

La renovación del concepto de causa en el derecho francés

MARGARITA MORALES HUERTAS

SUMARIO: Premisa. I. La economía del contrato y la causa de la obligación. A. El interés del contrato: causa y grupos contractuales. B. Causa y coherencia contractual: protección al profesional contra las cláusulas abusivas. II. Licitud de la causa: interés general y liberalización de costumbres. A. El conocimiento por una sola de las partes del contrato acerca del motivo determinante ilícito o immoral. B. La liberalización de las buenas costumbres. III. Conclusión

PREMISA

Cuántas especulaciones, cuántos debates e incluso cuántos malentendidos ha sabido generar la noción de causa en derecho francés, en donde la figura, considerada como una de las más emblemáticas de su importante tradición jurídica, ha sido durante décadas fuente de innumerables trabajos doctrinales¹. Se encuentra

1 Entre otros: P. DUEZ. *Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, tesis, Universidad de Lille, 1914; J. DABIN. *La théorie de la cause*, Bruselas, 1919; LOUIS-LUCAS. *Volonté et cause*, tesis, Universidad de Dijon, 1918; J. HAMEL. *La notion de cause dans les libéralités*, tesis, Universidad de París, 1920; J. MAURY. *Essai sur la notion d'équivalence en droit privé français*, tesis, Universidad de Toulouse, 1920; T. IONASCO. *L'évolution de la notion de cause dans les actes à titre onéreux*, tesis, Universidad de París, 1923; J. MACQUERON. *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations*, tesis, Universidad de París, 1923; L. OSIAS. *L'acte abstrait en droit comparé*, tesis, Universidad de París, 1924; H. CAPITANT. *De la cause des obligations*, 3.ª ed., París, 1927; L. JOSSE-RAND. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928; G. CHEVRIER. *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, tesis, Universidad de París, 1929; REVERENT. *La cause et les mobiles dans les libéralités*, tesis, Universidad de París, 1930; J. SAIGET. *Le contrat immoral*, tesis, Universidad de París, 1939; G. RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ª ed., París, 1949; P. MALAURIE. *Les contrats contraires à l'ordre public*, tesis, Universidad de París, 1951; J.-J. DUPEYROUX. *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, tesis, Universidad de Toulouse, 1955; DORAT DES MONTS. *La cause immorale*, París, 1956; H. DE PAGE. *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruselas, 1957; F. TERRÉ. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, París, 1957; M. A. PÉROT-MOREL. *De l'équilibre des prestations dans la formation du contrat*, tesis, Universidad de Grenoble, París, 1961; A. RIEG. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, tesis, Universidad de Estrasburgo, París, 1961; G. ROUHETTE. *Contribution*

mencionada en primera medida en el código civil francés, como la cuarta y última condición de validez del contrato. En efecto, su artículo 1108 establece que todo contrato debe tener "una causa lícita en la obligación". Enseguida, tres artículos, especialmente notables por su brevedad, son consagrados a esta noción: los artículos 1131, 1132 y 1133. El primero simplemente hace explícita la exigencia del artículo 1108: la obligación es nula si ella está desprovista de causa o si ésta es falsa o ilícita. El segundo precisa que no es obligatorio que la causa sea expresamente mencionada en el acto. Y el tercero consagra una definición amplia de ilicitud, en la cual incluye la inmoralidad: la causa es ilícita cuando ella es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

Sin embargo, ninguna de esas disposiciones propone una definición de causa, razón por la cual su utilidad es sujeto de discusión. En efecto, al reflexionar sobre el camino de formación del consentimiento, se podría constatar que si éste es dado por las partes con todas las condiciones requeridas, si el contrato, a su vez, tiene un objeto que no es contrario a la ley ni a las buenas costumbres, y si finalmente los contratantes son plenamente capaces, el dispositivo contractual pareciera funcionar sin necesidad de hacer uso de una noción por lo menos enigmática. A ello se podría añadir que si bien todo sistema jurídico reconoce para el contrato la necesidad de un consentimiento, de un objeto y de una capacidad, no admite forzosamente el concepto de causa, que es ignorado por numerosas legislaciones. A excepción de los países latinos y aquellos otros que se inspiraron de igual manera en el código de NAPOLEÓN, los derechos germánicos y escandinavos ignoran la figura², e incluso, en los trabajos emprendidos en Europa en vista de una armonización del derecho de contratos, la causa es uno de los grandes ausentes³: Ni los "Principios de derecho europeo de contratos" elaborados por la comisión Lando⁴ ni el "Anteproyecto de Código Europeo de Contratos"⁵, redactado por

à l'étude critique de la notion de contrat, tesis, Universidad de París 1965; J. HAUSER. *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, París, 1971; Y. THOMAS. *Causa sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, tesis, Universidad de París II, 2 vol., 1976; PH. REIGNE. *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, tesis, Universidad de París II, 1993; R. MARTY. *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, tesis, Universidad de París II 1995; J. ROCHFELD. *Cause et type de contrat*, París, 1999, prefacio de J. GHESTIN; V. LASBORDES. *Les contrats déséquilibrés*, Aix-Marseille, 2000, prefacio de C. SAINT-ALARY-HOUIN; S. Le GAC-PECH. *La proportionnalité en droit privé*, París, 2000; A. CERMOLACCE. *Cause et exécution du contrat*, Aix-Marseille, 2001, prefacio de J. MESTRE; J. PIMONT. *L'économie du contrat*, Aix-Marseille, 2004; J. GUESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*, París, 2006.

- 2 A. RIEG. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, París, 1961, n.ºs 245 y ss. En el mismo sentido: J. GHESTIN. *La formation du contrat*, 3.ª ed., París, 1993, n.º 921; Ch. LARROUMET. *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, 4.ª ed., París, 1998, n.ºs 443 y ss.
- 3 A. CERMOLACCE. "Questions non traitées", en *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, bajo la dirección de C. Prieto, Aix-Marseille, 2003, 239.
- 4 *Principes européens du droit des contrats*. Doc.fr. 1977. Ver también: G. ROUCHETTE e I. DE LAMBERTERIE. *Principes du droit européen du contrat*. Société de législation comparée, 2003; C. JAMIN y D. MAZEAUD. *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, París, 2001; C. PRIETO. *Regards croisés [...]*, cit.
- 5 J.-P. GRIDEL. "Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de la académie

la Academia de Privatistas Europeos, mencionan en alguna de sus disposiciones el término *causa*.

Sin embargo, esto no ha sido óbice para que en Francia la figura cuente con una función específica que ha variado a lo largo de la construcción doctrinal. Ya la doctrina del siglo XIX, en sus comentarios al artículo 1131 del código civil, retomaba las enseñanzas de DOMAT, quien en sus *Loix civiles* ofrecía una concepción de causa que era siempre idéntica para una misma clase de contratos⁶. Así, en los contratos sinalagmáticos la causa es la obligación del otro; en los contratos reales, es la entrega de la cosa; y en los contratos a título gratuito, es la voluntad de dar. Esta clasificación era útil para neutralizar la carga subjetiva propia de la noción, imprimiéndole una objetividad que encuentra su explicación en el derecho romano y que era contraria a la tradición canonista que había influido enormemente a los redactores del código civil⁷. En efecto, partiendo del *Corpus juris civilis*, DOMAT construye una justificación técnico-racional y laica de la fuerza obligatoria del contrato⁸. Y puesto que el siglo XIX era fundamentalmente liberal, y buscaba preservar el secreto de conciencia⁹ y de patrimonio, la causa, vista como una suerte de elemento de control social¹⁰, no podía ser concebida sino de manera abstracta y objetiva. Para ello, la doctrina, inquieta por el carácter naturalmente subjetivo de la figura, retoma la clasificación de DOMAT e integra a su construcción una precisión hecha por POTHIER para los contratos aleatorios: en este tipo de contratos la causa se encuentra en el riesgo asumido por una de las partes, en su alea¹¹. De esta manera, el temor de que la causa concebida como una noción meramente subjetiva fuese una amenaza a la seguridad jurídica y al mismo tiempo la puerta abierta a la intervención del juez en el contrato, se disipa: el hecho de ligar la causa a una categorización legal y rígida de los contratos hace que su concepto sea objetivo y abstracto, pero al mismo tiempo, y puede decirse que incluso de manera paradójica, le niega su función originaria¹², aquella que

des privatistes européens (Pavie)", en *Gaz. Pal.*, 21 y 22 de febrero de 2003, 3; M. L. RUFFINI GANDOLFI. "Unification du droit et Code européen des contrats", *RIDCI*, 2002, 1075.

6 *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, libro 1, t. 1, sección 1, n.º 7.

7 J. L. GAZZANIGA, en su artículo titulado "Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime" (*Rev. Droits*, 1990, 41), escribe, haciendo referencia a la teoría canonista que: "Se debe respetar la palabra dada y la fe comprometida, a condición de que la promesa repose sobre una buena y justa causa. La justificación moral es bien clara. Hay pecado en incumplir lo prometido y hay uno más grande si lo que se promete es una mala acción". De igual manera, CHEVRIER, en su *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations* (tesis, Universidad de París, 1929, 141), señala que el derecho canónico admitió "sin reserva, que las partes serían, de plano, desligadas de sus promesas cuando estas estuviesen inspiradas en un motivo inmorale".

8 M. PLANIOL. *Traité élémentaire*, tomo 2, París, 1946, n.º 1031, 369.

9 G. RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ª ed., París, 1949, 61.

10 J. CARBONNIER. *Les obligations*, París, 2000, n.ºs 63-64.

11 *Traité des obligations, Œuvres complètes de Pothier*, nueva edición, París, Thomine et Fortic, 1821, n.º 42.

12 Ver F. TERRÉ. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, tomo 2, París, 1957.

venía del derecho romano y que era la de justificar la fuerza obligatoria en los contratos innominados¹³.

Esta doctrina, que se denominaría clásica, suscitó todo tipo de reacciones. Por una parte, LAURANT¹⁴, HUC¹⁵, BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE¹⁶ y PLANIOL¹⁷, llamados en adelante los "anticausalistas", se sirvieron de la abstracción total del concepto para acusar la figura de falsa e inútil¹⁸. Poniendo presente que todas las funciones de la causa podían ser cumplidas, ya fuese por el objeto, ya fuese por el consentimiento, PLANIOL deduce, con una lógica casi irreprochable, que el hecho de eliminar de la codificación la causa, no alteraría ninguna de las disposiciones en él contenidas¹⁹. A contrario, LOUIS-LUCAS²⁰, GOUNOT²¹ y GAUDEMET²², alimentándose justamente de dicha abstracción, elaboran una definición completamente objetiva de la causa: "La causa es esencialmente económica y objetiva; el motivo, esencialmente psicológico y subjetivo"²³. Puesto que su valoración desde un punto de vista económico explica forzosamente la disminución de un patrimonio²⁴, esta teoría solo encuentra cabida en los contratos onerosos; para aquellos a título gratuito, esta corriente adhiere a los "anticausalistas".

13 En el derecho romano, la palabra *causa* tiene varios significados y por ello es difícil comprender su rol durante esa época. En general, el derecho romano tiene en cuenta la causa eficiente, en el sentido de causa generadora: la causa es vista como el acto necesario para el nacimiento del acto, es decir, la realización de la formalidad prevista, que al menos en los inicios se bastaba a ella misma para la existencia de la convención. En el *Digesto*, por ejemplo, en su título 2,14, la palabra causa aparece dos veces, relacionada en ambos casos a contratos reales innominados. ULPIANO observa "et si in alium contractum res non transeat, subest tamen causa [...] esse obligatio". Esto quiere decir que la obligación existe, incluso si no se trata de uno de los contratos reales nominados, como la venta, si la causa existe. Y de una manera negativa, el mismo ULPIANO establece: "Sed cum nulla subest causa, Propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem". En este contexto la causa puede añadirse a los elementos característicos de un contrato real innominado, es decir, la ejecución, sea por una *datio* o por un *factum*, de una de las partes, que hace nacer una acción con el fin de obtener la contraprestación convenida. Para más explicación: E. M. MEIJERS. "Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation", en *Etudes d'histoire du droit, publiées par R. Feenstra et H. W. D. Fischer*, t. IV *Le droit romain au Moyen-âge, Deuxième partie. C. Aspects de l'histoire de quelques principes juridiques*, Leyde, 1966, 107 a 131; G. CHEVRIER. *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen-âge – Droit savant français*, tesis, Universidad de París, 1929; P. F. GIRARD. *Manuel élémentaire du droit romain*, 8.^a ed., París, 1929.

14 *Principes de droit civil français*, tomo 16, n.º 11.

15 *Commentaire du Code civil*, tomo 6, n.º 39; tomo 7, n.ºs 77 y 78.

16 BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tomo 1, París, 1897, n.ºs 321 y ss.

17 *Traité élémentaire de droit civil*, cit., n.º 1031.

18 Sobre este punto, ver las observaciones sobre PLANIOL en G. RIPERT y J. BOULANGER. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, tomo 2, París, 1959, n.º 288.

19 PLANIOL. *Traité élémentaire*, cit., n.º 1039, 375.

20 *Volonté et cause, étude sur les rôles respectifs des éléments générateurs du lien obligatoires en droit privé*, tesis, Universidad de Dijon, 1918.

21 *Le principe d'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme*, París, 1912.

22 *Théorie générale des obligations*, reimpression de la ed. de 1937, París, 1965, 115 y ss.

23 *Ibid.*, 117.

24 LOUIS-LUCAS. *Ob. cit.*, 155; GAUDEMET. *Ob. cit.*, 117.

En un sentido completamente contrario a las dos corrientes mencionadas, la última reacción, que tuvo origen jurisprudencial, tiende a reconocerle a la causa su esencia subjetiva. El juez francés, a pesar de las imprecaciones de la doctrina, se niega a abandonar su poder de análisis sobre los móviles cuando estudia la licitud de la causa²⁵. Esta jurisprudencia, que a la postre formará el sustrato de la teoría moderna de la causa o "neocausalista", en relación con los "anticausalistas", va a permanecer durante largo tiempo. En el siglo XX, en la década de los años veinte, CAPITANT, JOSSEERAND²⁶ y MAURY²⁷ serán los encargados de renovar la noción de causa. Primero, bajo la influencia jurisprudencial ya referida, la causa sería analizada desde un ángulo puramente subjetivo²⁸. Segundo, con la finalidad de preservar la seguridad en las transacciones²⁹, o por satisfacer un principio de equivalencia³⁰, la causa subjetiva sería reducida a un elemento objetivo. Tercero, para tener en cuenta los diferentes intereses protegidos por la noción, la causa se desdobra: la causa será objetiva y abstracta cuando lo que se pretenda sea establecer su existencia; por el contrario, si lo que se pretende es establecer su licitud, ella debe ser analizada desde un punto de vista subjetivo³¹ y concreto.

Este dualismo entre la causa de la obligación y la causa del contrato, latente en la construcción jurisprudencial contemporánea francesa de la causa, se ha mantenido como el mejor medio para garantizar, en cuanto a la primera, un equilibrio mínimo y objetivo en las convenciones que permite a los contratantes protegerse contra la ausencia o la apariencia de contraprestación, y en cuanto a la segunda, una protección del interés social que no afecta la estabilidad contractual. Sin embargo, desde el inicio de los años noventa, se ha presentado en Francia un interesante movimiento jurisprudencial que toca precisamente esta dualidad y que devuelve cierto vigor a una figura que, por las ambigüedades ya descritas, se encontraba anquilosada a meras constataciones. Así, en lo que atañe a la causa de la obligación, la Corte de Casación francesa ha procedido a hacer un análisis

25 Por ejemplo, un arrendamiento consentido para la instalación de una casa de tolerancia es prohibido desde el siglo XIX. Ver: París, 30 de noviembre de 1839, S. 1840. 2. 121; Lyon, 11 de julio de 1862, S. 1863. 2. 165. En estos casos, el juez pronuncia la nulidad del contrato en razón de la inmoralidad de su finalidad, ya que esta no se puede reducir a la causa abstracta de este tipo de contratos: pagar el canon y disfrutar del goce del inmueble. Sobre esta jurisprudencia, ver H. CAPITANT. *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, 3.ª ed., París, 1927, n.º 110, 228 y ss.

26 *Les mobiles dans les actes juridiques*, París, 1983.

27 *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, tesis, Universidad de Toulouse, 1920. *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence*. Rev. Internat. dr. comp., 1951, 485.

28 Especialmente para CAPITANT la causa es la consideración del objetivo perseguido por las partes y "hace parte integrante de la manifestación de voluntad" (ob. cit., n.º 2. 7), y para JOSSEERAND el concepto de "causa es del orden psicológico y pertenece a la gran familia de móviles".

29 CAPITANT. Ob. cit., n.º 4, 11.

30 MAURY en *Essai sur le rôle...*, cit., tomo 1, 3.

31 Subjetividad que, según los autores, es geoméricamente variable. Para CAPITANT, por ejemplo, la subjetividad debe limitarse al motivo incluido en el campo del contrato (ver cit., n.º 107 y ss., 120) y, sobre todo, a aquel o aquellos cuya existencia pueda ser demostrada.

subjetivo del concepto de causa para constituirla en instrumento de protección del interés o de la utilidad perseguidas por las partes en la conclusión del contrato, más precisamente, de la economía general de éste (i) y, en lo que toca a la causa del contrato, refuerza la protección del interés general y evidencia, por otra parte, la liberalización del concepto de buenas costumbres (ii).

I. LA ECONOMÍA DEL CONTRATO Y LA CAUSA DE LA OBLIGACIÓN

En su tesis sobre la economía del contrato, SEBASTIEN PIMONT define ésta como “la reunión de elementos materiales necesarios para la realización de una función económica global y precisa: su campo de aplicación excluye los contratos de benevolencia. Es una noción objetiva que, representando el punto de convergencia de voluntades bajo la forma de una operación económica global y concreta, permite definir de manera finalista, el perímetro del acuerdo de voluntades”³². La causa en este contexto sería el interés económico que la parte razonablemente busca en la conclusión del contrato³³, la razón de su compromiso³⁴. Con una visión más pragmática y concreta no solo de la figura sino en general del contrato, la jurisprudencia francesa se sirve de la economía del contrato para garantizar que el contrato presente y, sobre todo, conserve la utilidad y el interés que llevaron a las partes a su conclusión³⁵, en dos hipótesis precisas en donde la noción de causa de la obligación, sumamente abstracta y rígida, no encontraba mayor asidero: los grupos contractuales (A) y las cláusulas abusivas presentes en contratos celebrados entre profesionales (B).

A. El interés del contrato: causa y grupos contractuales

Bajo la óptica de la economía del contrato, el problema para el juez reside en tomar en cuenta la realidad de la operación que las partes quisieron celebrar. En el caso concreto del grupo contractual, esta realidad debe buscarse teniendo en cuenta la unidad funcional de los contratos y no limitándose a la verificación abstracta y rígida de los elementos de cada contrato en particular³⁶. En los casos que a continuación vamos a detallar, que son a la postre los más emblemáticos de esta tendencia, la Corte de Casación francesa, de manera bien pragmática, tiene

32 *L'économie du contrat*, Aix-Marseille, 2004, n.º 88, 71.

33 ROCHEFELD. *Cause et type du contrat*, cit., n.º 282, 256.

34 F. TERRÉ, Ph. SIMLER e Y. LEQUETTE. *Les obligations*, 8.ª ed., París, 2002, n.º 28.

35 D. MAZEAUD. *Défrenois*, 1997, 336.

36 B. TEYSSIÉ. *Les groupes de contrats*, París, 1975, n.º 21.

en cuenta su interdependencia económica³⁷ y extiende el rol de la causa no solo a la etapa de formación del contrato sino también a la de su ejecución³⁸.

El primero que nos ocupa es aquel que concierne a una venta y una cesión de empresa. En sentencia del 3 de marzo de 1993 la tercera sala civil de la Corte de Casación francesa rechazó la demanda interpuesta por un vendedor de un inmueble que pretendía la nulidad de la venta porque el precio era irrisorio. Para la Corte, el juez de segunda instancia acertó en decir que "en el marco de la economía general del contrato, la venta tenía causa y por lo mismo, contraprestación real"³⁹. La venta en cuestión tenía como objeto un predio rural cuyo precio había sido estipulado por las partes a un franco de la época. Sin embargo, y es en este punto donde existe la particularidad, dicha venta estaba acompañada de una cesión de empresa con todos sus activos y pasivos propiedad del vendedor, que le permitiría a éste responder a sus acreedores personales. Teniendo en cuenta este aspecto, la Corte de Casación francesa consideró que no era posible reducir a una simple venta la operación global deseada por las partes y se sirvió de la noción de economía del contrato como medio para tomar en cuenta la realidad de la operación y declarar, en consecuencia, su validez.

El segundo ejemplo de la tendencia es el que concierne a un arrendamiento de bien mueble y a la creación de un video-club. En este caso, unos esposos, con la finalidad de crear un establecimiento de este género, arriendan a una sociedad 200 videocasetes, durante el término de ocho meses, pagando por ello un valor de 40.000 francos. Un litigio relativo al pago de dicha suma nace entre arrendador y arrendatarios. En primera instancia, el juez decide anular el contrato por error, mientras que el juez de segunda instancia prefiere fundar la nulidad en la ausencia de causa de la obligación de los arrendatarios de pagar el precio establecido en el contrato. En efecto, en su sentencia, el *juge d'appel* establece que "la causa, móvil determinante que llevó a la señora [...] a contratar, era la difusión cierta a su clientela de los videocasetes arrendados a la sociedad [...]"⁴⁰. Sin embargo, continúa, "ese objetivo no podía ser alcanzado en la comuna de [...], ya que ésta no cuenta sino con 1.315 habitantes". De ahí deduce la nulidad por ausencia de causa. Ya en casación, la sociedad ataca la sentencia referida apoyándose en la presentación doctrinal clásica de la causa (en los contratos sinalagmáticos la causa

37 D. MAZEAUD. "Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin", en *La nouvelle crise du contrat*, bajo la dirección de Ch. JAMIN y D. MAZEAUD, París, 2003, n.º 17, 143.

38 Sobre el rol de la causa en la ejecución del contrato, ver A. CERMOLACCE. *Cause et exécution du contrat*, Aix-Marseille, 2000.

39 Cas. civ. 3, 3 de marzo 1993, *Bull. Civ.* III, n.º 28, 18 y 19; *JCP (G)* 1994. I. 3744, n.º 1 y ss., con nota de M. FABRE-MAGNAN; *Défrenois* 1993. 927, con nota de Y. DAGORNE-LABBÉ; *RTC* 1994, 124, con observaciones de P.-Y. GAUTIER.

40 Corte de Apelaciones de Grenoble, 17 de marzo de 1994. Ver nota de Ph. REIGNÉ, *D.* 1997.500, n.º 1, 501.

de la obligación de una de las partes se encuentra en la obligación de la otra) y releva el hecho que el pago efectuado por los esposos Pillier encuentra su causa en la entrega de los videocasetes objeto del contrato. Sin embargo, y es allí donde reside la novedad, la Corte de Casación decide cambiar la posición clásica que había sostenido hasta entonces y en un fallo confirmatorio de su primera sala civil, fechada el 3 de julio de 1996⁴¹, establece lo siguiente:

Habiendo relevado que, tratándose del arrendamiento de videocasetes para la explotación de un comercio, la ejecución del contrato según la economía querida por las partes era imposible, la Corte de Apelación con exactitud ha deducido que el contrato se encontraba privado de causa, ya que se probó que la obligación de pagar el precio del arrendamiento de los videocasetes suscrito por el Sr. y la Sra. [...], estaba desprovista de toda contraprestación real.

Como se puede apreciar, para la Corte de Casación francesa, la entrega por el arrendador del bien objeto de la convención no fue suficiente para determinar la existencia de la causa. Para ello, la Corte se ubicó concretamente en el marco del contrato de creación de un video club, operación contractual más compleja que el simple arrendamiento de videocasetes. La entrega de éstos no fue apreciada como un todo, un acto suficiente, sino como el primero de una serie de contratos de similar naturaleza que permitirían a lo largo del tiempo el desarrollo de la actividad económica querida con la creación de dicho establecimiento. Es la finalidad y, si se quiere, el motivo del contrato el que permitirá determinar si la contraprestación cuenta con una causa real. Este nuevo método para la determinación de la existencia de la causa, que sin duda alguna halla en la subjetivización de su concepto el fundamento, no dejó de causar inquietudes en la doctrina especializada. La señora LABARTHE sostiene al respecto que lo que sugiere la Corte en esta sentencia es que "[...] todo contrato relativo a la explotación de un comercio podría hacer presumir la esperanza de un beneficio, según la economía querida por las partes [...] y que solo por ello sería susceptible de ser anulado, porque se encuentra mal implantado y sin ninguna posibilidad de éxito"⁴². En el mismo sentido, TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE afirman que "[...] siguiendo a la Corte de Casación, desde el momento en que una parte persiga un fin económicamente no viable que ha puesto al conocimiento de su contraparte, ella podrá demandar por ausencia de causa, la nulidad de contratos celebrados con ese propósito"⁴³. En fin, para MESTRE, "[...] la primera sala civil subordina muy pragmáticamente la validez de un contrato de arrendamiento de videocasetes a una contraprestación comercial que se podría

41 Cas.civ. 1.^a, 2 de julio de 1997, con nota de PH. REIGNÉ, *ibíd.*; *RTD civ.* 1996.901, 903, con observaciones de J. MESTRE; *Défrenois* 1996.1015, con observaciones de PH. DELEBECQUE; *JCP* 1997. I. 4015, n.º 4, con observaciones de F. LABARTHE.

42 LABARTHE. *Ob. cit.*, n.º 5 y ss.

43 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Les obligations*, cit., n.º 342.

calificar de ruidosa e incierta⁴⁴. Para otros, por el contrario, la sentencia marca una nueva tendencia y es recibida de manera positiva. Así, para DENIS MAZEAUD "es esencialmente sobre la renovación de la causa que se ha cristalizado, y con qué vigor, el debate sobre la manipulación de conceptos provocada por la pasión pretendidamente desmesurada del equilibrio contractual que anima las fuerzas creadoras del derecho contemporáneo de contratos"⁴⁵. DELEBECQUE observa que el análisis hecho por la Corte "[...] está lejos de ser una herejía, ya que la causa-contraprestación no puede ser considerada desde un punto de vista puramente abstracto. Ella merece ser apreciada teniendo en cuenta la 'economía querida por las partes'. Ahora bien, para el caso concreto, esta economía no se limitaba al arrendamiento de casetes; ella comprendía necesariamente su distribución. En una lógica de mercado, como la de la sociedad contemporánea, la solución es sin duda apropiada. Ella es igualmente reveladora de la concepción concreta del contrato que ella sobreentiende [...]"⁴⁶.

En un último caso, que agrupa un contrato de *leasing* y un contrato de difusión de imágenes publicitarias, para confirmar la decisión del juez de segunda instancia que había anulado del primer contrato (*leasing*) una cláusula de divisibilidad que lo hacía independiente del segundo (difusión de imágenes publicitarias), la Corte de Casación francesa estimó que esta cláusula "se encontraba en contradicción con la economía general del contrato (de *leasing n. d. a.*)"⁴⁷. En los hechos, esos dos contratos dependían totalmente el uno del otro, puesto que el contrato de *leasing* servía para que unos farmaceutas adquiriesen material de video y de televisión, destinado a difundir publicidad en la sede de su empresa, así como en los diferentes establecimientos de comercio de su propiedad. Esta difusión era consentida en contraprestación de una suma de dinero que debía compensar los gastos de financiamiento del material tecnológico; y el arrendador de éste conocía la destinación que le darían los arrendatarios. La cláusula de divisibilidad contractual era clara y precisa, pero la Corte confirma su nulidad porque va en contra de la lógica económica. Nuevamente se vislumbra de su disertación una concepción muy concreta de causa: "La causa exclusiva del contrato de *leasing* se encuentra en el contrato de difusión publicitaria". El interés o la utilidad del contrato, entonces, no es simplemente jurídico y abstracto: es también concreto y económico.

Como se puede observar en los ejemplos citados, cuando el juez francés define la causa de la obligación apoyándose en la "economía del contrato", le da a la noción un carácter subjetivo. En un contrato oneroso, ella no es simplemente

44 MESTRE. Ob. cit., n.º 3.

45 "Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel...", cit., n.º 23, 146.

46 DELEBECQUE. Ob. cit., 1015.

47 Sentencia de la Sala comercial de la Corte de Casación francesa de fecha 15 de febrero de 2000, *Bull. civ.*, IV, n.º 29, 23; A. CONSTANTIN. *JCP*, 2000. I. 272, n.º 9; *Les petites affiches*, 6 de julio de 2000, 7; *RTD civ.*, 2000, 325, con observaciones de J. MESTRE y B. FAGES.

un interés o una ventaja, sino el interés o la ventaja precisamente esperados con la conclusión del contrato. Lo que pierde la noción es su carácter abstracto, y en relación con la posición moderna de la causa, ciertos motivos parecerían ser susceptibles de convertirse en la causa de la obligación. Sin embargo, hay que ser claros: la jurisprudencia francesa no dice que la causa sea puramente subjetiva; ella sigue siendo un "interés" o la "contraprestación real", que simplemente serán definidos en consideración de la economía del contrato para aquellos modelos contractuales que no se encuentren tipificados y que hagan parte de un conjunto contractual que no es posible individualizar para su interpretación. Como bien lo señala DENIS MAZEAUD, la Corte de Casación, de manera pragmática, "se esfuerza por adaptar la noción de causa al contexto económico y contractual específico que constituyen los grupos de contratos [...]. En esta figura contractual particular, la Corte aprecia la existencia de la causa, no solo con referencia al contrato litigioso, sino de una manera realista y dinámica, al conjunto de contratos, del cual él es uno de los elementos; dicho de otra manera, mira a la escala del grupo de contratos económicamente interdependientes y jurídicamente indivisibles"⁴⁸. Y si bien la subjetivización del concepto podría constituir un peligro potencial a la seguridad jurídica y por ello a la estabilidad de las convenciones, lo cierto es que solo son susceptibles de apreciación por la Corte aquellos motivos que fueron expresa o tácitamente incluidos en el campo contractual.

Por otro lado, pero esta vez de manera más discutible, la jurisprudencia francesa se sirvió de la noción de causa para ir en defensa del contratante profesional víctima de cláusulas abusivas, yendo específicamente en búsqueda de la coherencia contractual.

B. Causa y coherencia contractual: protección al profesional contra las cláusulas abusivas

En Francia, la introducción de la directiva europea n.º 93-13 del 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas, limitó el dominio del derecho del consumo y descartó de su protección a todos los profesionales cuya actividad tuviese una relación directa con la operación realizada por el contrato⁴⁹, con lo cual restringía la protección a la categoría de "consumidor"⁵⁰. De manera fragmentaria, el único recurso del que se puede servir el profesional para protegerse contra este tipo de cláusulas se encuentra en el derecho de la competencia que permite descartar aquellas cláusulas que constituyan práctica desleal o que sirvan para crear un abuso

48 "L a Cause", en 1804 – 2004, *Le code civil: un passé, un présent, un avenir*, París, 2004, n.º 21, 462.

49 P. MALAURIE y L. AYNÈS. *Les obligations*, París, 1998, n.º 857.

50 Protección iniciada mediante ley del 10 de enero de 1978 y reformada el 1.º de febrero de 1995. Sobre esta protección, ver J. MESTRE. "Vingt ans de lutte contre les clauses abusives", en *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, París, 1999, 677.

de posición dominante⁵¹. Consciente de que el profesional puede verse afectado por una injusticia idéntica a la que golpea al consumidor frente a una cláusula abusiva, el juez francés decidió utilizar como fundamento la causa para erradicar del contrato aquellas cláusulas que "ruinan la coherencia del mismo", es decir, que contrarían el contenido de las obligaciones esenciales del contrato⁵². Sin embargo, como lo veremos en las dos sentencias más importantes que se han proferido en este sentido, el recurso a la causa es desafortunado y confuso.

En la primera hipótesis, se trata del examen de unas cláusulas limitativas de responsabilidad encuadradas en un contrato de seguro: las denominadas cláusulas "*claims made*". Mediante varias sentencias de fecha 19 de diciembre de 1990⁵³, la primera sala civil de la Corte de Casación francesa, modificando su jurisprudencia anterior, declaró la nulidad de una cláusula, contenida en varios contratos de seguro, que estipulaba que sólo las reclamaciones efectuadas durante el período de validez de la póliza serían garantizadas por ésta. Concretamente, la Corte consideró que "el pago de primas durante el período que se sitúa entre la fecha de eficacia de la póliza y su expiración tiene como contraprestación necesaria la garantía de daños que encuentran su origen en un hecho que se ha producido en el mismo periodo". Y continúa: "La estipulación de la póliza según la cual el daño no es garantizado sino cuando la reclamación de la víctima –indispensable para la puesta en marcha del seguro de responsabilidad– ha sido formulada en curso del periodo de validez del contrato, conlleva a privar al asegurado del beneficio del seguro en razón de un hecho que no le es imputable, y a crear una ventaja ilícita desprovista de causa en beneficio del asegurador, que habría entonces percibido primas sin contraprestación alguna de su parte". Frente a la misma hipótesis, la doctrina clásica hubiese encontrado la causa del contrato en la existencia del alea. No obstante, en el caso citado, la simple ausencia del alea no es suficiente para constatar la ausencia de causa; esta ausencia debe llevar a que la contraprestación convenida sea ciertamente ilusoria o irrisoria. En efecto, para la Corte, el asegurador se liberaría, con esta cláusula, de pagar el seguro por reclamaciones futuras de la víctima relativas a daños cuyo hecho generador se situaría durante el período de vigencia de la póliza; el asegurador actuaría en conocimiento de un riesgo cuya realización sería cierta o al menos probable, lo que afectaría el carácter aleatorio del contrato. Una interpretación objetiva, y si se quiere imperativa⁵⁴ de lo que constituye en este tipo de contratos la "contraprestación necesaria", permitió que la cláusula hubiese sido juzgada como extremadamente favorable a los aseguradores. Lo que finalmente

51 Ver artículos L. 420 y siguientes del código de comercio francés.

52 A. CATHIARD. *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels: L'apport de l'analyse économique du contrat*, Aix-Marseille, 2006, n.º 331, 293.

53 Cas. civ. 1.º 19 de diciembre de 1990, 3 sentencias, *Bull. civ.*, 1, n.º 303, 212; *Gaz. Pal.*, 1991, 1, 81 y 82; *D.* 1991, 13; *JCP* 1991, ed. Entreprise, n.º 170, 159, con observaciones de J. BIGOT; *JCP* 1991, edición general II, 21656, 119, con observaciones de J. BIGOT.

54 GUESTIN. *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., n.º 531, 344.

se logró con su erradicación fue beneficiar exageradamente a los beneficiarios. La Corte de Casación, con el fin de favorecer a la parte más débil del contrato, en este caso los beneficiarios, no tuvo en consideración que la inserción de este tipo de cláusulas por los aseguradores, especialmente en los seguros de responsabilidad médica y de construcción, se debe a la necesidad de hacer una correcta gestión de riesgos, para hacer menos compleja la tarea de manejar financieramente sus recursos⁵⁵. Y en lo que concierne estrictamente el análisis de la causa, KULLMAN⁵⁶ precisa que la cláusula litigiosa tenía como contraprestación, por un lado, la garantía acordada durante el período de validez del contrato aunque éste fuese limitado, y por otro lado, la reducción del monto de la prima en relación con aquel que debía ser aplicado en ausencia de las cláusulas *claims made*⁵⁷.

En el segundo ejemplo que se destaca de este cambio jurisprudencial, el estudio se centra nuevamente en una cláusula limitativa de responsabilidad, pero esta vez insertada en un contrato de transporte de mercancías. La efervescencia que causó esta sentencia en la doctrina especializada fue tanta, que incluso fuera del dominio de los juristas la decisión es conocida en el país como "Sentencia Chronopost". En los hechos, una sociedad confió a Chronopost⁵⁸ un sobre destinado a un organismo público con sede en París. A pesar de la publicidad hecha por Chronopost y de las menciones hechas en el recibo otorgado por el ésta, que fijaban como plazo de entrega el término de 24 horas, el sobre en cuestión no es entregado en París sino 48 horas después. Este retardo impide a la sociedad participar en una licitación, lo cual la incita a demandar a Chronopost por daños y perjuicios, que estima en la ganancia perdida por el retardo. En su defensa, la demandada opone una cláusula inserta en la condiciones generales del contrato que precisa que "ella se compromete a desplegar todos sus esfuerzos para enviar el objeto encomendado a sus clientes dentro del término", pero que "en caso de perjuicio justificado, el no respeto de los plazos de transporte, no la compromete sino a reembolsar el precio del mismo", es decir, el equivalente del precio que se había pagado al momento de la conclusión del contrato. En segunda instancia, el juez decidió que Chronopost no había actuado con culpa y que la cláusula limitativa de responsabilidad era plenamente aplicable. Ya en casación, la sala comercial de la Corte de Casación francesa, en sentencia del 22 de octubre de 1996⁵⁹, casa la sentencia estableciendo

55 E. SERVERIN. "Assurance de responsabilité : modification du régime des garanties fondées sur la réclamation", *D.* 2003, 1699.

56 J. KULLMANN. *Lamy assurances*, 1995, n.º 1206.

57 En la práctica, esta jurisprudencia generó un aumento en el valor de las primas y un rechazo sistemático por parte de las aseguradoras a cubrir ciertos riesgos, especialmente en el dominio médico, lo que forzó al legislador francés a legalizar para todos los contratos de responsabilidad civil profesional las cláusulas *claims made* o de reclamación, en el año 2003.

58 Compañía francesa de transporte de mercancías que para fines publicitarios se hace llamar "*Les maîtres du temps*". Los dueños del tiempo.

59 Cas. com., 22 de octubre de 1996, *Bull. civ.* IV, n.º 261, 223.

lo siguiente: “[...] estatuyendo así, aun cuando el especialista del transporte rápido garantizaba la fiabilidad y la celeridad de su servicio; que la Sociedad Chronopost se había encargado de enviar el sobre de la sociedad Blanchereau en un tiempo determinado y que en razón del incumplimiento a esta obligación esencial la cláusula limitativa de responsabilidad del contrato contradecía la importancia del compromiso adquirido, debía reputarse como no escrita; la Corte de Apelaciones ha violado el artículo 1131 del Código Civil”.

Puesto que los fundamentos clásicamente utilizados para descartar la aplicación o los efectos de una cláusula relativa a la responsabilidad o a la definición de una obligación son numerosos, esta sentencia fue objeto de múltiples comentarios⁶⁰. CH. LARROUMET la consideró como inoportuna, “pudiendo la Corte llegar a una solución justa por otros medios”⁶¹. Se hubiese podido, como bien lo anotan los que comentan la sentencia, acudir a la noción de falta grave, o a la resolución del contrato por incumplimiento, o en todo caso, a analizar el problema desde la etapa de ejecución del contrato⁶². Sin embargo, la sala comercial decidió innovar, colocando como fundamento de su decisión el que el incumplimiento de una obligación esencial es constitutivo de ausencia de causa, y desplazó el análisis a la formación y, correlativamente, a la validez del compromiso. La Corte analiza la causa, no de manera global, en relación con la integridad del cuerpo contractual, sino diseccionándolo y comparando cada una de las obligaciones de las partes. Esta constatación llevó a la conclusión que solo la obligación de cumplir con los plazos del contrato se encontraba afectada por la cláusula limitativa de responsabilidad, y que la obligación de transportar el objeto del contrato no sufría alteración alguna. Para la Corte, sin embargo, la obligación de puntualidad en el envío del objeto no es solamente de resultado, sino esencial del contrato. Como lo estima un comentarista: “Se puede ver en el caso la afirmación acerca de que la sola voluntad puede ser suficiente para determinar el carácter esencial de la misma”. Y continúa: “La sala comercial innova afirmando que no es el incumplimiento de la obligación de puntualidad y de fiabilidad lo que conduce a dejar de lado la cláusula, sino su contradicción inicial, estructural con lo que legítimamente esperaba el acreedor”⁶³.

60 JCP 1997, I, n.º 4002, con nota de M. FABRE-MAGNAN; *Droit et patrimoine*, enero de 1997, n.º 1552, 63, con observaciones de P. CHAUVIEL; *Gaz. Pal.*, 1997, 2, jurisprudencia, 519, con nota de R. MARTIN; CH. LARROUMET. “*Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*”, *D.* 1997, crónica 147; *D.* 1997, jurisprudencia, 121, con nota de A. SÉRIEUX, 175, con observaciones de PH. DELEBECQUE; *Contrats, conc., consomm.* febrero, 1997, 9, con nota de L. LEVENEUR; *JCP* edición Entreprises, 1997, n.º 924, con nota de K. ADOM; *Petites Affiches*, 18 de junio de 1997, n.º 73, 30, 1.ª especie, con nota de D. R. MARTIN; *RTD civ.* 1997, 419, con observaciones de J. MESTRE; *Deffrénois* 1997, art. 36516, n.º 20, 333, con observaciones de D. MAZEAUD; *JCP* 1997, I, n.º 4025, con observaciones de G. VINEY, n.º 17; *RTD civ.* 1998, 213 con nota de N. MOLFESSIS; *JCP* 1998, I, 152, crónica J. P. CHAZAL.

61 *Ibid.*, n.º 1.

62 A. SÉRIEUX. *Ob. cit.*, n.º 6.

63 J. M. GUEGUEN. “*Le renouveau de la cause en tant qu’instrument de justice contractuelle*”, *D.* 1999, cuaderno 33, n.ºs 11 y 12, 354.

A pesar de esto y de que los más autorizados en el tema de responsabilidad se felicitaron del nuevo rol otorgado a la obligación esencial como instrumento de lucha para la erradicación de las cláusulas de irresponsabilidad⁶⁴, el recurso a la noción de causa no permite determinar, en lo que concierne la responsabilidad contractual, la amplitud del daño que Chronopost debe reparar⁶⁵. En regla general, en caso de incumplimiento contractual, el deudor solo debe, a la luz del artículo 1150 del código civil francés, responder por los daños previsible, a menos que el incumplimiento haya tenido como causa el dolo o la falta grave, en cuyo caso se abre la puerta a la reparación integral. Pero en el caso citado, la sociedad demandante nunca le manifestó a Chronopost ni el contenido ni la importancia del sobre que enviaba. Lo que la Corte hace en este caso es una manipulación poco afortunada del concepto de causa, introduciendo los móviles personales que no han sido integrados en el campo contractual como aptos para determinar su inexistencia, y en consecuencia, altera la noción de daño contractual previsible.

II. LICITUD DE LA CAUSA: INTERÉS GENERAL Y LIBERALIZACIÓN DE COSTUMBRES

Según el artículo 1133 del código civil francés, "la causa es ilícita, cuando es prohibida por la ley, cuando es contraria al orden público y a las buenas costumbres", pudiendo ser ilícita la causa contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin que necesariamente se encuentre prohibida por la ley⁶⁶.

El juez francés utiliza la noción de causa haciendo un control judicial de la conformidad de los contratos con el orden público, político, moral, económico y social, lo que implica forzosamente tomar en consideración los motivos personales y concretos que llevaron a las partes a contratar. En este sentido, la Corte no dudó en apelar al recurso de la teoría dualista de la causa al anular un contrato de venta cuyo objeto eran libros y material de ocultismo, considerando que la "causa del contrato, es decir, el motivo determinante buscado por las partes, era ilícita"⁶⁷. De esta sentencia se infirieron las condiciones que darían lugar a la anulación del contrato por causa ilícita o inmoral: el carácter determinante de la misma y su conocimiento por las partes del contrato. Si bien el primero, aunque motivo de crítica por su carácter artificial⁶⁸, continúa haciendo parte –al menos

64 VINEY. Ob. cit., n.º 18.

65 H. CAPITANT, F. TERRÉ e Y. LEQUETTE. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, París, 2000, tomo 2, n.º 13, 83.

66 Principio establecido por la Corte de Casación en sentencia del 4 de diciembre de 1929.

67 *Bull. civ.* I, n.º 293, 194.

68 Ver reporte de M. DÉFORSSEZ. "Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations", en *RTD civ.*, 1985, 529; J. FLOUR, J. L. AUBERT y E. SAVEAUX. *Les obligations, Lacte juridique*, 11.^a ed., París, n.º 268, que ven en la exigencia de un motivo determinante "una fuerte parte de verbalismo, si no es solamente esto [...]". En el mismo sentido, TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. Ob. cit., n.º 366, 375.

formalmente— de la fórmula jurisprudencial citada para referirse a la causa ilícita o inmoral, el segundo en cambio ha sido objeto de un cambio jurisprudencial justificado principalmente en defensa del orden social (A). Por otra parte, puesto que la protección del orden público y de las buenas costumbres implica de parte del juez una delimitación positiva o negativa de esas nociones, los últimos años han sido testigos de una revolución jurisprudencial en lo que atañe a la causa inmoral, que delata la ambición del juez francés de liberalizar o incluso “anticipar”⁶⁹, como algunos han llamado, las buenas costumbres (B).

A. El conocimiento por una sola de las partes del contrato acerca del motivo determinante ilícito o inmoral

Antes del cambio jurisprudencial efectuado por la sentencia de la primera sala civil de la Corte de Casación francesa de fecha 7 de octubre de 1998⁷⁰, ésta subordinaba la nulidad de un contrato a título oneroso por causa ilícita o inmoral a la condición del conocimiento por ambos contratantes del motivo determinante ilícito o inmoral. Esta jurisprudencia, constante desde 1892, que encuentra su fundamento en el imperativo de seguridad jurídica, si bien limitaba la injerencia del juez en el contrato, y por otro lado, evitaba que el contratante de buena fe fuese víctima de una eventual anulación, fue duramente criticada⁷¹ por privilegiar el interés privado sobre el general y, por lo mismo, beneficiar a aquel que había contratado con un fin ilícito⁷². Finalmente, seguramente haciendo eco de esas críticas, la Corte decidió que “un contrato puede ser anulado por causa ilícita o inmoral incluso cuando una de las partes no tuvo conocimiento del carácter ilícito o inmoral del motivo determinante de la conclusión del contrato”. Erigiéndose en guardián del interés general, el juez francés deja entrever con esta jurisprudencia que es sensible a una concepción menos rígida del contrato, y al mismo tiempo confirma el fenómeno de subjetivización que el concepto de causa ha sufrido en las últimas décadas.

69 MAZEAUD. “La cause”, cit., n.º 28, 467.

70 Bull. civ. I, n.º 285, 198; JCP G, 1998, II, 10202, con nota de MALLEVILLE; JCP G, 1999, I, 114, n.º 1, con observaciones de CH. JAMIN; D. 1998, jurisprudencia, 563, conclusión de J. SAINTE-ROSE; D. 1999, 110, con observaciones de Ph. DELEBECQUE; *Defrenois*, 1998, artículo 36895, 1408, con observaciones de DENIS MAZEAUD; *Gaz. Pal.*, 2000, 1, 643, con observaciones de FR. CHABAS; *Contrats, conc. consom.*, enero, 1999, n.º 1, con observaciones de L. LEVENEUR; O. TOURNAFOND. “L’influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat”, D. 1999, crónicas, 237; S. PRIEUR. “Les conditions de la nullité d’un contrat pour cause illicite: permanence et renouvellement des solutions”, en *Petites Affiches*, 19 de abril, 1999, n.º 77, 13.

71 RIPERT y BOULANGER. *Traité de droit civil d’après le traité de Planiol*, París, 1958, tomo 2, n.º 319; H., L. y J. MAZEAUD, FR. CHABAS. *Obligations : théorie générale*, 8.ª ed., París, 1991, n.º 269; J. FLOUR, J. L. ALBERT. *Obligations*, vol. I: *Lacte juridique*, 6.ª ed., París, 1994, n.º 276; A. WEILL y F. TERRÉ. *Les obligations*, 4.ª ed., París, 1986, n.º 283.

72 A. WEILL. “Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l’action de nullité”, en *Mélanges Marty*, Toulouse, 1978, 1165 y ss.

B. La liberalización de las buenas costumbres

Es en lo que concierne a las buenas costumbres y a la causa inmoral, especialmente en el ámbito de las liberalidades y el concubinato, donde el cambio jurisprudencial efectuado por la Corte de Casación francesa ha sido el más polémico, al decidir, por sentencia del 3 de febrero de 1999⁷³, que "no es contraria a las buenas costumbres la causa de la liberalidad por la cual el autor pretende mantener la relación adúltera que él sostiene con el beneficiario", la Corte dio fin a una larga tradición jurisprudencial que anulaba todas aquellas liberalidades que hubiesen tenido como objetivo la formación, la continuación, la remuneración o la reanudación de relaciones entre concubinos⁷⁴, y que disimulaba en realidad la hostilidad de los jueces al concubinato⁷⁵. Si bien esta jurisprudencia se encuentra al origen del Pacto civil de solidaridad y concubinato, del 15 de noviembre de 1999, que instituye en Francia las uniones extramatrimoniales de hecho y confirma a su vez la liberalización de costumbres y de legislación en materia de derecho de familia, lo que causó malestar en la doctrina fueron, por una parte, los hechos que dieron origen a la sentencia mencionada y por otra parte, la fórmula general utilizada por la Corte en ella. En efecto, en los hechos la liberalidad había sido otorgada por un septuagenario a su amante, que apenas contaba con una veintena de años; y en su formulación, la Corte pareciera favorecer la totalidad de las liberalidades, incluso aquellas hechas por personas ya casadas o en unión marital de hecho, yendo así en contra de la ley⁷⁶ y de las buenas costumbres que hacen del deber de fidelidad el eje de estas uniones. Considerada como un duro golpe a la institución familiar⁷⁷, esta sentencia ha llevado a que en doctrina se discuta actualmente la utilidad de la noción de las buenas costumbres⁷⁸; e incluso un autor sugiere su reemplazo por el concepto de dignidad humana, más acorde con los valores fundamentales de esta época⁷⁹.

73 *Bull. civ.* I, n.º 43, 29; *JCP G*, 1999, II, 10084, 917, con nota de M. BILLIAU y G. LOISEAU; *D.* 1999, 267, informe de X. SAVATIER, con nota de J. P. LANGLADE-O'SUGHRIE; *D.* 1999, 308, con observaciones de M. GRIMALDI; L. LEVENEUR. "Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable?", en *JCP*, 1999, I, 152; *Deffrénois* 1999, 1515, con nota de H. BOSSE-PLATIÈRE.

74 Al mismo tiempo, haciendo una sutil diferenciación, la jurisprudencia consideraba lícitas las donaciones entre concubinos, consentidas con el fin de "respetar un deber moral" ya que el motivo es loable.

75 Incluido el homosexual. Ver D. MAZEAUD. "La cause", cit., n.º 28, 468.

76 Art. 212 del código civil francés.

77 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Les obligations*, cit., n.º 388, 387.

78 PH. MALAURIE, L. AYNÈS y PH. STOFFEL-MUNCK. *Les obligations*, cit., n.º 647, 314.

79 D. FENOUILLET. "Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!", *Mélanges en l'honneur de P. Catala*, París, 2001, 487 y ss.

III. CONCLUSIÓN

Desde un punto de vista funcional, la causa, gracias a la evolución jurisprudencial descrita, abandona la necesidad de su dualidad teórica y retoma su esencia subjetiva. Más acorde con una visión del contrato entendido como operación económica y global, la causa deviene unitaria y dinámica.

En este sentido, un primer anteproyecto de reforma al libro III, títulos III y XX del código civil francés, realizado bajo la dirección de PIERRE CATALA, recogía estos avances, precisando y unificando el concepto. Bajo el título de "*Cause de l'engagement*", traducible al español como "Causa del compromiso"⁸⁰, la causa se define en el artículo 1124 como la justificación del mismo, "la razón por la cual el derecho positivo le reconoce efectos jurídicos"⁸¹. Su existencia y su licitud continúan siendo requisitos. En cuanto a la primera, este anteproyecto restringía su apreciación a la etapa de formación del contrato, para evitar desequilibrios entre los postulados de justicia contractual y seguridad jurídica⁸²; la causa en los contratos onerosos, incluso para aquellos celebrados a favor de un tercero, sería el provecho esperado de la celebración del contrato, el interés o causa final, análisis que permite tener en cuenta los motivos que fueron previamente integrados al campo contractual⁸³, y la apreciación del conjunto del objeto contractual para los denominados grupos de contratos (el todo, respetando la coherencia de la operación); para los contratos sinalagmáticos aleatorios la ausencia de causa se apreciará en función de la prestación convenida y no solamente de la existencia de alea⁸⁴, y el motivo que lleva a una persona a realizar un acto a título gratuito será apreciado como su causa. En cuanto a la segunda, bastaba que el motivo ilícito fuese conocido por una de las partes para pronunciar la nulidad absoluta y reafirmar el rol del juez en la determinación del contenido del orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, este anteproyecto, que buscaba adaptar el derecho positivo a los avances jurisprudenciales realizados en los últimos años, no fue adoptado. El gobierno francés, más específicamente la Cancillería, tomó la dirección de esta empresa realizando a su turno un nuevo anteproyecto, que se pretende más innovador que aquel presentado por el profesor CATALA o que aquel más académico, pero sin tanto eco, especialmente a nivel internacional, conocido como "anteproyecto Terré"⁸⁵, pues no solamente se da a la tarea de restaurar el

80 Entendido "compromiso" como la manifestación de voluntad (oferta o aceptación) por la que una persona se obliga. G. CORNU. *Vocabulaire Juridique*, citado en: *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil Francés, libro III, títulos III y 20*, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 71.

81 Ídem.

82 *Ibíd.*, 72.

83 *Ibíd.*, 73.

84 *Ibíd.*, 75.

85 F. TERRÉ. *Pour une réforme du droit des contrats*, París, 2008.

cuerpo del código civil en lo que concierne al título de obligaciones y contratos, incluyendo en él las evoluciones jurisprudenciales referidas, sino que al mismo tiempo hace una reforma profunda al adoptar figuras que no son propias de la tradición francesa⁸⁶. Este carácter innovador toca especialmente a la causa, que fue eliminada del proyecto para ser reemplazada por la noción de "interés", cuyos lineamientos están aún por definirse. En el seno de la doctrina especializada, como era de esperarse, se ha generado un vivo debate; por un lado, están los que sugieren la desaparición de la figura (en lugar de hacerla reencarnar en el llamado "interés del contrato")⁸⁷; y por el otro, están los que desean conservarla bajo los lineamientos que la jurisprudencia había trazado en los últimos años y, sobre todo, conservarla con el enigmático nombre de antaño⁸⁸.

El concepto está viviendo posiblemente sus últimos instantes y solamente el tiempo y, evidentemente, el interés político, podrán determinar cuál será su suerte. En todo caso, *affaire à suivre*...

86 Sobre el proyecto de la Cancillería, ver M. FABRE-MAGNAN. *Entretien*, JCP, edición general, 2008, I.199; R. CABRILLAC. "Le projet de réforme du droit des contrats - Premières impressions", JCP, edición general, 2008, I, 190; A. GHOZI y Y. LEQUETTE. "La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie", D. 2008, 2609.

87 En ese sentido: Ch. LARROUMET. "De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat", D. 2008, 2441.

88 En ese sentido: O. TOURNAFOND. "Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français", D. 2009, 2607.