buena fe como principio de solidaridad contractual se especifica en dos cánones de conducta fundamentales, el primer canon, de buena fe, válido, en especial, en la formación y la interpretación del contrato, impone la lealtad del comportamiento. Por su parte, en la ejecución

del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon como obligación de salvaguarda; en este caso la buena fe impone a cada una de las partes obrar de manera tal de preservar los intereses de la otra con independencia de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual de *neminem laedere* (2007, núm. 254).

En efecto, durante la etapa de la ejecución del contrato, la buena fe le impone a las partes un deber de salvaguarda. Cuando las partes contratan lo hacen en aras de lograr un beneficio mutuo, de conseguir un resultado. Sin embargo, este resultado no se limita a la esfera de acción de la parte interesada en un determinado efecto, sino que, por el contrario, la buena fe impone al otro contratante el deber de sacrificarse (en sus justas medidas) para poder lograr dar con el resultado previsto que movió en primer lugar a contratar.

Massimo Bianca (2007) continúa afirmando:

Este compromiso de solidaridad, que se proyecta más allá del contenido de la obligación y de los deberes de respeto del otro, encuentre su límite en el interés propio del sujeto, pues este tiene que velar por el interés del otro, pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio apreciable, personal o económico. En efecto, a falta de una particular tutela jurídica del interés ajeno no se justificaría la prevalencia de ese interés sobre el interés propio del contratante (num. 259).

En últimas, el autor resume muy bien su posición alegando que durante la ejecución del contrato la buena fe se puede identificar con “la

17 “Artículo 1134. Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe”.

obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable” (2007, núm. 254).

Ahora bien, esta es apenas una de las aplicaciones teóricas de la buena fe. Sin embargo, resulta útil e ilustrativa para afirmar que la buena fe, durante la etapa de la ejecución del contrato presta la debida protección a la coherencia contractual. Tomemos el caso de *Chronopost* en primer lugar. La *ratio decidendi* de la Corte de Casación consistía en afirmar, como se vio, que la causa, esto es, la razón por la cual *Banchereau* contrató con *Chronopost* implica que los pactos limitativos de responsabilidad atentan contra ella, por lo menos en el caso particular. Sin embargo, a la luz de la buena fe el análisis puede ser similar. En efecto, la buena fe “impone a la parte la consideración de la utilidad de su contraparte” (Massimo Bianca, 2007, núm. 255) y, por consiguiente pactar una cláusula limitativa que directamente exime de la responsabilidad por el daño causado atenta contra la utilidad misma que perseguía *Banchereau*, lo cual es contrario al postulado de la buena fe.

Los deberes de lealtad, asimismo, pueden aportar un nuevo argumento. Si uno de los deberes de lealtad consiste en no desconocer la confianza dada, *Chronopost* al limitar su responsabilidad lo está haciendo. Cuando *Banchereau* contrató lo hizo teniendo en cuenta que *Chronopost* aducía ser el más rápido del mercado, y por esto mismo depositó en este su confianza para lograr la finalidad esperada.

Respecto del segundo caso la respuesta apunta en otra dirección. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la buena fe hubiese llevado a un resultado más equitativo pues protege el interés del arrendador de los casetes, interés que no fue tenido en cuenta por la Corte de Casación.

La buena fe como garante de la coherencia contractual, esto es, de la utilidad que legítimamente se espera de este acto, no debe, empero, atentar contra el interés de la contraparte; allí se encuentra el límite de su campo de aplicación. En la sentencia en comento, si bien el “vídeo club” no pudo ser constituido y, por consiguiente, el interés de los particulares fue lesionado, no puede ello llegar al punto de lesionar al arrendador que celebró el contrato buscando su interés particular.

La Corte asumió que en el momento de contratar no había los elementos que hicieran posible el éxito, esto es, lograr la finalidad que los particulares en Grenoble buscaban. Si bien es cierto objetivamente, llevar al extremo de anular negocios de este tipo equivale a sustentar que cualquier empresa que no logre su cometido porque el mercado no presentaba las circunstancias al momento de la celebración del contrato carece de causa. Es, a nuestro modo de ver, llevar muy lejos la teoría, lesionando no solo el interés de la contraparte sino la misma seguridad jurídica.

Ahora bien, aun cuando este caso no muestra que la buena fe pueda ser una institución que obtenga los mismos resultados que la causa, lo cierto es que sus resultados son más equitativos. El contrato bajo la óptica de la buena fe, si

bien no hubiese sido declarado nulo por ausencia de causa, hubiese impuesto al arrendador de casetes (hasta cuando su interés se halle lesionado) un deber de salvaguardar el interés de los particulares (por ejemplo, ofrecer su conocimiento del mercado para ponerlos en contacto con otros comerciantes que vendieran VHS a un menor precio de lo normal) logrando, así, un equilibrio entre las perspectivas de utilidad de ambas partes.

III. PROTECCIÓN DE LA COHERENCIA CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

Como se advirtió, el ordenamiento mexicano ha sido uno de los pocos en América que se ha apartado de la noción de causa, prescindiendo de ella como uno de los requisitos indispensables para la existencia del negocio jurídico contractual y acogiendo soluciones alternativas para resolver los problemas que en el tráfico jurídico emergen, y que podrían ser objeto de análisis desde el cariz de la causa, es decir, desde la respuesta a ¿por qué contrataron las partes?, protegiendo su intención y, en definitiva, dando prevalencia a su interés en el contrato.

De conformidad con el artículo 1792 del Código Civil federal de la nación mexicana, que rige en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal, convenio es el acuerdo de dos o más personas para “crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” (CC mexicano art. 1792).

Posteriormente, el artículo 1794 de la misma codificación nos dice que para la existencia del contrato se requiere: i. Consentimiento; y ii. Objeto que pueda ser materia del contrato. El artículo 1795 prescribe las razones por las cuales el contrato puede ser declarado inválido: i. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; ii. Por vicios del consentimiento; iii. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; y iv. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”. Finalmente, el artículo 1796 dispone: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

Son ciertamente numerosísimas las aplicaciones que en derecho mexicano tiene el principio de la buena fe, al punto de considerarlo como el principio general del derecho de mayor importancia.

Dicha suplencia de la causa se ha dado por cuanto la moderna doctrina ha llegado al entendimiento certero de que como dice Díez-Picazo (1963), el ordenamiento jurídico exige el comportamiento de buena fe no solo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesta (ej. no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al próximo todo aquello que exige una fraterna convivencia y que comporta, entre otras cosas, el interés de las partes, como pueden ser por

vía de ejemplo, los deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, de información, etc.).

En el ámbito contractual, el citado artículo del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Con todo, es en la esfera de la interpretación del contrato o convenio en donde el derecho mexicano establece, de forma más manifiesta, el vínculo que ha construido entre la aplicación de los efectos de la causa contractual y los que devienen del principio de la buena fe, en socorro de problemáticas complejas que de otro modo no recibirían del ordenamiento respuestas con el mismo grado de solvencia.

Lo anterior por cuanto la buena fe en la interpretación del acto significa que los hombres deben confiar en que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos que normalmente ha producido en casos iguales. Un buen ejemplo nos lo ofrece la teoría de la apariencia.

De acuerdo con una rigurosa aplicación de la causa en los contratos, se infiere razonablemente que esta no solo debe estar siempre presente en todo negocio jurídico que “se precie de serlo”, sino que debe también en todo caso ser real y no aparente.

Pero, ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho, y que sobre la base de

este título lo transmite a un tercero de buena fe. La aplicación estricta de aquel principio conduciría a privar a este tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto. La ley lo protege. Veamos algunos casos:

Sea el primero, el del heredero aparente. Sucedía a veces que una persona obtiene una declaratoria de herederos en su favor o que presenta un testamento en el cual es designado heredero. Enajena un bien del haber hereditario a un tercero de buena fe. Luego aparece otro heredero con mejor derecho, sea porque prueba un vínculo con el causante que desplaza al anterior, sea porque presenta un nuevo testamento que designa otro heredero.

Es evidente que quien anteriormente fue declarado heredero no tenía en realidad ese carácter, por lo cual no podía enajenar un bien de la sucesión. Pero sería injustísimo privar de su derecho a quien ha adquirido el bien confiado en el título que ostentaba el heredero aparente, bien entendido que este adquirente para ser protegido por la ley debe ser de buena fe, es decir, ignorar que existía otro heredero con mejor derecho que el del aparente.

Otro tanto ocurre con los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado: supongamos que una persona ha adquirido un inmueble dolosamente para hacerse transmitir el dominio de su anterior propietario. El nuevo dueño inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Pero luego, el enajenante promueve una acción

de nulidad y se declara judicialmente nula dicha operación. No obstante, mientras el bien estaba a nombre del adquirente doloso, lo ha vendido a un tercero de buena fe a título oneroso, que ha confiado en la constancia del Registro de la Propiedad. La ley lo protege, dejando a salvo su derecho ante la posible reivindicación del dueño.

También se aplica la idea de la apariencia en el caso del mandatario cuyo encargo ha cesado por revocación, fallecimiento o incapacidad sobreviniente del mandante; si los terceros que han contratado con el mandatario ignoraban sin culpa la cesación del mandato, el contrato será válido respecto del mandante y de sus herederos.

Lo anterior, por cuanto una razón de seguridad jurídica obliga a proteger al tercero de buena fe que creyó en la existencia del mandato.

A. Desarrollo jurisprudencial del principio de buena fe frente a las aplicaciones más extendidas de la teoría de la causa

Respecto del principio de buena fe contractual, la jurisprudencia mexicana ha señalado que en los casos específicos el apartarse de la conducta debida, cosa que a menudo en otros ordenamientos se tiene por evento presunto de desconocimiento de la causa contractual, se traduce en un hecho ilícito.

Los sujetos de derecho [afirma el Tribunal], por cuanto exteriorizan su voluntad contractual y esta constituye la norma individual a la que se sujetan, se constituyen a la vez en los propios Jueces de su conveniencia; el juzgador formal,

en tanto es parte de la estructura judicial del Estado, lo será en caso del abuso, de la lesión, o de la mala fe de los intervenientes, no de la apariencia contractual que pudiera nunca descubrirse. Conforme a ello, el apartarse de la buena fe, comporta una conducta ilícita, sancionable por el derecho, en los términos previstos en el artículo 1910 del Código civil federal.

Así se considera [continúa el Tribunal], porque la protección de la confianza suscitada y la seguridad misma de los actos jurídicos, exigen que quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulta verosímil conforme a la normatividad legal y contractual aplicables, debe asumir las consecuencias que de ello deriven; de manera que no resulte lícito apartarse ni querer evadirse de ellas (Quinto Tribunal Colegiado, 2011).

De otra parte, tal como ocurre con la observancia de patrones de comportamiento acordes con lo que se desprende de la causa del convenio celebrado, también la aplicación del principio general de buena fe implica una conducta de cooperación y de generación de confianza entre los contratantes; en este sentido se ha señalado que la buena fe exige en los sujetos una positiva actitud, que se concreta en la incondicionada apertura a cooperar y en la generación de confianza en las propias manifestaciones de voluntad, aun en las emitidas a través de un sujeto diverso, que si bien tiene personalidad propia conforme a la regulación legal, ha cedido su aptitud para obligarse y decidir motu proprio;

Manteniéndose de tal suerte la palabra empeñada, y trascendiendo dicho principio como un

límite permanente para el ejercicio de los derechos subjetivos involucrados.

En consecuencia, la buena fe solo opera en las relaciones intersubjetivas, en tanto pueda asumirse que uno de los sujetos no puede esperar del otro una conducta perjudicial a los intereses manifestados y concretados conforme a la propia ley, es decir, debe actuar con arreglo a la lealtad contractual (Quinto Tribunal Colegiado, 2011).

Finalmente, un caso particularmente interesante lo encontramos en los vicios de que puede adolecer la mercancía o el servicio materia del contrato, es decir, cuando es defectuosa la prestación en que se materializan los derechos y las obligaciones en correlato para las partes, puesto que al advertirse merma en la calidad, cantidad o conformidad de la cosa prometida (bien o servicio), lo que ordinariamente estaría en grave compromiso sería nada menos que la adecuada atención de la o las partes incumplidas, en relación con las particulares exigencias que les impone el acatamiento y ceñimiento de sus actuaciones a la causa del contrato.

La jurisprudencia mexicana ha entendido que ante el reconocimiento de una infracción al principio de buena fe, en supuestos como los anteriormente descritos, se hace necesaria la comunicación entre las partes para su corrección o reposición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 383 del Código de Comercio de la federación. Al respecto dice la Corte:

Toda transacción mercantil se encuentra basada en los principios de autonomía de las par-

tes, buena fe y la teoría de los actos propios; sin embargo, entre los principios que busca privilegiar el artículo 383 del Código de Comercio se encuentran el de la conservación de los contratos, la comunicación entre las partes y la destreza en la gestión de sus legítimos intereses, con el objeto de que a través del medio idóneo de contacto, se logre entre las partes del contrato el conocimiento de los vicios de la mercancía o servicio materia del mismo, a efecto de reponerla o corregirlo y, con ello, privilegiar el tráfico mercantil entre los comerciantes, como oportunidad para la autocomposición; comunicación que, en todo caso, constituirá la prueba de la inconformidad ante tales vicios, en el procedimiento judicial (Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito Civil, amparo directo 596/2013. 16 ene. 2014).

IV. USOS DE LA TEORÍA DE LA CAUSA POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

El desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la causa como mecanismo de protección de la coherencia contractual, no ha seguido la misma tendencia que la iniciada por la Corte de Casación francesa. En efecto, nuestra Corte ha sido más bien reacia a adoptar una postura completamente subjetivista de la causa del contrato y se ha ceñido (o las más de las veces ha optado por otros argumentos para decidir sus fallos) a lo dispuesto en el artículo 1524 de nuestro Código Civil. Asimismo, el uso de la noción de *ausencia de causa* desarrollada ampliamente por la Corte de Casación francesa¹⁸ ha sido ignorado por nues-

18 Al respecto, Terré, Simler y Lequette (1993, p. 310).

tra sala civil, o por lo menos eso es lo que sus fallos permiten vislumbrar.

Si bien el porqué de esta discrepancia entre el alcance de los conceptos de causa en Francia y Colombia es un tema de decisión jurídica y, por consiguiente, no nos es dable juzgar, los efectos de dicha decisión sí resultan patentes al tratarse de la coherencia contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido renuente a optar por proteger la extrema subjetivación de los móviles que llevan a las partes a contratar. Un efecto de ello es evidente en tratándose de la sentencia del 30 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado William Namen Vargas. A continuación un breve sumario de los hechos para poder realizar nuestro análisis.

La sociedad Inversiones M. Uribe & Cía. S. en C. (Sociedad Uribe) demandó a la sociedad C. I. Ecomilenio S. A. (Ecomilenio) porque, según la primera, el negocio jurídico que consistía en que Sociedad Uribe “enajenaba” el 20% de sus activos (que ascendían a una suma de 200.000.000 de pesos) en favor de Ecomilenio a título de aporte a capital social, con la promesa de que el 80% restante fuera enajenado en una fecha posterior. La demandante, en recurso de casación, y luego de que tanto en primera como en segunda instancia fueran denegadas las pretensiones, solicitó que se declarara la simulación relativa o, en su defecto, la ausencia de causa. Para sustentar sus pretensiones Sociedad Uribe alegó que esta nunca tuvo la intención de asociarse con Ecomilenio sino que, por el contrario, el verdadero móvil residía en la necesidad de vender los activos. La Corte des-

estimó las pretensiones y confirmó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

La Sala Civil de la Corte, en tratándose del cargo referido a la ausencia de causa (nuestro interés para efectos de este estudio) alegó:

[Es necesario desestimar la nulidad absoluta del contrato] “por falta de causa” al encontrar probado un negocio jurídico mercantil de aporte en especie relativo al 20% del dominio sobre los predios para adquirir la calidad de accionista, cuya causa real y lícita, móvil o motivo determinante, es el “deseo que tenía la sociedad demandante de asociarse y participar en la ejecución conjunta de un negocio con la sociedad” demandada (sentencia 30 ago. 2010. M. P.: W. Namen Vargas).

El argumento fue descartado de plano por la Corte aun cuando el demandante adujo que en los tratos anteriores a la celebración del contrato había rechazado la posibilidad de asociarse, y que fue luego la escritura pública la que obvió esta voluntad (el contrato fue celebrado por la esposa del representante legal y no por él en persona).

Las consideraciones de la Corte respecto a este punto merecen unas palabras. La diferencia con la postura asumida por la Corte de Casación francesa es evidente. En primer lugar, en las sentencias de la Corte de Casación bastó con que los señores de Grenoble manifestaran su intención de conseguir la finalidad de montar el video club para que, en ausencia de circunstancias que permitieran la consecución del resul-

tado, declarara la ausencia de causa en el contrato. En este caso es muy diferente. En primer lugar, la Corte Suprema no aceptó el argumento de falta de causa por parte de Sociedad Uribe para anular el contrato, y más bien se sostuvo en aras de proteger la coherencia contractual del negocio suscrito en la escritura pública.

Vemos, entonces, que en este punto la Corte Suprema no hizo uso de la teoría de la causa para proteger la coherencia contractual sino que, por el contrario, privilegió el contrato celebrado por sobre los móviles de Sociedad Uribe para llegar al resultado presentado en la sentencia. Ahora bien, conforme a esta decisión podemos afirmar que la teoría de la causa como forma de protección de la coherencia contractual no ha tenido mucho recibo. Sin embargo, si bien es cierto que la muestra es muy pequeña para hacer de esta conclusión particular una general, lo cierto es que investigaciones futuras podrían determinar la generalidad de la afirmación. No basta con que un contratante busque una finalidad y que ejecutado el contrato en otros términos luego se reafirme en su parecer original. Esto es apenas la expresión de la buena fe en lo que ha sido llamado doctrina de los actos propios. Sociedad Uribe, si bien en los tratos precontractuales asumió una postura (la de vender y no la de asociarse), no puede actuar en contra de sus actos que demostraron todo lo contrario. Esto resulta incluso más evidente, máxime cuando la reclamación en el fondo quería que se declarara la lesión enorme en el contrato de compraventa pues los terrenos entregados a Ecomilenio valían mucho más de lo que se pensaba. Aquí, la Corte hizo uso de la buena fe para llegar a un

resultado más equitativo. En suma, la postura de la Corte fue la de no hacer uso de la causa como principio cardinal de la economía contractual sino privilegiar la buena fe.

Ahora bien, se puede afirmar sin ningún género de dudas, que uno de los temas en los que más se ha hecho presente y que más disertaciones interesantes ha merecido tanto de parte de la más ponderada doctrina como de la jurisprudencia nacional, ha sido el de la simulación, como fenómeno en el cual lo que está por verse según sostienen algunos, es en el fondo la inexistencia o ausencia de causa del contrato, o la existencia de una que adolece de ilicitud.

Así es como se ha discutido en diferentes etapas de nuestra historia jurisprudencial, si los eventos simulatorios de carácter absoluto podrían equipararse en todos sus términos y particularidades a aquellos en los cuales no hay causa del contrato, cosa que es apenas una derivación lógica de la carencia de convención, pues, la voluntad de las partes no apunta a la producción de ningún efecto, con independencia de cuanto se halla predicado en público, es decir, la existencia de un negocio jurídico, caso en el cual se actúa con la reserva mental de las partes de que dicha aseveración tiene por único asidero la mera ficción de su concertada inventiva.

Al paso que la causa ilícita se podría evidenciar en los casos en que la simulación es apenas parcial o relativa, esto es, como se sabe, cuando lo que se pretende es que en persecución de una finalidad contraria a derecho, no ocurre lo mismo en todos los casos. Cuando no es contrario a un

fin lícito se busca que prevalezca sobre el contrato aparente lo estipulado en otro contrato secreto u oculto, que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes, las cuales, como bien se echa de ver, lejos de no haber querido contratar, sí lo han hecho efectivamente, aunque en forma distinta de como reza el instrumento de público conocimiento, ya respecto de la naturaleza del negocio, ya en relación con su contenido o con las personas que en él intervienen.

En sentencia del 26 de enero de 2006, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, se analiza la petición en sede extraordinaria impetrada por María Paulina Huertas Cruz, quien pidió declarar la simulación relativa del contrato de compraventa del inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, celebrado entre Edgar Enrique Vásquez Cortés y Luis Enrique Morillo Álvarez; así mismo, que el verdadero comprador fue Rafael Edgar Vásquez Mondragón, quien hizo figurar a su hijo “con el único propósito de defraudar los intereses de la sociedad conyugal” (CSJ Civil, sentencia 26 ene. 2006) que tenía con la demandante; en consecuencia de dicha declaración, pidió ordenar la modificación del instrumento público en que constaba la operación, para que se sustituyera el nombre del verdadero comprador; disponer la corrección del registro en el mismo sentido y condenar a los demandados al pago de frutos y costas procesales. Los hechos que sirven de sustento al *petitum* se compendian en lo pertinente como sigue:

El 26 de mayo de 1987, Rafael Edgar Vásquez adquirió de Luis Enrique Morillo la casa de habi-

tación a que se hizo alusión, según consta en la escritura pública correspondiente. Sin embargo, al momento de celebrarse el contrato y “con el ánimo de defraudar la sociedad conyugal vigente que tenía establecida con la demandante, decidió de mala fe, no aparecer como el verdadero comprador sino que en su lugar hizo figurar como comprador a su hijo menor Edgar Enrique Vásquez Cortés, quien en esa época contaba con la edad de 13 años”, razón por la cual el padre figuró como representante legal de este.

Rafael Édgar Vásquez mantuvo bajo engaño a su esposa hasta el día de su fallecimiento, haciéndole creer que había comprado a nombre propio. Así pues, en concepto de la señora Huertas, el demandado Vásquez Cortés fue utilizado como interpuesta persona para que figurara como comprador, sin tener conciencia de ello, ni capacidad económica, en cuanto dependía de su padre, quien respondía por todos los gastos derivados de su alimentación, educación, vestido, manutención y establecimiento. Además, no trabajaba, no tenía peculio propio, tampoco los conocimientos necesarios para llevar a cabo ese contrato. Más aún, el padre pagó el precio de compra que ascendió a \$6'500.000,00, “para distraer dolosamente los bienes de la sociedad conyugal”, como lo demuestran los cuatro cheques que giró con ese propósito, de su cuenta corriente.

Entonces, en concepto de la demandante, no hubo compraventa entre Edgar Vásquez Cortés, comprador simulador, y Luis Enrique Morillo, vendedor del inmueble, por no existir precio entre ellos, ni ánimo de comprar en aquel, por tra-

tarse de contrato simulado. Por tanto, la venta es nula, toda vez que el padre del demandado procedió de esa manera para defraudar la sociedad conyugal y a la vez adelantar en vida la herencia de su hijo habido en matrimonio anterior, por lo que existe “una causa ilícita; la de defraudar la sociedad conyugal vigente al momento de la compra” (sentencia 26 ene. 2006, C. I. Jaramillo Jaramillo). Lo anterior había dado paso a ciertas actuaciones del señor Vásquez Cortés, quien amenazaba con desconocer la posesión que ella ejercía sobre el inmueble, así como los derechos emanados de la sociedad conyugal que tuvo con Rafael Edgar Vásquez.

A este respecto, la Corte consideró de enorme trascendencia el precisar que la pretensión principal formulada por la demandante fue la de simulación relativa del contrato de compraventa celebrado entre Edgar Vásquez Cortés, representado por su padre Edgar Vásquez Mondragón, y Luis Enrique Morillo Álvarez, la que fue denegada en las instancias. Pero en ella no insiste más el recurrente, quien ahora, en sede de casación, la abandonó para centrar su acusación en el pronunciamiento que se hizo en torno a la primera pretensión subsidiaria, tocante con la nulidad absoluta de dicho contrato, por supuesta causa ilícita. Y también conviene recordar que la súplica simulatoria se fincó, entre otras reflexiones, en que la razón por la cual se hizo figurar en el contrato al hijo por el padre, siendo que este —según la demanda— fue el verdadero comprador, consistió en “distraer dolosamente los bienes de la sociedad conyugal” (sentencia 26 ene. 2006, C. I. Jaramillo Jaramillo), argumento que también adujo

la demandante para justificar la existencia de una causa ilícita.

Dicha sentencia, aun cuando no casó la providencia demandada por desestimar el cargo de error en la apreciación, esgrimiendo consideraciones relacionadas entre otras cosas con la índole de la actuación del padre, circunscrita a la representación de su menor hijo, sí enfatizó en algunas notas de indispensable claridad acerca de la petición de la demandante en torno a la declaración de una causa ilícita en el contrato de compraventa suscrito entre Vásquez y Morillo, por haber existido una simulación en la persona del comprador del inmueble.

Dijo la Corte en la oportunidad que al margen de si ese hecho se probó, lo cierto es que un mismo motivo fue invocado como detonante de la simulación relativa y de la nulidad absoluta por causa ilícita, acaso olvidando que la ilicitud del motivo que induce a contratar solo provoca la invalidez, *stricto sensu*, en tratándose de negocios jurídicos ciertos y reales, lo que supone entonces su existencia jurídica, no así en frente de negocios fingidos o aparentes, total o parcialmente. De allí que sea algo contradictoria la postura asumida por la parte demandante, pues si el contrato de compraventa es simulado, como lo sostuvo en las instancias, no podría a esas alturas, en sede de casación, afirmar —implícitamente— que no lo es, en orden a fincar un cargo en el que reprocha al tribunal por no haber reparado en pruebas que, a su juicio, dan cuenta de una causa ilícita propiamente dicha.

Mas con independencia de esta problemática, es útil memorar que en el derecho patrio toda obligación surgida de un contrato bilateral debe tener una causa real y lícita, que según se ha dicho, para la doctrina mayoritaria se vislumbra en el interés concreto que impulsa a cada una de las partes a celebrar el respectivo negocio jurídico, sin identificarse con la contraprestación, como inicialmente lo sostuvo la escuela clásica. Si ese móvil es ficticio, aparente o artificial, o está prohibido por la ley, o es contrario al orden público, o a las buenas costumbres (art. 1524 C. C.), el contrato, aunque verdadero, pues las partes quisieron celebrarlo y efectivamente lo celebraron, adolecerá de nulidad.

Ahora bien, es indiscutible que el contrato existió y que fue ley para las partes, al punto que si se satisfizo la prestación correspondiente, no podrá repetirse lo pagado si se descubre que, a sabiendas, se contrató bajo causa ilícita (art. 1515 C. C.).

Cosa distinta acontece en los negocios simulados, en los que las partes no quisieron obligarse, o lo hicieron en términos distintos de los que refiere el respectivo contrato. En ellos, de manera particular en la simulación absoluta, en estricto sentido, no hay ley contractual propiamente dicha, porque la farsa o disfraz jurídico no obligan, ni bajo su amparo pueden construirse prototípicos lazos obligacionales. En palabras breves, el contrato simulado intrínsecamente no vincula, justamente porque se trata de una mentira. Y aunque es lo usual que se simule un contrato teniendo las partes una finalidad específica, ese móvil no es, ni puede ser, el designio que consti-

tuye la típica causa para contratar, precisamente porque las partes no quisieron hacerlo, sino apenas aparentar. Por eso el motivo que induce a simular es causa de la simulación, que no de contrato alguno.

Sobre este particular ha precisado la Corte, que “La nulidad sustantiva, en cualquiera de sus especies, no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación” (sentencia 26 ene. 2006, C. I. Jaramillo Jaramillo).

En consecuencia,

mientras en los contratos serios la causa ilícita engendra la nulidad de estos, en los negocios simulados la ilicitud del móvil o causa simulandi, no produce la misma consecuencia extintiva. En tales negocios, la causa simulandi, lícita o ilícita, sirve para explicar el porqué de la ficción o del engaño a terceros, pero no tiene repercusión alguna sobre la validez o la ineffectuación del contrato real u oculto, el cual tiene una causa propia que lo rige y que determina su validez o su nulidad.

Así las cosas, como la protesta del recurrente se encaminaba fundamentalmente a demostrar, que fue el señor Vásquez Mondragón quien celebró el contrato de compraventa con el señor Luis Enrique Morillo, solo que hizo figurar como comprador a su hijo Edgar Vásquez Cortés, para defraudar a la sociedad conyugal que el primero tenía con la señora Huertas, deviene claro que, en últimas, lo que se planteó fue la existencia de una causa simulandi ilícita en la celebración del referido contrato, y no que se hubiere configurado una causa ilícita en la venta ajustada entre Vásquez Cortés y Morillo,

o, en gracia de discusión, en la que, según la censura, habrían celebrado Vásquez Mondragón y Morillo (sentencia 26 ene. 2006, C. I. Jaramillo Jaramillo).

En nuestro ámbito jurisprudencial, también es cierto que pese a la claridad y elocuente unanimidad en la reciente y siempre profusa jurisprudencia al respecto, no siempre se ha tenido este criterio de juicio con el sentido ni con la decidida claridad con que hoy se observa en las decisiones del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Así es como se advierten interesantes consecuencias de la aplicación del artículo 1525 del Código Civil en los casos en que los simulantes actúan con móviles ilícitos, esto es, con una causa contraria a las leyes. El mencionado artículo establece que “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. Con base en esta norma la jurisprudencia anterior a 1964 le negaba el ejercicio de la acción de simulación a quien la hubiese propiciado por motivos ilícitos. Sin embargo, a partir de ese año se cambió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y se impidió así darle aplicación al referido artículo 1525 en los casos de simulación.

La base de esta nueva tendencia la constituyen razonamientos del siguiente tipo: si se llegara a admitir la aplicación de tal regla en el campo de la simulación, sobrevendría el caso de que el simulante actor, advertido por ello del posible insuceso de su pretensión, procuraría omitir u ocultar en su demanda toda referencia al móvil

ilícito y alegar una causa *simulandi* lícita y también ficticia.

En este supuesto corresponderá al simulante demandado descubrir y probar el verdadero móvil ilícito, a fin de evadir la restitución de los bienes recibidos en apariencia. Esto sería escandaloso, y resultaría doblemente inmoral que al demandante se le rechazara su acción por alegar un móvil ilícito y que, en cambio, al demandado se le permitiese acudir a ese mismo móvil para exonerarse de la restitución y consolidar el enriquecimiento injusto, obteniendo así un premio a su deslealtad y a su mala fe. Sería contrario a la justicia y a la más simple lógica que entre las partes simulantes no pudiera alegarse la simulación ilícita como acción, pero que sí se la pudiese invocar y hacer valer como excepción.

Además, denegar la repetición o la restitución de bienes en materia de simulación ilícita equivaldría a hacer ilusoria la acción correspondiente, y ello cuando la propia ley da margen al negocio simulado, reconociéndole efectos jurídicos entre las partes que lo conciernen. Esa denegación quebrantaría aquel principio que ordena preferir la realidad a la apariencia.

Dichas consideraciones, como es evidente, son fiel reflejo del principio general de buena fe, que por lo que hemos explicado, ya ha venido a llenar en el ordenamiento colombiano los vacíos que puede dejar la aplicación rigurosa de la noción de causa, y ya se ha constituido en casos de esta naturaleza en un régimen general, si así se nos permite nominarle, que ampara el recto proceder y le concede el sitial preponderante

que le asignaran los juristas de Roma cuando pensaron en el necesario premio a la *bona fides*.

Entonces, como se puede inferir de lo anteriormente dicho, no solo es viable examinar el complejo fenómeno de la simulación en sus diversas modalidades desde la teoría de la causa. Nos referimos a la causa final, en la que lo que se busca evaluar es la intención de las partes, puesto que la respuesta que su aplicación proporciona en definitiva es la que satisface el interrogante de ¿por qué contrataron las partes?, pero, como la propia Corporación lo explica, no sería suficiente para abarcar todo el fenómeno, dado que sería aplicable únicamente al negocio oculto si es que existe uno, pues como dice el doctrinante Suescún Melo:

Es posible que cuando se conozca el verdadero querer de las partes, aparezca que el acto efectivamente celebrado está afectado de un vicio que lo lleve a la ineficacia. En tal supuesto, la declaratoria de nulidad, por ejemplo, se producirá como consecuencia de haberse establecido la real voluntad de las partes, y deberá ser solicitada mediante el ejercicio de la acción correspondiente, que es distinta de la de simulación, o declarada de oficio por el juez, según la preceptiva aplicable (1996, p. 231).

Sin embargo, hay que decir que el análisis de la cuestión, no de forma tan manifiesta en los contratos relativamente simulados como en los que lo han sido en forma absoluta, es el desarrollo de una figura, la aplicación de un régimen estatuido, que también podría ser abordado desde la causa, pues hoy es claro que al referirnos a un contrato inexistente no tiene este causa nin-

guna ni lícita ni ilícita, ni encomiable ni digna de repudio, no tiene causa final ni eficiente; ahora, esta inexistencia emerge como realidad, con posterioridad al fallo de la acción de simulación, como deviene clara la inexistencia del contrato cuando el fallador decreta la ausencia de causa para este.

V. PERSPECTIVAS A FUTURO

La causa, como requisito de validez para los contratos, ha sido mantenida en los tres anteproyectos que vienen siendo debatidos en el seno de la academia jurídica francesa.¹⁹ Esto no quiere decir, sin embargo, que haya sido propuesta siguiendo el modelo original del Código Napoleónico de 1804. Muy al contrario, los tres revelan una revaluación y nueva delimitación del concepto. Si bien esto es cierto para su alcance y delimitación, también lo es que se mantiene en los tres como requisito para la validez de los contratos.

El proyecto Catala,²⁰ o *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, en primer lugar, conserva en su artículo 1108²¹ la causa como requisito para

¹⁹ El primero es el de Pierre Catala (1930-2012), profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Panthéón II-Assas, quien junto con otros profesores redactó un anteproyecto de reforma que incluye innovadoras mejoras como la unificación de la responsabilidad civil y un capítulo especial para los contratos electrónicos. De la misma manera, el también profesor de la Universidad de Catala, François Terré, presidió la comisión de la *Académie des Sciences morales et Politiques* que presentaría en el 2008 otro anteproyecto. Finalmente, el proyecto de la *Chancellerie*, presentado luego del de Catala, en 2005.

²⁰ Un buen estudio puede ser consultado en el siguiente enlace: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf

²¹ Proyecto Catala, art. 1108 “Cuatro condiciones son esenciales para la

la validez de los contratos. Asimismo, desde el artículo 1124 hasta el 1128 amplía la noción de la causa, en contraposición a los dos oscuros artículos del Código de Napoleón.

Ahora bien, el proyecto Catala es el que más ha recogido los fallos de la Corte de Casación francesa. En efecto, reza el artículo 1125 en su inciso segundo “Se reputa no escrita toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa”. Como se ve en este artículo, se ha buscado mantener la causa como una forma de control posterior para preservar la coherencia contractual iniciada con la formación del consentimiento.

El proyecto dirigido por François Terré, por el contrario, es el más reacio a consagrar la causa en los términos de la jurisprudencia reciente de la Corte de Casación francesa. El recelo comienza desde el momento mismo en el que se enuncian los requisitos para la validez de los contratos. Reza el artículo 49: “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'un contrat: a) le consentment des parties contractantes. B) leur capacité de contracter. C) Un contenu certain. D) la licité du contrat”.

Posteriormente, en la sección cuarta del mismo libro, el proyecto se limita a enunciar que el con-

validez de una convención:

- el consentimiento de las partes contratantes;
- su capacidad para contratar;
- un objeto que forma la materia de la obligación;
- una causa que justifique la obligación.”

trato es nulo absolutamente si contraría la ley o el orden público; hasta allí va la causa. Como se ve, la ausencia de causa ya no es consagrada y el espectro de control posterior, así como la protección de la coherencia contractual, en este proyecto, es limitadísimo.

En suma, se puede ver cómo la causa si bien sigue manteniéndose en la teoría jurídica francesa como pilar esencial de la validez de los contratos, su aplicación, uso y alcance en cuanto a la protección de la coherencia contractual no siguen un camino unificado.

Ahora bien, los esfuerzos por unificar el derecho privado europeo mediante códigos, leyes y principios compartidos, ha sido uno de los temas jurídicos más relevantes en el siglo XXI. El proyecto del profesor Lando, el Proyecto Pavía, los principios UNIDROIT, entre otros, han intentado unificar el derecho privado para que este mantenga su vigencia en el contexto de un mundo cada vez más interdependiente y menos cerrado en sus fronteras nacionales.

La causa, sin embargo, ha sido una de aquellas instituciones jurídicas que ha sufrido, las más de las veces, un destino difícil. El Proyecto Lando, en primer lugar, no reconoce a la causa propiamente como requisito para la validez del contrato. Lo propio ocurre con el Proyecto Pavía. Decimos que no la incluye porque su noción clásica francesa ha sido subsumida por otras figuras.

En efecto, el Proyecto Lando ha optado por dos figuras distintas para solventar las problemáticas que surjan durante la etapa de la formación

del contrato pero también durante su ejecución. En cuanto a la ausencia de causa del Código Civil francés, el Proyecto Lando prefirió subsumirla dentro del error esencial como vicio del consentimiento.²²

El Proyecto Pavía también consagra la misma figura del error esencial, y de igual manera le da un espectro muy amplio a la buena fe como mecanismo de integración y protección a la coherencia contractual. Frente a la causa ilícita, en su artículo 30²³ dispone que el contrato debe ajustarse a las normas imperativas, las disposiciones comunitarias o nacionales y las buenas costumbres. Frente a este punto, entonces, podríamos decir que la causa sigue siendo reconocida como límite para proteger el orden público.

En lo que a México se refiere, la causa ha cedido casi de forma que podríamos calificar como

²² Artículo 4:103: "Error esencial de hecho o de derecho (1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

- (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,
 - (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
 - (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error,
- (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o solo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.
- (2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:
- (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
 - (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias"

²³ Art. 30. **Contenido lícito y no abusivo:** "1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones de este Código, a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

2. El contenido del contrato es ilícito cuando con él se pretende eludir la aplicación de una norma imperativa."

virtualmente irreversible su espacio a la buena fe, la cual ha tenido un desarrollo y aplicación extensiva, tanto en el sentido temporal como en el espectro de eventos jurídicos en que se le puede ver actuante.

La buena fe tiene una mayor aplicación dinámica y mayor flexibilidad en el desarrollo del contrato, pues ha resultado un sistema en términos generales suficientemente funcional para solventar las problemáticas en las que se ha propuesto desempeñar un rol protagónico que muy probablemente no cederá a la causa. El caso mexicano es una muestra, acaso la más diciente en estas latitudes, de los ya varios ordenamientos que han resuelto no solamente atenderle en aras de la protección de la coherencia negocial, sino de darle tal relieve y preponderancia como principio general, que han dado por hacer de él un principio mucho más sofisticado con desarrollos de vanguardia que le auguran en su modalidad de buena fe conducta, o buena fe en sentido objetivo, un largo reinado.

Finalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, la noción de causa a fuerza de constantes aplicaciones de naturaleza apenas parcial, o muchas veces atemperada en el rigor de las vastas implicaciones para la configuración fáctica de un tráfico jurídico vertiginosamente dinámico, y vívidamente influenciado por variopintas exigencias de una lógica contemporánea y globalizada, ha devenido en un régimen ya hoy suficientemente desdibujado como para entender el imperio continuado y previsiblemente incombustible de una noción jurídica sumamente valiosa que, no obstante, no está, como acontece

a todas ellas, sujeta a las contingencias propias del mundo de las relaciones humanas a todo nivel, para las cuales en definitiva se ha pensado el derecho, que por tal razón y de forma indefectible, como diría el maestro Carnelutti (1981) es uno, instrumental y real.

En consecuencia, el sistema jurídico colombiano, de optar por operar con total prescindencia de la causa, no solo jurisprudencialmente sino desde el ámbito positivo, no tendría que dejar en claro únicamente su resolución por hacer patente su postura circunstancialmente ponderada acerca de esta noción fundamental, sino también sobre la prelación del interés de las partes, como manifestación derivada de la autonomía de la voluntad privada que reconoce a las personas, y realizar ajustes en muchas otras figuras y regímenes particulares para centrarse en valoraciones netamente económicas, de utilidad social, entre otras, so pena de introducir un régimen incompatible con la esencia que lo inspira y dirige.

VI. CONCLUSIONES

1. A partir de lo expuesto en líneas anteriores podemos afirmar que la buena fe, en cuanto sistema de protección de la coherencia contractual alternativo a la causa, tiene mayores alcances, contornos más flexibles y efectos más favorables en lo que se refiere a la preservación de la voluntad concertada de las partes, cada figura en estrecha y determinante relación con las prioridades de los ordenamientos que las consagran, lo cual no significa que la causa sea insuficien-

te para todos, ni la buena fe inapropiada para ninguno, simplemente las soluciones a las que cada sistema abre la puerta son más o menos acordes con las necesidades y particularidades de los sistemas sociojurídicos en que operan.

2. La causa, aun cuando presenta ventajas, demostradas por la Corte de Casación francesa en su jurisprudencia contemporánea, ha dejado de ser utilizada como mecanismo de protección al interés de las partes en el contrato en México y Colombia. Como se ha visto, su mismo desarrollo histórico ha sido problemático o, cuando menos, discutido. En efecto, a partir de una noción de *causa eficiente* en los contratos innominados del derecho romano, Domat y posteriormente Pothier formularon una teoría que abarcaba un mayor espectro que aquel que le brindaban los romanos y aun los canonistas de la Edad Media.

La causa dejó su ámbito de aplicación en algunos negocios jurídicos no reconocidos para pasar a ser requisito de validez de todos los contratos. En algunos ordenamientos, como el colombiano y el chileno, la causa fue una excelente herramienta para atemperar los excesos de la autonomía de la voluntad privada, ciñéndola al orden público y a las buenas costumbres.

3. Ahora bien, en Francia la causa se ha subjetivizado para llegar incluso a solucionar problemas de la ejecución del contrato (caso del vídeo club en Grenoble), y también ha supuesto un mayor control e injerencia de los jueces en cláusulas que, en otros ordenamientos se subsanan por la buena fe o por las cláusulas abusivas. En México, ordenamiento con gran influencia de la

escuela alemana, por vía de la intervención del rey Maximiliano I de México, la buena fe ha sido aplicada como institución autónoma del régimen contractual pero que lo permea tanto en su fase precontractual como en la contractual y postcontractual.

Por su parte, Colombia se encuentra parada en ambas orillas: su ordenamiento jurídico ha recurrido a la causa como medio para hacer respetar el orden público y las buenas costumbres, pero la economía contractual ha sido dejada a otra figura, la buena fe.²⁴ La causa, entonces, ha sido empleada como límite de la autonomía de la voluntad privada, pero cada vez más, en aras de proteger el interés de las partes en el contrato, ha sido la buena fe la institución protagónica.

4. La distinción, en suma, del alcance dado a la buena fe en los distintos ordenamientos jurídicos tiene que ver más con una consideración histórica que, como se vio, cada vez se cierra más (los proyectos de unificación le reconocen a la buena fe un espectro creciente, así como otras latitudes hacen lo propio). En efecto, una aproximación a la buena fe, en términos de sus resultados y en perspectiva comparada de las fuentes legales, denota un enfoque diferente de parte de los ordenamientos de linaje jurídico latino, en relación con los que tienen por ancestro a los ordenamientos escandinavos y germanos. Los primeros adoptando una noción encamimada a constituirla en un criterio de integración,

con un carácter básicamente instrumental y de gran utilidad para interpretar correctamente los contratos dentro de ciertos marcos preestablecidos, en tanto que los segundos la tienen por una figura bien definida en su contenido y atributos, dotada de vida propia y con plenos efectos para obligar, disponer y anteponerse incluso a cuanto es de la de los contratos.²⁵

5. El futuro de la causa, en suma, no parece muy alentador. Aun cuando Francia insiste en reconocerla, en especial en el anteproyecto Catala, como mecanismo de protección de la coherencia contractual, lo cierto es que el resto de ordenamientos, por lo menos el mexicano y el colombiano, tienden más hacia la buena fe. ¿Acaso se cumplen las predicciones del profesor belga Jean Dabin acerca de la inutilidad de la causa? ¿La noción de causa (en su acepción francesa) no será recogida por otras figuras como el consentimiento²⁶ y el error esencial, entre otras?

Referencias

Bernal Fandiño, M. (2006). La transformación de la causa en el derecho de contratos francés. *Vniversitas* (111), 227-243.

25 Nótese la diferencia entre el alcance de las disposiciones relativas a la buena fe en el ámbito contractual francés y mexicano. El Código Civil francés dispone en su artículo 1134: "Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe." El artículo 1796 del Código Civil Federal de México, estatuye "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

26 Esta es la opinión del profesor Ospina Fernández y de Sergio Muñoz Laverde, entre otros tratadistas.

24 Dos casos particularmente notables son las sentencias de la Corte Suprema de Justicia: casación civil del 2 de agosto de 2001, expediente 6146, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, y casación civil del 19 de octubre de 1994, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

- Carnelutti, F. (1981). *Cómo nace el derecho.* Monografías Jurídicas. Bogotá: Temis.
- Catala, P. (s.f.). *Proposals from Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription.* Obtenido de justice.gouv.fr: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf
- Colin, A. y Capitant, H. (1942). *Curso elemental de derecho civil* (Vol. VII). Madrid: Reus.
- Corte de Casación francesa, 22 oct. 1996, num. 93-18632
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de octubre de 1938 (G. J., tomo XLVII, núm. 1941).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. (Exp. 3972. M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. (Exp. 5670. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. (Exp. 6146. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de enero de 2006. (Exp. 11001 3103 016 1994 13368, M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2010. (Exp. 0537631030012004-00148-01. M. P.: William Namén Vargas).
- Dabin, J. (1929). *La teoría de la causa. Estudio histórico y jurisprudencial.* Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Díez-Picazo, L. (1963). *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona: Bosch.
- Fontana, J. (2001). *La historia de los hombres: el siglo XX.* Barcelona: Crítica.
- Guzmán Brito, A. (2003). La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” en el “ius commune”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (25), 375-406.
- Hobsbawm, E. (2011). *La era de la revolución.* Barcelona: Editorial Crítica.
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil* (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Massimo Bianca, C. (2007). *Derecho Civil III. El Contrato* (Segunda ed., Vol. III). (F. Hinestrosa y É. Cortés, Trads.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Laverde, S. (2003). *La buena fe contractual* (estudio no publicado). Bogotá.
- Ordoqui Castilla, G. (2012). *La buena fe contractual.* Bogotá D. C.: Pontificia Universidad Javeriana.

- na. Universidad Católica. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá D. C: Editorial Temis.
- Pothier, R. J. (1821). *Traité des Obligations*. París: Chez l'éditeur, M. Siffrein.
- Project de reforme du droit des contrats*. (Julio de 2008). Obtenido de chairejlb.ca: http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf
- Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 740/2010. (Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda; 15 de diciembre de 2011).
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 281-315.
- Suescún Melo, J. (1996). Evolución de la jurisprudencia colombiana sobre simulación. En *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Universidad de los Andes. Legis.
- Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 596/2013. (Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos; 16 de enero de 2014).
- Terré, F., Simler, P. y Lequette, Y. (1993). *Droit civil. Les obligations*. París: Dalloz.
- Uría, J. M. (1984). *Derecho romano* (Vol. II). San Cristóbal: Universidad Católica de Táchira.