

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CAUSA DEL CONTRATO
EN EL DERECHO COMPARADO

*CURRENT PROSPECTS OF THE CAUSE OF THE CONTRACT IN
COMPARATIVE LAW*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 118-171



Pedro Luis
LANDESTOY
MÉNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente artículo aborda el sensible tema de la causa desde el Derecho comparado. A través de un análisis de las posturas doctrinales, jurisprudenciales y normativas se trata de enfrentar las dos posturas predominantes en la actualidad jurídica: por un lado, un anticausalismo latente que excluye a la causa como requisito del contrato y por otro un repunte del elemento con un claro matiz subjetivo. ¿Pervivirá la causa del contrato? ¿Será suficiente regular sus funciones sin mencionarla? Esas son las interrogantes que nos lanza hoy uno de los más debatidos tópicos del Derecho civil.

PALABRAS CLAVE: Causa del contrato; consideration; Derecho contractual europeo; principios latinoamericanos de derecho de los contratos.

ABSTRACT: *This article addresses the sensitive issue of the cause from comparative law. Through an analysis of doctrinal, jurisprudential and normative positions, it is a matter of confronting the two predominant positions in legal news: on the one hand a latent anti-causality that excludes the cause as a requirement of the contract and on the other a rebound of the element with a clear subjective nuance. Will the cause of the contract survive? Will it be enough to regulate its functions without mentioning it? These are the questions that are being raised today by one of the most debated topics of civil law.*

KEY WORDS: *Contract cause; consideration; European contract law; Latin American principles of contract law.*

SUMARIO.- I. LA CAUSA DEL CONTRATO EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.- II. ¿AU REVOIR A LA CAUSA?.- III. CAUSA IN ASTRATTO E CAUSA IN CONCRETO.- IV. LA CONSIDERATION.V. ¿SUBSISTIRÁ LA CAUSA EN EL DERECHO ESPAÑOL?.- VI. ¿QUÉ PASA EN LATINOAMÉRICA?.- VII. A MODO DE CONCLUSIONES ¿ES PRESCINDIBLE LA CAUSA REGULANDO AUTÓNOMAMENTE SUS FUNCIONES?.

Por más que se quiera silenciar, la polémica doctrinal sobre la causa del contrato no cesa. Incluso estos intentos por excluirla de la regulación normativa lo único que han provocado es avivar la llama del debate y así, tanto los que la defienden como los que la vituperan, no dejan de escribir al respecto.

En el Derecho comparado podemos avistar dos tendencias claras: la primera es a la descodificación de la causa, tanto en los instrumentos de *soft law* redactados para regir las relaciones contractuales internacionales como en algunos ordenamientos nacionales, mientras que la segunda es un resurgir de la utilización de la causa del contrato por parte de la jurisprudencia, eso sí, cada vez más cercana a una concepción subjetiva de la institución. Así, en las páginas que siguen trataremos de analizar estas tendencias para responder la pregunta determinante: ¿se puede prescindir de la causa final del contrato?

I. LA CAUSA DEL CONTRATO EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.

La creación de normas de *soft law* y principios que rijan el Derecho contractual armónicamente en la contratación internacional, más allá de lo regulado por los Estados, ha sido una constante en los últimos decenios. Esta situación es particularmente significativa en Europa donde la unidad de las naciones en un sólido bloque supranacional demanda de leyes que unifiquen los criterios para la elaboración y la resolución de conflictos en sede contractual.

El primer intento significativo de uniformar el Derecho europeo de contratos se debe a la iniciativa de Ole LANDO, quien en 1980 dirigió una comisión con el objetivo de redactar unos principios generales que sirvieran de base para un

• Pedro Luis Landestoy Méndez

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana en el año 2012, Máster en Derecho Civil por la misma Universidad en el año 2018, fue habilitado como notario en el 2013 ejerciendo la función notarial en La Habana desde 2014. En 2015 fue becario del Consejo General del Notariado español. Actualmente es vicepresidente del capítulo de La Habana de la Sociedad Científica del Notariado Cubano e imparte clases como profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Correo electrónico: pllandestoy@gmail.com.

derecho común de contratos dentro de los diferentes estados de la Comunidad Europea, así nacieron los Principios del Derecho Europeo de Contratos conocidos con el nombre de su autor como Principios Lando o con sus siglas en inglés PECL. Estos principios han continuado enriqueciéndose hasta formar hoy el llamado “proyecto académico” de Marco Común de Referencia (DCFR).

Otro proyecto es el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, fruto final de una reunión celebrada en 1990 en la Universidad de esa ciudad italiana de varios juristas procedentes de países distintos para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa y acordaron formar un grupo de trabajo permanente que, con el nombre de Academia de Iusprivatistas Europeos, quedó formalmente constituido en 1992. Tras resolver algunos aspectos preliminares, la Academia se ocupó de complejas cuestiones metodológicas en las tres sesiones siguientes, y a partir de 1995 acometió directamente la tarea de elaborar el futuro texto normativo, cuya redacción definitiva estuvo a cargo de Giuseppe GANDOLFI, en su condición de coordinador de los trabajos, y por eso esta propuesta suele denominarse también “Anteproyecto Gandolfi”.

De carácter más internacional los Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) han sido considerados desde su aparición en 1994 (aunque ya cuenta con dos versiones más una en 2004 y otra en 2010) como un paso significativo hacia la globalización del Derecho contractual, en cuanto que representan una codificación privada o restatement de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales.

Hay, no obstante, algo de común en todos, que sin duda constituyen guías para toda reforma del Derecho de contratos que se quiera realizar en cualquier ordenamiento¹, y es la ausencia de la mención de la causa del contrato, lo que hace presumir que se trata de un triunfo del anticausalismo en los intentos de codificación internacional y supranacional del Derecho de contratos. ¿Será cierto que los textos abandonan a idea de causa del contrato?

De los instrumentos referenciados es importante señalar que solo el Anteproyecto Gandolfi define los elementos o requisitos del contrato, tema que ni los PECL ni el DCFR ni los PICC se encargan de escalear. Este silencio por parte de estas normas es atribuido por gran parte de la doctrina a la influencia anglosajona

¹ Para la influencia de estas normas en la reforma del BGB, vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2002-03, marzo 2002, pp. 185-206; LAMARCA I MARQUÉS, A.: “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, *InDret* 01/2002, p. 10; ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, (traducido por E. ARROYO I AMAYUELAS), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 37 y ss.

en su redacción que, al parecer, ha pesado más que la doctrina latino-romanista. Al respecto, y en relación con los PICC, señala ALVARADO HERRERA: “Contrariamente a lo que suele establecerse en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, los Principios no enumeran taxativamente los elementos o requisitos que el contrato ha de reunir para ser válido, lo que no significa que aquéllos no deban existir. La ausencia, que puede extrañar a los juristas de tradición romanista, podría deberse a que los Principios siguen en muchas ocasiones los esquemas típicos del sistema del common law”².

Si ninguno de los grupos de principios analizados establece los elementos esenciales del contrato entonces, ¿sobre qué descansa la casi unánime afirmación de que estos desechan a la causa como requisito del contrato? La respuesta parece estar en un artículo que los textos dedican a la formación del negocio contractual. En efecto tanto el art. 2:101 de PECL, el art. II.-4:101 del DCFR, como el art. 3.1.2 de PICC³ contienen una frase que apunta a que el contrato se perfecciona con el solo consentimiento sin necesidad de ninguna otra condición o requisito adicional. Esta última frase ha sido interpretada en los comentarios de los textos como que se refiere a la no exigencia de contraprestación (consideration) ni de causa para la validez de los contratos.⁴ Sin embargo, vemos que en su formulación no son por se artículos anticausalistas, así lo entienden también MARTÍNEZ PÉREZ en relación con los PECL cuando afirma: “lo cierto es que de la redacción del precepto no se desprende, sin más, que la causa no sea elemento esencial del contrato, por lo que pudiera ser conveniente que se hiciera una referencia expresa a la innecesariedad de la causa”⁵ y ALVARADO HERRERA en cuanto a los PICC al referir casi en idénticos términos: “La redacción del precepto no resulta afortunada, ya que de éste no se desprende sin más, que la causa no sea elemento esencial del contrato. La mención en el Comentario no es suficiente, por lo que sería deseable que en el texto del artículo se hiciera una referencia expresa a la innecesariedad de la causa”⁶. Resulta, no obstante, sumamente interesante lo que señala PARRA LUCÁN en relación con este tópico: “Lo que sucede es que la lógica de estos

2 ALVARADO HERRERA, L.: “Capítulo 3-Validez”, en *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por D. MORÁN BOVIO), Thomson Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2003, p.172.

3 Siempre que se citan artículos de los Principios Unidroit se toman de la versión del 2010.

4 Vid. LANDO, O. y H. BEALE: *Principios de derecho contractual europeo (los trabajos parlamentarios de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, edición a cargo de, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 186 y ss; *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, La Ley, primera edición, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.

5 MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II*, (coordinado por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006, p. 289.

6 ALVARADO HERRERA, L.: “Capítulo 3” cit., p.176. En contra BOSCH CAPDEVILA (“Capítulo 4-Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)” en *Derecho Europeo de Contratos Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo I*, (coordinado por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2012, p. 326) quien en relación al DCFR señala que: “El Art. II.-4:101, más que por los requisitos a que alude, merece destacarse, desde nuestra perspectiva, por los requisitos que omite: la causa y la forma”.

textos armonizadores responde a la de los contratos dirigidos al intercambio de mercancías en un contexto supranacional. En este ámbito es menos problemática la falta de exigencia de forma, pero a pesar de las críticas a la doctrina de la *consideration*, no parece probable que los tribunales lleguen a prescindir de su aplicación. Por lo que refiere a la causa, explican los comentarios al DCFR que sus funciones se han trasladado a otros lugares”⁷.

Ahora bien, ¿será a la causa a lo que refieren los instrumentos cuando señalan que el contrato se perfecciona con el consentimiento sin otro requisito? Una primera respuesta sería que sí pues, sin dudas, los referidos comentarios sirven de interpretación auténtica al ser escritos por los mismos redactores de la norma expresando en ellos lo que quisieron decir⁸. Mas, si nos atenemos al precepto y a su ubicación contextual, sus efectos parecerían ir por otro lado. Esa expresión “sin ninguna otra condición o requisito adicional” apunta a un consensualismo absoluto, o sea a la libertad de forma. Esto no sólo se desprende de los mismos comentarios⁹ o de la doctrina¹⁰, sino, y principalmente, de los artículos relacionados a los referidos preceptos. En el caso de los PECL la referencia está justo detrás del artículo *in comento*, pues su apartado dos señala: “El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical”, por su parte el art. 1.2 de los PICC de manera muy parecida señala: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.

Es esta la que creo debe ser la interpretación correcta de los artículos invocados y no la de ausencia de causa, porque ¿puede un precepto eliminar a la causa de los elementos esenciales del contrato? Los elementos esenciales, como su nombre lo indica, son aquellos sin los que algo no puede existir, son los que

7 PARRA LUCÁN, M. Á.: “La formación del contrato como proceso”, en *Negociación y perfección de los contratos*, bajo su dirección, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 83-84.

8 SABORIDO SÁNCHEZ (“Una visión crítica de la supresión de la causa en el nuevo derecho europeo de contratos. Su influencia en el ordenamiento jurídico español”, en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, (dirigido por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, primera edición, Barcelona, 2012, p. 540) apunta además a la influencia anglosajona también en este anticausalismo hermenéutico: “La supresión de la normativa específica de la ilicitud causal que se propugna por parte de las recientes normativas europeas parece provenir de la influencia notable del *Common Law*, más que de una necesidad real de prescindir de un elemento que en la actualidad sigue requiriéndose para proporcionar soluciones a determinados conflictos jurídicos”.

9 Luego de ahondar en la supresión de la *consideration* y de la causa los comentarios de los Principios Unidroit (*op. et loc. cit.*) señalan que el precepto va dirigido también a eliminar los contratos reales y solemnes a fin de que todos los contratos sean consensuales.

10 ALVARADO HERRERA (“Capítulo 3” *cit.*, p.176): “El precepto hace referencia, entre otras cuestiones, a la perfección del contrato, materia también contemplada en el Artículo 1.2 de los Principios, en el que se desvincula la perfección del contrato del cumplimiento de cualquier requisito de forma. De acuerdo con las tendencias generalizadas actualmente en materia de contratos, los Principios optan por la regla de la consensualidad, es decir, por establecer que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”.

lo configuran fenomenológicamente, los que le identifican. Estos elementos son consubstanciales al fenómeno jurídico expresado independientemente de que una norma los recoja o no. Pensemos, si una norma señalara que la compraventa no requiere precio en dinero o signo equivalente, ¿podríamos sostener que el precio no es un elemento esencial del contrato de compraventa? De la misma manera un negocio jurídico, como lo es el contrato, necesita manifestación de voluntad, objeto sobre el que recaiga dicha manifestación, forma en que esa manifestación se produzca y causa que la configure de una manera u otra. ¿Cómo puede sostenerse que el sólo consentimiento constituye contrato? ¿es que acaso el consentimiento no recae sobre una realidad material concreta ajena a las partes (objeto)? ¿es que no se consiente sobre una configuración negocial determinada (causa)?

Al constituir un claro absurdo que el solo consentimiento constituye contrato, se ha sostenido que el acuerdo de las partes debe, por lo tanto, relacionarse con un conjunto de cláusulas. Con lo cual, después de omitir herramientas de análisis conceptual como el objeto o la causa e incluso el contenido, los redactores de los Principios los reemplazaron por las cláusulas del contrato y su exactitud. Lo que, en opinión de GHESTIN, “il n'est pas certain qu'il s'agisse d'un progrès”¹¹.

Es cierto que las cláusulas de un contrato por su aceptación universal práctica y concreta pueden aparecer, a primera vista, como el mínimo común denominador del análisis de un contrato para reemplazar cualquier otro elemento. Todo contrato escrito puede desglosarse efectivamente en un cierto número de cláusulas, es un tipo de evidencia material. Puede agregarse que la práctica del comercio internacional y sus contratos con las múltiples cláusulas especializadas y subdivididas, de acuerdo con la práctica angloamericana que tiende a generalizarse, refuerza aún más esta concepción pragmática del contrato. Sin embargo, se observa que esta realidad en sí misma no elimina la referencia a la noción de objeto ni de causa, puesto que el clausulado se redactará en atención a un determinado objeto y sobre todo a la configuración causal del contrato. Como atinadamente señala ALPA: “La necessità di una causa è avvertita in tutti gli ordinamenti in cui, pur concludendosi il contratto con il semplice consenso delle parti, si presuppone o si richiede che vi sia una causa sufficiente, ragionevole e giusta che sorregga quel consenso”¹².

Por su parte el Anteproyecto Gandolfi sí define los elementos esenciales del contrato, adoptando una metodología más latina. Así, en su art. 3 el Anteproyecto establece: “3. Los elementos esenciales del contrato son: a) El acuerdo de las partes. b) El contenido”, apuntando inmediatamente en su art. 4: “No es necesaria

11 GHESTIN, J.: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006, p. 41. Crítica parecida sostiene ALCARO (“Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi”, en *Causa del contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2016, p. 18).

12 ALPA, G.: *Le stagioni del contratto*, Societa editrice il Mulino, Bologna, 2012, p. 54.

una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código”. Con esta última acotación se suma al consensualismo apuntado arriba indicando que cuando se señala consentimiento sin otro requisito es obvio que se refiere a requisitos formales y no a la ausencia de una configuración negocial y una materia sobre la que recaiga el acuerdo de voluntades.

Aquí encontramos un nuevo elemento a debate: el contenido. Este anteproyecto comprende que no es suficiente el acuerdo para perfeccionar el contrato, sino que este acuerdo ha de recaer sobre algo, nadie acuerda en el vacío, sin contenido no existe consentimiento. Ahora bien, ¿qué es exactamente el contenido al que se refiere el anteproyecto?

La doctrina es conteste en que esta categoría es homologable al objeto¹³ y luego de leer las intervenciones de los académicos previas a la aprobación de la supresión expresa de la causa¹⁴ no caben dudas que en la intención de estos no estaba incluirla dentro del contenido. Tal vez la fuente de inspiración de estos elementos esenciales haya que buscarlos en el Contract Code de Harvey MCGREGOR, reconocido como una de las principales fuentes del Anteproyecto junto con el Codice italiano. Para MCGREGOR¹⁵ el contenido son las previsiones y demás declaraciones a las que las partes se obligan, manejándose siempre en clave de las prestaciones, lo cual apunta a lo señalado en relación con la identificación del contenido con el objeto.

Ahora bien, el contenido del consentimiento o acuerdo no se agota en establecer las prestaciones de cada parte, además ha de configurar la relación causal que tendrán esas prestaciones. No basta decir que A se obliga a entregar un bien determinado a B, sino que es necesario además determinar si lo hará a cambio de otra cosa, actividad o pasividad de B, como pago de una deuda preexistente que tenía con él o de forma gratuita. Resulta así determinante que el contenido del consentimiento es el objeto y la causa, no puede concebirse a un acuerdo que no establezca la configuración causal del negocio como contrato. Es por lo que DE LOS MOZOS sostiene que la causa está implícita en el Anteproyecto sosteniendo que: “... la causa no desaparece del todo, ocupa únicamente el lugar

13 Vid. MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La causa del contrato” cit., p. 290; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Notas sobre las <condiciones relativas al contenido> del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos I*, (dirigidos por C. VATTIER, J.M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 177 y ss. En contra DE ELIZALDE IBARBIA, F.: *El contenido del contrato*, primera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 37, quien identifica al contenido con el clausulado pero el resto de la obra deriva en un análisis de las prestaciones como contenido del contrato.

14 Las más sobresalientes pueden consultarse en GARCÍA CANTERO, G.: “Hacia un concepto europeo de contrato”, en *Código Europeo de Contratos I*, cit., pp. 150 y ss.

15 MCGREGOR, H.: *Contract Code*, (traducción y nota preliminar por J.M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 37-65.

que le corresponde en un sistema en que a todo contrato se le reconoce eficacia jurídica”¹⁶.

Pero puede que de lo que se trate no sea de determinar si la causa está o no en el contrato, afirmación que muy pocos se atreven a sostener. Señala ALVARADO HERRERA: “La innecesaridad de la causa no puede ser entendida como la negación de la existencia de una causa en los contratos, ya que es evidente que los contratos siempre se celebran con alguna razón o motivo que los dota de sentido. Lo que se pretende es desvincular la validez del contrato, y, por lo tanto, la producción de sus efectos, de las vicisitudes que puedan afectar a la causa (inexistencia o ilicitud)”¹⁷. Con lo cual a lo que supuestamente apuntan los referidos instrumentos es a la no valoración de la causa en el devenir del contrato y la relación contractual. ¿Realmente lo logran?

Siguiendo con ALVARADO HERRERA, siempre en sede de los PICC: “La abstracción de la causa puede tener justificación en el ámbito de los Principios. En efecto, las exigencias del tráfico jurídico en la contratación mercantil podrían hacer aconsejable que se desvincularan los efectos del contrato (por ejemplo, la transmisión efectiva del dominio) de la existencia y de la regularidad de la causa”¹⁸. Vemos como el sentido de los referidos instrumentos es a la abstracción de la causa, o sea que los derroteros de esta no afecten la validez del contrato.

Si sostenemos esa idea entonces los contratos simulados e ilícitos tendrían cabida dentro de los instrumentos supranacionales analizados pues los vicios de la causa que tradicionalmente afectan la validez del contrato son su inexistencia o falsedad, que dan al traste con la simulación, o su ilicitud. Pero vemos como ni el contrato simulado ni el ilícito tienen cabida en la normativa señalada.

Así, el art. 6:103 de los PECL señala que “cuando las partes concluyen un contrato aparente que encubre su verdadero acuerdo, entre las partes prevalecerá este último”, mientras que en el Anteproyecto la simulación se combate a través de la nulidad prevista en el art. 140.I para los contratos defectuosos. Ciertamente es que al regular la simulación como institución propia ya no es necesario acudir a la figura de la causa falsa o inexistente, pero es cierto también que cuando las partes declaren una causa falsa o solo aparente el contrato será nulo por simulado, así, aun cuando no lo mencionen, el contrato necesitará tener una causa cierta para ser válido.

16 DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 110.

17 ALVARADO HERRERA, L.: “Capítulo 3” cit., p. 176.

18 *Ibidem*.

Por su parte los instrumentos son muy cautelosos con la ilicitud. En este sentido señala ALVARADO HERRERA que "...la abstracción de la causa admitida en los Principios no se extendería, según se desprende del Comentario, a la ilegalidad de la misma (...)"¹⁹. Los PICC, que originalmente no se pronunciaban sobre el tema, en su nueva regulación de 2010 recogen lo relativo a la ilicitud del contrato internacional en una sección independiente (Sección 3), dentro del capítulo sobre la validez (Capítulo 3) y está formado por dos arts., el 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y el 3.3.2 (Restitución) de los PICC. Así, se ocupan del contrato que infringe normas imperativas, bien sea por medio de sus cláusulas, su ejecución, su finalidad o de otra manera. Más concretamente, esta sección regula los efectos que produce dicha violación en el contrato, estableciendo los criterios a seguir para determinar si a pesar de la violación, las partes siguen gozando de remedios de naturaleza contractual (art. 3.3.1) o de la posibilidad de restitución (art. 3.3.2)²⁰.

De igual manera, el Anteproyecto sanciona con la nulidad al contrato ilegal en su art. 140.I, señalándose que por contrato ilegal hay que entender a todos los que resulten contrarios al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa que proteja el interés general o las situaciones de importancia social primaria, a otras normas imperativas aplicables y otros casos previstos por el propio Anteproyecto y por las leyes comunitarias y nacionales aplicables al contrato²¹.

Con la ilicitud pasa lo mismo que decíamos en relación con la simulación, si bien le han dado un régimen particular fuera de la regulación de la causa ilícita, lo cierto es que esta está incurso en aquel. O sea que un contrato con causa ilícita no será válido al amparo de los instrumentos citados.

Tampoco lo será el contrato lesivo, o sea que no solamente se evitan las tradicionales anomalías de la causa sino además su frustración en la relación contractual. Así, los textos acogen las figuras de la lesión contractual (cfr. art. 4:109 PECL, arts. 156 y 157 del Proyecto de Pavía y art. 3.2.7 PICC) configurándola este último con un claro matiz causal al señalar que "Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (...) (b) la naturaleza y

19 *Ibidem*.

20 Vid. UNCETA LABORDA, M.: "Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013, pp. 620 y ss.

21 Vid. VATTIER FUENZALIDA, C.: "Inexistencia y nulidad del contrato", en *Código Europeo de Contratos II*, cit., pp. 566-567.

finalidad del contrato". En estos casos concretos el jurista italiano ROPPO ve, tanto en los PICC como en los PECL, la falta de causa (*mancanza di causa*)²².

Lo que me propongo demostrar es que la pretensa abstracción de la causa tampoco se ha logrado. Bien es cierto que ya no agota la figura de la causa los fenómenos de la simulación e ilicitud, lo cual es muy acertado pues ambas anomalías no se reducen al elemento causal, pero ni la causa falsa ni la ilícita ni la lesiva serán intrascendentes a la hora de determinar la validez del contrato, con lo cual sus derroteros siguen marchando juntos independientemente de su regulación positiva.

Este criterio es sostenido además por varios autores. Para SABORIDO SÁNCHEZ: "...si se examina detenidamente la regulación tanto de los Principios como del borrador del Marco Común de Referencia, nos encontramos con que no se abandona del todo la idea de causa. Sigue empleándose el control del fin del contrato para fiscalizar los convenios. En distintas disposiciones, (como en la regulación de la resolución, por ejemplo) la investigación del fin contractual se emplea para determinar la posible ejecución de las prestaciones o incumplimiento contractual, que depende de si la finalidad con la que se pactó se refleja en el resultado obtenido. Es decir, la exigencia y vigilancia de causa verdadera y lícita se ha trasladado de momento: desde la formación del contrato hasta el propio resultado del mismo"²³. MARTÍN PÉREZ sostiene que: "Diversos autores han venido a apuntar que la causa, en todo caso, pervive camuflada en nuevas vestimentas. Al igual que vimos al analizar el Anteproyecto de Pavía, también hay quienes encuentran reflejada la causa en los PECL (...) Es sabido que cada época y cada sistema ha elaborado un concepto de causa adecuado para resolver sus propios problemas; por tanto, como siempre, son los conflictos y la búsqueda de soluciones lo importante, por encima de los conceptos"²⁴. Mientras que ROLLI apunta: "È agevole, dunque, intravedere nel quadro descritto la causa, come presenza velata, informe, ma che explica igualmente la sua forza, senza potere essere soppressa"²⁵.

II. ¿AU REVOIR A LA CAUSA?

Probablemente el golpe más duro recibido por los causalistas ha sido la eliminación de la causa como requisito del contrato en la última reforma del ya bicentenario Code Napoleon.

22 Vid. ROPPO, V.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 387.

23 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: "Una visión crítica", cit., p. 544.

24 MARTÍN PÉREZ, J. A.: "La causa del contrato", cit., p. 303.

25 ROLLI, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, CEDAM, Padova, 2008, p. 144.

Para entender el porqué de la supresión y también para analizar si realmente está ausente del Code, conviene repasar un poco cómo se abordaba la causa en Francia en los últimos años antes de la reforma.

Desde los años 90 del pasado siglo la doctrina y principalmente la jurisprudencia francesa trataron, desde el prisma subjetivo dado por el neocausalismo, de abordar con la figura de la causa dos cuestiones muy concretas: en primer lugar constituirla como instrumento de protección del interés o la utilidad perseguidas por las partes en la conclusión del contrato, lo que se dio en llamar economía del contrato, y en segundo lugar la protección de cláusulas abusivas para los no consumidores, los que por ende no encontraban eco en la legislación especial al respecto²⁶.

La economía del contrato es definida por PIMONT²⁷ como la reunión de elementos materiales necesarios para la realización de una función económica global y precisa, representa el punto de convergencia de voluntades bajo la forma de una operación económica global y concreta que permite definir de manera finalista el perímetro del acuerdo de voluntades. Desde esta perspectiva la causa viene a ser el interés económico que la parte busca razonablemente en el contrato²⁸, la razón del su manifestación de voluntad y del consentimiento o “compromiso”²⁹. A través de esta doctrina, la jurisprudencia veló porque el contrato mantuviera el fin o la utilidad que las partes buscaron cuando lo concertaron. Así, podemos apreciar en las sentencias paradigmáticas que, partiendo de esta concepción, dictó la Corte de Casación como el fin que se busca con esta variante de la causa es, primero, alumbrar los motivos que llevaron a cada contratante a perfeccionar el negocio y, segundo, mantener la validez del contrato solo si ese motivo sigue siendo su guía, o sea solo si el contrato responde a ese interés. La Corte en cada una de estas resoluciones tiene en cuenta la interdependencia económica de las partes contratantes y valora de esta forma a la causa no solo en la etapa de formación del contrato sino también en la de su ejecución³⁰.

26 Sobre la renovación del concepto de causa en el Derecho contemporáneo francés, *vid per omnia* MOUILL-BASSILIANA, E.: *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, tesis publicada por la Universidad de Lille, 2003, pp. 15 y ss.

27 PIMONT, S.: *L'économie du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2004, p. 71.

28 *Vid.* ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, Bibliothèque de Droit Privé, T. 311, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999, p. 256.

29 El término compromiso (*l'engagement*) ha sido muy socorrido por la doctrina francesa de los últimos años, que ha tratado de suprimir con él el de causa de la obligación. *Vid per omnia* TERRE, F., P. SIMLER e Y. LEQUETTE: *Les obligations*, octava edición, Dalloz, Paris, 2002, pp. 32 y ss.

30 Para MAZEAUD (“Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risqué-t-on pas d'aller trop loin?”, en *La nouvelle crise du contrat*, (dirigido por C. JAMIN y D. MAZEAUD), Dalloz, Paris, 2003, p. 143) la causa tiene como una de sus funciones principales mantener el equilibrio económico en las contraprestaciones de los contratos onerosos, lo cual es de verificar o de controlar más en su fase de ejecución que en la de elaboración. Ver también CERMOLACCE, A.: *Cause et exécution du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, *passim*.

Probablemente de estas sentencias la que más trascendió a la cimentación de la doctrina de la causa como economía del contrato es la dictada el 3 de julio de 1996 por la sala primera de lo civil de la Corte de Casación³¹. La cuestión litigiosa era que el matrimonio Pillier había arrendado 200 videocasetes durante el término de ocho meses a una sociedad por 40,000 francos con el propósito de crear un video-club y surgieron problemas en el pago. El juez de instancia decide anular el contrato por error mientras que el de apelaciones fundamenta la nulidad del contrato en la falta de causa, según su sentencia la causa-móvil que llevó al matrimonio a contratar era la difusión cierta a su clientela de los videos arrendados, mientras que ese objetivo no podía ser alcanzado en la comuna donde habían arrendado el local por contar esta solo con 1315 habitantes. Ya en la casación la sociedad ataca la referida sentencia basándose en la concepción clásica de la causa al existir dos prestaciones sinalagmáticas, sin embargo la Corte confirma la sentencia de apelación estableciendo 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, en consecuencia la Corte de Apelaciones había obrado con exactitud al alegar la falta de causa ya que el pago del precio del arrendamiento por el señor y la señora Pillier estaba desprovista de toda contraprestación real. En palabras de la propia sentencia: "...l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties (étant) impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes".

Aquí la Corte concibió como marco económico la creación del video-club que constituye una operación contractual más compleja que el contrato de arrendamiento. Esta sentencia fue muy controvertida por la doctrina francesa³² y sin lugar a dudas marcó referente para una nueva concepción de la causa del contrato. Con ella la jurisprudencia subjetivizó la noción de economía del contrato al no concebirla como un interés o ventaja de carácter abstracto sino el interés o ventaja esperados por los contratantes.

Por su parte la causa también sirvió como protección al profesional frente a los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas. En Francia la condena a las cláusulas abusivas fue introducida por la Directiva europea núm. 93-13 de 5 de abril de 1993 que la confinó al ámbito del derecho de consumo, dejando de esta forma desprotegidos a los profesionales cuya actividad tuviese una relación directa con la operación realizada por el contrato. En estos casos el juez francés decidió utilizar a la causa como fundamento para anular las cláusulas contractuales

31 Vid. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000007036953>

32 En contra TERRÉ, F., P. SIMLER e Y. LEQUETTE: *Les obligations*, cit., pp. 320 y 321 y a favor MAZEAUD, D.: "Les nouveaux instruments", cit., p. 146.

que atentan contra su “coherencia” o sea contra el contenido de las obligaciones esenciales del contrato³³.

En esta sede la sentencia paradigmática es la conocida como “*Décision Chronopost*”, dictada el 22 de octubre de 1996 por la sala de lo comercial de la Corte de Casación³⁴, la cual fundamentó la decisión de tener por no escrita una cláusula limitativa de responsabilidad en que la misma era contraria al dictado del entonces vigente art. 1131 del Code que consagraba la necesidad de causa en los contratos. Los hechos son que la sociedad Blanchereau que deseaba participar en una licitación contrató con Chronopost³⁵ la entrega en 24 horas de un sobre contentivo de la solicitud y la oferta el cual debía entregarse en un organismo público con sede en París; la carga es entregada a las 48 horas, lo cual le impide a la sociedad participar de la licitación. En la demanda a Chronopost, Blanchereau pide una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la ganancia perdida por el retraso, Chronopost opone una cláusula inserta en las condiciones generales de contratación que precisa que en caso de perjuicio justificado el retraso en la entrega no la compromete sino a reembolsar el precio pagado por el contrato. El juez de apelaciones decidió que Chronopost no había actuado con culpa y en consecuencia era aplicable la cláusula limitativa de responsabilidad, sentencia que fue casada por la máxima instancia sosteniendo que el incumplimiento a la obligación esencial del contrato hacía que la cláusula limitativa de responsabilidad contradijera la importancia del compromiso adquirido y en consecuencia debe reputarse como no escrita.

Aquí el razonamiento es muy parecido al anterior, de lo que se trata es de darle a la causa la función de justificante del móvil del contrato. En consecuencia, cualquier disposición o cláusula que altere ese interés económico perseguido desnaturaliza el contrato, o sea lo deja sin causa.

Con estas dos funciones entra la doctrina francesa de la causa a los doscientos años del Code cuando lo principal de que se hablaba en los círculos académicos y políticos era de la necesaria reforma del Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Ese camino hacia la reforma estuvo signado por tres proyectos principales que en relación con la causa del contrato adoptaron posturas muy diferentes.

En el *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, realizado bajo la dirección de Pierre CATALA³⁶, se mantiene como requisito del

33 Vid. CATHIARD, A.: *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels: L'apport de l'analyse économique du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2006, p. 293.

34 Disponible en https://www.courdecassation.fr/IMG//CO_arret9318632_961022_ES.pdf.

35 Chronopost es una compañía francesa de transporte de mercancías cuyo eslogan publicitario es «*Les maîtres du temps*» (Los dueños del tiempo).

36 Texto completo del anteproyecto en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de*

contrato a la causa, no obstante, su regulación se perfila ajustada a la visión sostenida por la jurisprudencia francesa y a la cual hemos hecho referencia. Este proyecto comenzaba por cambiar el nombre del requisito de “une cause licite dans l’obligation”, como la regulaba el art. 1108, a “Cause de l’engagement” definida en el art. 1124 como la justificación del compromiso³⁷, como la razón por la cual el derecho positivo le reconoce efectos jurídicos, con lo cual podemos vislumbrar ciertos atisbos de la doctrina italiana. El anteproyecto continuaba exigiendo la existencia y licitud de la causa, estableciendo que para los contratos onerosos sería el provecho esperado de la celebración del contrato, para los aleatorios estaría en la función de la prestación convenida y no solo en la existencia del alea, mientras que para los gratuitos será el motivo de la liberalidad. En palabras del propio art. 1124: “Se trata de afirmar que, conforme a nuestra tradición jurídica, una causa real y lícita es una condición de validez del contrato. Esta opinión implica, sin embargo, evitar los dos escollos opuestos a una definición exageradamente restrictiva, que le privaría de todo interés práctico, o demasiado extensiva, que implicaría un ataque a la seguridad jurídica”.

El proyecto de la Chancellerie³⁸, presentado en julio de 2008 por el Ministerio francés de Justicia, asumía en relación con el tema tratado una postura digamos mixta pues suprime el requisito de la causa, pero lo reemplaza por uno llamado “interés” (cfr. arts. 49, 85 a 87). Esta sustitución dio mucha envidia para que la doctrina sostuviera si se trataba solo de un cambio de nombre³⁹ o si por el contrario estábamos ante un cambio profundo de paradigma⁴⁰. Empero, al leer sobre todo la formulación del art. 85 nos percatamos que el cambio no fue más que tratar de eliminar un vocablo polémico por otro que venía de la teoría de la economía del contrato; cuando el citado precepto establece “Cada parte debe tener un interés en el contrato que justifique su obligación” notamos que este interés al que alude encaja con la doctrina jurisprudencial analizada al hacer depender de ese interés o utilidad que busca cada parte en el contrato la esencia de la obligación.

Finalmente, el proyecto TERRÉ⁴¹ es el más radical de los tres proyectos presentados. La causa es completamente suprimida como requisito de existencia

Derecho Civil, tomo LX, 2007, fasc. II, pp. 634-718.

37 Según el propio anteproyecto: “Esta formulación relativamente nueva evita, principalmente, utilizar las denominaciones, contestadas por algunos, y sin duda contestables, de la causa de la obligación, llamada objetiva y abstracta, opuesta a la causa del contrato, denominada subjetiva y concreta”.

38 http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf.

39 Vid. HOUTCIEFF, D.: “Le contenu du contrat”, en *Pour une réforme du droit des contrats*, (dirigido por F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2009.

40 Vid. LARROUMET, C.: “De la cause de l’obligation à l’intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats)”, *Dalloz Actualité*, Paris, 2008.

41 Vid per omnia TERRÉ, F.: *Pour une réforme du droit des contrats: Réflexions et propositions d’un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, Paris, 2009.

del contrato, sin ser reemplazada por un concepto equivalente, como el de interés (cfr. art. 13).

No obstante, y aunque este último anteproyecto también fue descartado, la decisión final fue abolir el requisito de la causa, sustentada en razones de índole político como lo son “renforcer l’attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique”, señalando que “permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers”⁴², argumentos que no dejan de tener cierta lógica pues Francia se enmarca en el escenario europeo, donde las legislaciones supranacionales cada vez más influyen a las de los distintos miembros de la Unión Europea, por lo cual es de entender que la reforma del Code siguiera los postulados de la academia de Pavía, de los PECL y del DCFR, postulados que decidieron suprimir el nombre de causa de sus articulados como ya hemos visto.

Ahora bien, ¿puede sostenerse que el Code reformado es una ley anticausalista?, ¿desterró ciertamente el Code a la causa de su articulado?

Creo que para catalogar a una ley como anticausalista tiene que sostenerse ese criterio en algo más que en la supresión de un vocablo.

En efecto ya su art. 1128 no enumera a la causa como requisito para considerar válido a un contrato, notemos que tampoco lo hace con el objeto ni con la forma⁴³, pero la reforma no se agotó en dicho precepto.

El primero que nos salta a la vista es el nuevo art. 1162 el cual dispone que: “le contrat ne peut déroger à l’ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties” Aquí nos encontramos con el clásico precepto que frena la posibilidad de celebrar contratos que atenten contra el orden público. Qué cambia. Pues que el antiguo 1133 establecía que lo que podía atentar contra el orden público era la causa mientras que el nuevo señala que lo contrario al orden público puede ser ses stipulations et son but o sea sus estipulaciones y sus propósitos. ¿Dónde podemos encontrar en este nuevo Código sin causa la definición de propósitos? ¿Acaso en el consentimiento, acaso

42 Vid. CHÉNÉDÉ, F.: “La cause est morte... vive la cause?”, en *Contrats Concurrence Consommation*, núm. 5, 2016, dossier 4, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/deliv...0330%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=1825%3A563040330, también en ANCEL, F., B. FAUVARQUE-COSSON y J. GEST: *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 165 y 166.

43 Según LEVENEUR (“Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations” en *Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 2*, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/deliv...0545%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=2827%3A563040545): “La quadrilogie classique des conditions essentielles pour la validité d’une convention de l’actuel article 1108 (consentement, capacité, objet certain, cause licite) fait place à une trilogie annoncée par le nouvel article 1128, et constituée du consentement, de la capacité, et d’un contenu licite certain”.

en el contenido? Propósito es un fuerte sinónimo de finalidad⁴⁴, un propósito es algo por lo cual se hace lo hecho, es lo perseguido con lo realizado. Todas estas acepciones de fuerte contenido finalístico nos remiten a la clásica concepción de la causa, con lo cual la diferencia entre regular que la causa es ilícita cuando es contraria al orden público y que los propósitos del contrato no pueden atentar contra el orden público me parece más retórica que cambio.

Otro artículo a analizar es el nuevo 1169 que establece: “contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire”. Este precepto es muy interesante, en primer lugar, porque parte de una clásica distinción causalística de contratos en onerosos y gratuitos, y en segundo lugar porque su disposición es muy similar a las que la doctrina francesa ha sustentado sobre la causa desde sus primeros teóricos hasta la reciente jurisprudencia citada. Efectivamente, señala CHÉNEDÉ, esta alusión a la contraprestación ilusoria se corresponde con la causa falsa del antiguo art. 1131⁴⁵. Por su parte la expresión contraprestación ridícula es una variante semántica del precio lesivo que preceptuaba el otrora art. 1674, cuyo fundamento se encuentra precisamente en una anomalía de la causa del contrato, pues, siendo un negocio con causa credendi donde se configura partiendo del sinalagma y de los efectos propios de este tipo negocial, una de las partes ve frustrada su finalidad. En el marco francés estudiado podemos además percibir en este artículo la doctrina analizada de la economía del contrato pues tanto la contraprestación ilusoria como la ridícula atentan contra ese interés perseguido por las partes a la hora de contratar.

Qué decir del nuevo art. 1171 que formula: “toute clause qui créé un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non-écrite”, su letra nos revela como su principal fuente de inspiración toda la doctrina nacida con la sentencia Chronopost que situaba a la causa como fundamento para hacer ineficaz una cláusula abusiva contenida en un contrato fuera del ámbito del consumo. Lo cual significa que si bien la reforma pretende abandonar la causa no tiene intención de desechar las funciones que le ha atribuido en Francia la doctrina jurisprudencial contemporánea⁴⁶. Dónde si no es en la causa vamos a encontrar explicación para atacar al desequilibrio significativo de las prestaciones, el cual sólo deberá provocar la ineficacia de la cláusula si estamos frente a un contrato con causa credendi donde se enfoca al sinalagma como tipo contractual genérico al que

44 Así también lo entienden DESHAYES, O., T. GENICON et Y. LAITHIER: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexis Nexis, Paris, 2016, p. 171.

45 CHÉNEDÉ, F.: “La cause”, cit. Señala el autor que “Loin d’être une notion distincte de l’absence de cause, cette formule se contentait de désigner le cas, d’ailleurs le plus fréquent, où le défaut de contrepartie n’avait pas été perçu par le cocontractant lors de la conclusion du contrat.”

46 Apud. DESHAYES, O.: “La formation des contrats”, *Revue des contrats*, 01 avril 2016 n° Hors-série, consultado en <http://www.lextenso.fr/docec.u-bordeaux.fr/weblextenso/article/print?id=RDC112z6>.

sigue el contrato en cuestión, pensemos por ejemplo que si el desequilibrio fue querido por las partes atendiendo a un acto de liberalidad (donaciones indirectas) entonces no habrá fundamento para la ineficacia al no ser la causa del contrato *credendi* sino *donandi*.

Finalmente, encontramos el nuevo art. 1135 según el cual: "l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité". Aquí tenemos regulada la supuesta causa de las donaciones y demás negocios lucrativos y también la sanción jurídica al error en los motivos, ambas instituciones muy manidas por la doctrina que ha tratado a lo largo de los años de explicar la causa de los contratos. Podemos señalar que los motivos no son la causa final de la donación ni de ningún otro contrato, pero sí son la causa impulsiva de los agentes, de los contratantes.

Estas normas han hecho que cierta doctrina francesa⁴⁷ señale que, en el fondo se trata solo de una supresión formal, subsistiendo en forma implícita el concepto de causa y los problemas asociados a su determinación y aplicación. Al respecto sostiene WICKER: "(...) l'idée qu'il en résulterait une disparition de la cause présente en revanche un vice logique. En effect, reprendre dans les nouveaux textes les solutions aujourd'hui fondées sur la cause, mais sans que celle-ci soit désormais expressément visée, n'emporte sa disparition que d'un point de vue formel mais non substantiel, puisqu'elle constituera le fondement implicite de ces solutions. C'est dire que, si le terme de cause disparaît dans les textes, le fait que ceux-ci soient fondés sur la notion impliquera que leur interprétation procède nécessairement d'une théorie de la cause. Chassée par la porte, la cause reviendra donc immanquablement par la fenêtre, et cela d'autant que, en dépit de l'ambition affichée de textes se suffisant à eux-mêmes, leur énoncé est trop ouvert pour ne pas appeler une interprétation, laquelle fera ressurgir les mêmes controverses et les mêmes oppositions que la notion de cause"⁴⁸. Aun cuando no esté bajo la rúbrica de causa, la finalidad perseguida con el contrato sigue siendo fundamento de muchas instituciones del Código Civil francés, al parecer los legisladores le tienen miedo al nombre, pero como muchas veces se ha sostenido las cosas son lo que son y no lo que alguien quiere que sean.

Así, la causa del contrato sigue viva en el articulado del Code Napoleon pues, como señalan DESHAYES, GENICON y LAITHIER: "d'abord, de façon paradoxale, ces consécration particulières ont pour effet de porter à incandescence des solutions

47 FAGES, B.: *Droit des Obligations*, 7ma edición, L.G.D.J, Paris, 2017, pp. 145 y ss.; GRIMALDI, C.: "Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots", en *Recueil Dalloz*, núm. 814-815, Paris, 2015, pp. 814-815; MAINGUY, D.: "Chapitre 3- Le contenu du contrat", en *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, p. 112, consultado en http://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_333750_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf.

48 WICKER, G.: "La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?", *Recueil Dalloz*, núm. 27, 2015, p. 1557.

don't la portée était incertaine jusqu'à présent; le résultat étant qu'à plusieurs égards, le droit français pourrait en ressortir plus causaliste qu'il ne l'a jamais été⁴⁹.

III. CAUSA IN ASTRATTO E CAUSA IN CONCRETO.

Tras la eliminación de la regulación de la causa del Code francés, el Codice italiano constituye en este tema el máximo referente legislativo en el Derecho comparado. No obstante, el enfoque conceptual de su regulación ya no es seguido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de dicho país.

Tras la recodificación del Derecho civil en 1942, la concepción objetiva de la causa se convirtió en paradigma para muchos teóricos. En efecto, la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX había creado y argumentado la concepción de la causa como función económico-social del contrato, tema del que ya hablamos supra. Así, el nuevo código civil había recogido esta doctrina y regulado la causa bajo sus postulados como medio de control férreo de la autonomía privada, lo cual se avenía muy bien con la ideología fascista de la nueva legislación. Luego de la segunda guerra mundial y el retorno de Italia a la democracia, este papel de la causa comenzó a ser cuestionado sobre todo desde la promulgación de la actual Constitución en que primó como valor la libertad individual.

En este contexto, Giovanni B. FERRI⁵⁰, da un giro en la concepción sobre la causa al cuestionar su concepción como función económica-social y crear una nueva denominada función económica-individual. Esta noción, sin abandonar el funcionalismo, pretendía encontrar la causa, no en el tipo contractual abstractamente considerado y reconocido por la ley o por la sociedad, sino en la función concreta del negocio. Desde esta definición la causa se convertirá en la expresión objetiva de las finalidades subjetivas que los autores del negocio intentan conseguir, convirtiéndose en el elemento del contrato que técnicamente vincula a la operación económica, entendida en su globalidad, con los sujetos que son sus autores.

A partir de ese momento en el Derecho italiano comenzó lo que se dio a llamar la dualidad en la concepción de la causa del contrato, manteniendo todavía relevancia la concepción de la función económico-social, pero comenzando a penetrar la idea de función económico-individual cada vez con mayor énfasis. Para PERLINGIERI: "Si opera, cosí, una duplicazione tra causa astratta e causa concreta"⁵¹, entendiendo como causa abstracta a la noción de función económico-social y como causa concreta a la de función económico-individual.

49 DESHAYES, O., T. GENICON et Y. LAITHIER: *Réforme du droit*, cit., p. 171.

50 Vid. FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè editore, Milán, 1966, pp. 251 y ss.

51 PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, 8ª edizione interamente riveduta e integrata con indicazioni giurisprudenziali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 491.

No obstante, es importante señalar, que aun cuando este cambio de idea comporta una subjetivización de la causa nunca se llega en Italia a identificar a la causa con los motivos de las partes, siempre se mantiene la idea de función vinculada a los efectos que produce el contrato en el contexto de la operación económica⁵². Así, con un concepto diríamos abarcador, ALPA decide conceptualizar a la causa simplemente como función económica sin los apelativos polémicos de social o individual: “La causa è lo scopo del negozio (...) La causa dunque è la funzione economica che adempie il negozio che si conclude”⁵³. No obstante, el autor sostiene que la doctrina italiana actual se decanta mayoritariamente por la idea de causa concreta producto a las mayores posibilidades prácticas que ofrece: “La dottrina moderna, invece, ha abbandonato la teoria tradizionale e preferisce parlare di causa come fondamento economico individuale del contratto; in questo senso, nella causa rientrano le aspettative che le parti oggettivamente potevano nutrire sui risultati dell'affare. Le anomalie di funzionamento della causa sconvolgono l'economia dell'affare. Le anomalie di funzionamento della causa sconvolgono l'economia dell'affare e quindi richiendono l'intervento del giudice per riportare l'affare al piano di distribuzione dei rischi, dei vantaggi e degli svantaggi che le parti avevano elaborato”⁵⁴.

En la jurisprudencia, la concepción de causa como función económico-social continuó en todo el siglo XX como preponderante, incluso a inicios del siglo XXI todavía podemos encontrar sentencias que proclaman: “La causa del contratto si identifica con la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscono al negozio una funzione obiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge”⁵⁵. Centrándose por lo general en la ilicitud de la causa de los contratos atípicos pues la doctrina de la causa abstracta niega la posibilidad de una causa ilícita en los contratos típicos como ya se apuntaba. Es precisamente por esta imposibilidad que la Corte de Casación va acogiendo progresivamente el concepto de causa concreta ligada por

52 Para SANGERMANO (“La Causa”, en *Trattario di Diritto Civile, Contratto in generale*, a cura di P. Cendon, Giuffrè editore, Milano, 2016, p. 221): “L'aspetto funzionale sussiste nella causa, ma tale aspetto va letto e interpretato del punto di vista dell'individuo o degli individui autori del negozio giuridico: la causa è, quindi, funzione economico-individuale”.

53 ALPA, G.: *Manuale di Diritto Privato*, Nona edizione, Wolters Kluwer CEDAM, Vicenza, 2015, p. 406.

54 Ídem, p. 409.

55 Cass., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324. Todas las sentencias italianas citadas fueron consultadas en www.leggiditalia.it

lo general a casos de negocios en fraude de ley (Cfr. Cass. 23 maggio 1987, n. 4681) y de evasión fiscal (Cfr. Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898), según referencia ALPA⁵⁶.

En esta línea, se dicta una sentencia crucial en 2005, sobre todo porque se considera el antecedente más próximo al cambio de jurisprudencia operado un año después. Como hemos señalado la concepción de la causa como función económico-individual vino de la mano de la evasión fiscal, con lo cual no es de extrañar que esta sentencia haya sido dictada por la sección tributaria de la Corte de Casación y no por la civil. Nos referimos a la núm. 22932 por la cual se declaró la nulidad de un contrato de constitución de usufructo de acciones por defecto de causa, alegando que el usufructuario no obtenía ninguna ventaja económica y por lo tanto no se cumplía la función perseguida concretamente en dicho negocio. Vemos como la Corte tiene que aludir a la concepción de causa concreta porque la función económico-social no daba solución al asunto. Dicho contrato respondía a un tipo contractual tutelado por el ordenamiento con lo que no podía alegarse causa ilícita, siendo necesario ir a la concepción concreta al deducir que no existía causa por no cumplirse la finalidad económica del contrato.

El cambio definitivo de criterio jurisprudencial operó con la emblemática sentencia núm. 10490 dictada el 8 de mayo de 2006 por la sección III de la Corte de Casación. El caso conflictual se trataba de un contrato de consultoría celebrado entre una sociedad y su administrador. La Corte entendió que la causa de dicho contrato era la operación económica en que se insertaba, o sea el intercambio de la actividad de consultoría que realizaría el administrador y la correspondiente compensación económica que le daría la sociedad, el problema radicaba en que tal actividad consultora ya era desarrollada por el administrador en cumplimiento de los deberes propios de su cargo, con lo cual la causa de dicho contrato padecía de un defecto: su inexistencia. Es notable como la sentencia no duda en afirmar: “La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intensa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto é diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti”. O sea comienza a primar la idea de que una concepción abstracta de la causa, vinculada a la función que la norma atribuye en la tipificación contractual, no ofrece pauta para la solución de casos en los que podría apreciarse formalmente el elemento causal pero que en la operación económica concreta no responde a un criterio válido⁵⁷. Así, la causa

56 Vid. ALPA, G.: *Il contratto in generale, I-Fonti, teorie, metodi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 164.

57 NIVARRA, RICCIUTO y SCOGNAMIGLIO (*Diritto privato*, seconda edizione, G. Giappicheli editore, Torino, 2013, p. 319) señalan: “In questa prospettiva, la causa non si configura più come il tipo astratto, bensì come la concreta funzione che le parti hanno ritenuto di imprimere al contratto e che ora ben potrà risultare illecita se illecite sono gli interessi effettivamente perseguiti”.

comienza a ser entendida como síntesis de los intereses reales que el contrato particular está dirigido a realizar en la operación económica en que se inserta. Nótese que, a pesar de sus semejanzas con la jurisprudencia francesa derivada del caso Point video-club al manejar la causa del contrato dentro de la operación económica concreta en que se inserta, la solución italiana puede calificarse de más objetiva al concebir esta operación económica no como los beneficios esperados por una parte y no conseguidos por razones ajenas al contrato mismo sino como la ausencia de efectos propios, la inoperancia funcional del contrato. Este carácter objetivo de la causa concreta es defendido vehementemente por ROPPO: “La concezione concreta della causa non significa (e non deve implicare) un ritorno alla concezione soggettiva della causa (...) ‘Concreto’ non s’identifica con ‘soggettivo’; la concretanza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività”⁵⁸.

Tras esta sentencia, el criterio de la causa concreta fue ampliamente acogido en la jurisprudencia del máximo foro italiano (Cfr. Cass. 11 giugno 2007, n. 13580; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941; Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 394; Cass. Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538; Cass. 18 agosto 2011, n. 17360; Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713⁵⁹; Cass. 8 aprile 2014, n. 8505). A partir de ella, la causa sirve para controlar el cumplimiento efectivo del interés concreto del negocio, pero también de otros intereses no financieros cuando los propósitos no patrimoniales objetivados han sido frustrados.

Así, en relación con la primera función, en una decisión reciente del Tribunal de Roma sobre contratos turísticos (Cfr. Trib. Roma 28 agosto 2014, n.17551) el juez de instancia, que se adhirió a la reciente dirección de la Corte de Casación sobre la causa, ha afirmado que el caso adquiere una relevancia decisiva también en relación con el destino del evento contractual y de sucesos sobrevenidos que afectan el normal desarrollo de la relación contractual (v. gr. la imposibilidad o la excesiva onerosidad de la prestación). El caso en concreto versaba sobre la pérdida de intereses crediticios en el marco de un periodo vacacional que determinó la extinción de la relación obligatoria debido al defecto del elemento funcional. La pérdida del interés conllevaba a la imposibilidad de realizar la causa real del contrato y esto implicó la disolución de la obligación contractual y la extinción de las obligaciones de ambas partes por el tribunal, ya que la realización del propósito atribuido por las partes del contrato se había vuelto imposible.

58 ROPPO, V.: *Il Contratto*, cit., p. 364.

59 Esta sentencia en particular refiere lo definitivo de este cambio de criterio jurisprudencial: “La causa del contrato, così come affermato da questa corte di legittimità con le sentenze 10490 del 2006, 16315 e 26956 del 2007, non può ulteriormente essere intensa, in censo del tutto astratto, come funzione economico-sociale del negozio, svincolata tout court dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genético, quanto funzionale; onde la obiettivazione (quale quella verificatasi nel caso di specie) di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe é destinata ad integrare l’elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante della formazione del consenso”.

Mientras que, la segunda función es fundamentada por SANGERMANO, cuando afirma: “La nozione di causa quale funzione economico-individuale oltre a rilevare quale generale criterio ermeneutico negoziale, consente l'individuazione in via interpretativa anche degli interessi non patrimoniali del contratto, allorché finalità e motivi di tipo non patrimoniale specifici ed oggettivati siano rimasti frustrati o vanificati, venendo meno in tal modo la causa del contratto quale profilo concreto del singolo negozio. In tal senso, secondo la piú recente giurisprudenza di legittimitá, la causa assume rilevanza tanto sul piano genetico, quanto su quello funzionale”⁶⁰.

Otro concepto que se viene manejando en la reciente doctrina, tal vez vinculado a la idea de causa concreta, es la de síntesis del contrato que como novedad a la concepción de FERRI vincula a la causa con la idea de tipo, desechada totalmente en la obra de este autor. Al querer desechar la idea socializante de la causa objetiva e identificarse con la de individualizar la causa, FERRI niega la vinculación de causa y tipo contractual⁶¹. Esta identificación de tipo contractual con tipicidad legal o social es el mayor error tanto de la doctrina objetiva (Cfr. DE RUGGIERO, BETTI) como de FERRI, el tipo contractual es la configuración de un contrato, es el resultado de una estructura ligada a unos efectos, la tipicidad legal o social es la aprehensión que la ley o la sociedad hacen de un tipo preexistente por el uso reiterado de esa tipología contractual. Es por esa razón que sí se puede identificar a la causa con el tipo, sin significar esto que cada contrato individualmente considerado no pueda tener una causa-función distinta a la legal y socialmente determinada porque los llamados contratos atípicos e innominados también responden a la idea de tipo como causa contractual. Así lo entiende PERLINGIERI cuando afirma: “... la causa può essere anche funzione identificata dalla sintesi degli effetti giuridici diretti e essenziali del contratto senza che questo comporti l'identificazione con il tipo. ‘Sintesi’ indica la relativizzazione degli effetti con riferimento al concreto negozio: gli effetti giuridici essenziali sono ‘colorati’ dai concreti interessi che l'operazione è diretta a realizzare e che non possono essere precisati se non mediante l'individuazione degli effetti, anche legali”⁶².

Por último, sería oportuno esbozar cómo se comportan los criterios anticausalistas en el Derecho italiano, tan influenciado por los postulados de la Academia de Pavía. Es de destacar, no obstante, que siempre que se ha esgrimido desde la doctrina un argumento a favor de la supresión de la causa este ha sido refutado con otro procausalista. Así, a la “morte presunta della causa”⁶³ se

60 SANGERMANO, F.: “La Causa”, cit., p. 213.

61 Vid. FERRI, G. B.: *Causa e tipo*, cit., *passim* y también “Operazioni negoziali (complesse) e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico”, en *Dir. giur.*, 2008, pp. 317 y ss.

62 PERLINGIERI, P.: *Manuale*, cit., p. 491.

63 CASTRONOVO, C.: *Prefazione all'edizione italiana, Principi di diritto europeo dei contratti, parte III*, Milano, 2005, p. XXVII.

contraponen su “invisible presenza”⁶⁴, mientras que a la “morte e resurrezione della causa”⁶⁵ se ha replicado “non essendo mai morta, la causa è impossibile che sia risorta”⁶⁶. Pero ha sido inevitable para la doctrina hablar de “tramonto della causa”⁶⁷; de “perdita di terreno della causa” y “erosione dell’area di incidenza del tema della causa”⁶⁸, de “eclissi del problema della causa”⁶⁹. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana continúan utilizando el elemento causal del contrato para su control, ahora más efectivo al ir más allá de su simple estructura para incluir sus efectos. Con lo cual, si bien la noción de causa regulada por el Codice no es la preponderante, la función práctica que perseguía dicha regulación sigue vigente.

IV. LA CONSIDERATION.

Para nuestro sistema de Derecho acercarnos a cualquier figura del Derecho anglosajón es una tarea harto compleja y más si se trata de dos instituciones tan peliagudas como lo son la causa y la consideration. Hoy gran parte de la doctrina⁷⁰ e incluso los textos normativos supranacionales analizados las homologan tratándolas como instituciones análogas. Pero, ¿es la consideration la causa del contrato en el *common law*? Para responder esta interrogante lo primero que hay de dilucidar es qué es la consideration y cuál es su rol en el *Contract law*.

Definir a la consideration ya es de por sí difícil. Todos los autores al acercarse al tema traen a colación la que, desde la jurisprudencia, diera LUSH J en el caso *Currie v. Misa* de 1875: “A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given suffered, or undertaken by the other”⁷¹. Definición que no por clásica se ha convertido en obsoleta, pues vemos que autores más contemporáneos la siguen sin notables alteraciones, así, MCKENDRICK señala que: “...consideration is about reciprocity or bargains. In order

64 FERRI, G. B.: “L’invisibile presenza della causa del contratto”, *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2002, pp. 897 y ss.

65 BRECCIA, U.: “Morte e resurrezione della causa: la tutela”, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, (coordinado por S. MAZZAMUTO), G. Giappichelli editore, Torino, 2002, pp. 241 y ss.

66 FERRI, G. B.: “L’invisibile presenza”, cit., p. 901.

67 SICCHIERO, G.: “Tramonto della causa del contratto?”, *Contratto e impresa*, vol. 19, núm. 1, 2003, pp. 100 y ss.

68 SCOGNAMIGLIO, C.: “Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo”, *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 12, 2001, pp. 327 y ss.

69 ROLLI, R.: *Causa in astratto*, cit., p. 124.

70 MARKESINIS, B. S.: “Cause and consideration: A study in parallel”, en *Foreign Law and Comparative Methodology: A subject and a thesis*, editorial Hart Publishing, Oxford, p. 47; ENTENZA ESCOBAR, P. F.: “Causa y consideration”, *Revista de Derecho de Puerto Rico*, año IV, núm. 275, 1965, p. 964; FERRI, G. B.: “L’invisibile presenza”, cit., p. 899; GUZMÁN BRITO, A.: “La doctrina de la consideration en Blackstone y sus relaciones con la causa en el *ius commune*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXV, año 2003, p. 375; MALO VALENZUELA, M. Á.: “Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, Año 84, 2008, p. 1769.

71 Com. Dig. Action on the Case, Assumpsit, B. I-15.

to be entitled to enforce a promisee must have given something in return for the promise"⁷², mientras que MURRAY apunta que: "The requirement for a mutual exchange of something of value between the parties has developed into the modern doctrine of consideration"⁷³.

No obstante, y antes de explicar en qué consiste la institución partiendo de esas definiciones, es importante describir grosso modo cómo se comportan los contratos en el *common law*. Los contratos en derecho anglosajón se clasifican en *contract under seal* y *simple contracts*. Esta clasificación atiende a la forma del contrato, los primeros son los celebrados mediante deed que es un escrito firmado y sellado mientras los segundos no tienen formalidades especiales. En el primer supuesto la fuerza legal, o sea la exigibilidad, la brinda la formalidad, mientras que los segundos para ser exigibles necesitan una valuable consideration. Es decir que esta institución que nos ocupa opera en el ámbito de los simple contracts como alternativa a la formalidad⁷⁴.

O sea que el papel de la consideration no es otro que el de un control de la promesa por parte del tribunal. Así lo refieren también KOFFMAN y MACDONALD cuando señalan: "The various rules which we call <consideration> simply represent the method that our law has developed for distinguishing between enforceable and unenforceable promises"⁷⁵.

Básicamente, la esencia de la doctrina de la consideration es que una promesa contenida en un *simple contract* no es exigible a menos que por ella se haya dado o prometido dar algo a cambio o que el promisor haya obtenido (o se le haya prometido) algo a cambio. En otras palabras, a debe ser una obligación sinalagmática dada cuenta que el Restatement (Second) of Contracts señala: "In the typical bargain, the consideration and the promise bear a reciprocal relation of motive or inducement: the consideration induces the making of the promise and the promise induces the furnishing of the consideration"⁷⁶. De aquí es importante señalar dos aspectos, el primero es que la consideration se valora en relación con la promesa no con el contrato, entendida promesa como la prestación, o sea parecido a lo que pasaba en el Derecho francés (donde la causa lo era de la obligación y no del contrato) aquí no se analiza el contrato en su marco global sino que se enfoca en un análisis de las prestaciones de forma independiente, esto lo sostiene TREITEL: "What the law is concerned with is the consideration for a

72 MCKENDRICK, E.: *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 158-159.

73 MURRAY, R.: *Contract Law*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 2014, p. 74.

74 Esta clasificación y lo que de ella se deriva nos recuerda la doctrina tardo-romana del *vestimentum*, cuando se comenzaba a tutelar las promesas que no entraban en los rígidos tipos contractuales del Derecho Romano clásico.

75 KOFFMAN, L. and E. MACDONALD: *The law of contract*, fifth edition, Lexis Nexis, London, 2004, p. 57.

76 Restatement (Second) of Contracts § 71 (*American Law Institute 1981*)

promise – not the consideration for a contract”⁷⁷. Por otra parte, la doctrina⁷⁸ es conteste en que la consideration puede cumplirse por la presencia de un beneficio o de un detrimento pues la ley no exige que ambos elementos estén presentes aunque por lo general lo estén, lo cual se extrae de la propia definición dada por LUSH.

Por otra parte, CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON⁷⁹ clasifican la consideration en dos categorías: executory and executed. La consideration se denomina executory cuando la promesa se hace a cambio de una contrapromesa, mientras que se llama executed cuando se hace a cambio de la ejecución de un acto.

No obstante, más que la definición en sí, lo que importa al derecho anglosajón son las llamadas reglas de la consideration, sosteniéndose incluso que: “Although we refer to <the> doctrine of consideration, it must be stressed that this doctrine, in fact, consist of a number of different rules, developed over a long period”⁸⁰. Así, la consideration se rige por tres reglas: I- consideration must be sufficient but need not be adequate, II- consideration must not be past y III- consideration must move from the promisee⁸¹.

La primera regla señala que la consideration debe ser suficiente pero no tiene porqué ser adecuada, o sea exige que se dé algo de valor a cambio de una promesa, pero ese algo no tiene que constituir un equivalente. En resumen, la doctrina de la consideration requiere que exista una contraprestación pero no que haya un equilibrio patrimonial. Son las partes y no el órgano jurisdiccional los que en general determinan si se trata de un buen o mal negocio⁸². Con lo cual el énfasis de la consideration está en el quid pro quo pero no en el quantum, no pudiéndose sostener la figura de la lesión o de la rebus sic stantibus en base a ella. Este hecho nos hace pensar que la consideration no se trata sino de otra formalidad vacía de contenido efectivo, la base justificativa del sinalagma es la equivalencia, mientras que esta primera regla lo único que exige es que exista una

77 TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, ninth edition, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 64

78 McKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 160; TREITEL, G.H.: *The Law*, cit., p. 64, este último en particular señala: “Thus detriment to the promisee suffices even though the promisor does not benefit”. En la jurisprudencia *O’Sullivan v. Management Agency & Music Ltd* (1985) Q.B. 428, 461.

79 CHESHIRE, G.C., C.H.S. FIFOOT y M.P. FURMSTON: *Law of contract*, Butterworths, London, 1991, p. 61.

80 KOFFMAN, L. and E. MACDONALD: *The law*, cit., p. 57.

81 No obstante, para MURRAY (*Contract*, cit., pp. 76 y ss.) la segunda regla es: Consideration must have some economic value, colocando el requisito de futuridad dentro de la primera regla referida a la bastedad de la consideration.

82 Sin embargo, este punto ha sido objeto de decisiones contradictorias en sede jurisprudencial, así, en *Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851, 859, PATERSON J sostuvo que “consideration means something which is of some value in the eye of the law”, posición difícil de conciliar con la sostenida por Lord SOMERVELL en *Chappell & Co Ltd v. Nestlé Co Ltd* (1959) UKHL 1: “a contracting party can stipulate for what consideration he chooses”.

contraprestación lo cual puede ser cause evidente para acoger contratos gratuitos a través de la figura del negocio indirecto⁸³.

La segunda regla se centra en la noción de obligación preexistente y señala que una consideration pasada no es consideration, eso significa que no se pueden tomar como fundamento de la promesa acontecimientos o declaraciones que ocurrieron con anterioridad a aquella. Señala TREITEL⁸⁴ que al determinar si la consideration ya pasó el tribunal no está obligado a aplicar una prueba estrictamente cronológica, ya que si existe vínculo efectivo entre la consideration y la promesa el orden exacto en que ocurren estos eventos no es decisivo. Con lo cual, el énfasis de esta segunda regla es sobre la vigencia, o mejor, sobre la justificación real que pueda tener el acontecimiento o la promesa pasada para servir de contraprestación a la actual. Esto se ve más claro cuando se analizan los tres supuestos en que se valora si procede o no la past consideration, para MCKENDRICK⁸⁵ estos son: I- el desempeño de un deber contractual con un tercero, II- el desempeño de un deber contractual con el promisor y III- el desempeño de un deber impuesto por la ley.

Como regla general, el cumplimiento de una obligación contractual preexistente debida a un tercero constituye una consideration válida para una promesa dada a la otra parte, posición que está respaldada por varios precedentes (Cfr. *Shadwell v. Shadwell* (1860) 9 CB (NS) 159, *The Eurymedon* (1975 Privi Council), etc). Cuando nos dirigimos al caso de un deber impuesto por la ley, encontramos una imagen diferente, la regla tradicional es que el cumplimiento de un deber impuesto por la ley, o la promesa de cumplirlo como deber, no constituye una consideration válida. En este segundo supuesto son claras la palabras de Lord TENTERDEN CJ en *Collins v. Godefroy* (1831) 1 B & Ad 950: "if it be a duty imposed by law upon a party regularly subpoenaed, to attend from time to time to give his evidence, then a promise to give him any remuneration for loss of time incurred in such attendance is a promise without consideration". Tampoco se considera buena consideration el cumplimiento de un deber contractual preexistente con el promisor para una promesa adicional de pago, en este sentido podemos ver la semejanza de razonamiento con la sentencia número 10490 de la Corte de Casación italiana ya analizada supra, de lo que se trata es que no se justifica una prestación nueva a cambio de algo que ya se estaba obligado a hacer.

83 Al respecto señala el Restatement (Second) of Contracts § 71 (1981): «In most commercial bargains there is a rough equivalence between the value promised and the value received as consideration. But the social functions of bargains include the provision of opportunity for free individual action and exercise of judgment and the fixing of values by private action, either generally or for purposes of the particular transaction. Those functions would be impaired by judicial review of the values so fixed. Ordinarily, therefore, courts do not inquire into the adequacy of consideration, particularly where one or both of the values exchanged are difficult to measure. Even where both parties know that a transaction is in part a bargain and in part a gift, the element of bargain may nevertheless furnish consideration for the entire transaction.»

84 TREITEL, G.H.: *The Law*, cit., p. 73.

85 MCKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 171.

De la tercera regla se extraen dos ideas fundamentales que ya se apuntaban al inicio: el receptor de la promesa debe proporcionar la consideration pero no es necesario que esta afecte al promitente. La primera idea señala que una persona a quien se le hizo una promesa solo puede hacerla cumplir si él mismo proporcionó la consideration de la misma, aunque no es necesario que tenga que proporcionar la totalidad de la consideration, siendo admisible una consideration proporcionada en parte por él y en parte por un agente o un socio. Por su parte la segunda idea señala que el requisito de la consideration puede cumplirse siempre que el prometido sufra algún detrimento patrimonial a petición del promitente, aunque no sea receptor del beneficio prometido, lo cual permite la celebración de un contrato a favor de tercero. Sin embargo, esta tercera regla no se aplica en el Derecho norteamericano, donde el Restatement señala: "It matters not from whom the consideration moves or to whom it goes. If it is bargained for and given in exchange for the promise, the promise is not gratuitous"⁸⁶.

El estudio de estas reglas nos ofrece una visión mucho más abarcadora de lo que es la doctrina de la consideration, ya que los tribunales anglosajones por lo general tienen una visión esencialmente pragmática del requisito. Las decisiones que se adoptan bajo el amparo de las reglas de la consideration no siempre son coherentes entre sí y, en algunas circunstancias los tribunales inventarán la consideration para que la promesa en cuestión sea vinculante. Es por eso que, en los tiempos más recientes, las sentencias han recurrido a otra figura para hacer cumplir algunas promesas que no encajan directamente en las reglas de la consideration pero que consideran de justicia hacerlas cumplir: el estoppel.

Señala MCKENDRICK⁸⁷ que "estoppel" no es una palabra que se usa en el lenguaje cotidiano y es un concepto que es difícil de explicar, en gran parte porque parece desafiar la clasificación. Lo cual se deduce también de las principales definiciones. Una de las más icónicas es la dada por Lord DENNING MR en *Moorgate Mercantile Co Ltd v. Twitchings* (1976) 1 QB 225, donde señala: "Estoppel... is a principle of justice and of equity. It comes to this: when a man, by his word or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so". En esa misma línea conceptual se mueve COOKE cuando define: "Estoppel is a mechanism for enforcing consistency; when I have said or done something that leads you to believe in a particular state of affairs, I may be obliged to stand by what I have said or done, even though I am not contractually bound to do so"⁸⁸.

⁸⁶ Restatement (Second) of Contracts § 71 (1981)

⁸⁷ MCKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 158.

⁸⁸ COOKE, E.: *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1

En resumen, por estoppel la doctrina se refiere a un mecanismo para hacer cumplir la consistencia de la promesa: cuando he dicho o hecho algo que lleva a creer en un estado de cosas en particular, es posible que me obliguen a defender lo que he dicho o hecho, aunque no estoy obligado a hacerlo por contrato a falta de consideration. COOKE describe en su obra tres tipos diferentes de estoppel: la ilustración de pago bancario es un ejemplo de estoppel por representación, la interpretación hipotética del contrato es un ejemplo de estoppel por convención y la ilustración que involucra al arrendador es un ejemplo de impedimento equitativo o promisorio⁸⁹.

Se trata sin dudas de una doctrina que ha evolucionado notablemente en la jurisprudencia y que poco a poco se impone como una alternativa más flexible y justa que la consideration. Así, HALSON⁹⁰ describe a través de casos la fuerza que va ganando el estoppel como fundamento de la validez de la obligación, señala que primero solo podía ser usado como defensa (Hughes v Metropolitan Railway [1876-77] LR 2 App Cas 439), luego pudo ser utilizado por una parte que busca hacer cumplir una reclamación basada en una causa reconocida de acción para derrotar a la defensa o la contrademanda de la otra parte (Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd [1947] KB 130), después pudo ser utilizado por la parte que busca hacer cumplir una reclamación para probar un elemento de una causa de acción reconocida (Robertson v. Ministry of Pensions [1949] 1 K.B. 227), también pudo ser utilizado por una parte que busca hacer cumplir una reclamación para probar todos los elementos de una acción de causa reconocida (The Henrik Sif [1982] 1 Lloyd's Rep 456), hasta considerar que ha creado una nueva causa de acción (Combe v. Combe [1951] 2 KB 215).

Esta evolución de la doctrina del estoppel en detrimento de la doctrina de la consideration, nos hace preguntarnos sobre el futuro del tema en el *common law*. En sentido general la consideration no goza de muy buen criterio entre los académicos anglosajones, las críticas que se le imputan no distan mucho de las que se infieren contra la causa, así, MCKENDRICK señala: "... the doctrine of consideration is a doctrine that is under attack. It does not appear to fit with the demands of commercial practice and it is difficult to explain its existence and content in theoretical terms. Further, as a result of the tension that exist between Williams v. Roffey Bros, on the one hand, and Foakes v. Beer, on the other, the doctrine cannot even be said to be internally coherent"⁹¹. No obstante, se pueden vislumbrar dos posturas claras: los que optan por mantenerla a pesar de las críticas que le lanzan y los que quieren abolirla. Dentro de los primeros destaca

89 Ídem. pp. 54 y ss.

90 HALSON, R.: "The offensive limits of promissory estoppel", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1999-Part 2, pp. 259-261.

91 MCKENDRICK, E.: *Contract*, cit., p. 267.

Lord STEYN, quien, a pesar de no agradaarle la institución, señala lo innecesario de su supresión: "I have no radical proposals for the wholesale review of the doctrine of consideration. I am not persuaded that it is necessary. And great legal changes should only be embarked on when they are truly necessary. First, there are a few cases where even in modern times courts have decided that contractual claims must fail for want of consideration (...) Secondly, it seems to me that in recent times the court have shown a readiness to hold that the rigidity of the doctrine of consideration must yield to practical justice and the needs of modern commerce"⁹². En el otro extremo se ubica ATIYAH, quien es un firme promotor de la abolición de la consideration, pero propone sustituirla con otro medio de control de las promesas: "...to abolish the doctrine of consideration, therefore, is simply to require the court to begin all over again the task of deciding what promises are to be enforceable. They will, of course, have to use new technical justifications for this task, and the obvious one that lies to hand is the 'intent to create legal realltion'"⁹³.

No obstante, el principal ataque a la doctrina de la consideration viene de la mano del Contract Code de Harvey MCGREGOR, que es un proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa para poder presentar una propuesta unificada de Derecho inglés en el marco de la codificación europea. Es de notar que MCGREGOR, sin hacer una enumeración de los elementos del contrato, si divide la estructura de sus "contratos válidos" en acuerdo contractual, forma y contenido, eliminando el requisito de la consideration⁹⁴. Aunque el Contract Code nunca fue sancionado sin dudas constituye un poderoso referente académico no solo en el Derecho inglés sino en todo el Derecho europeo.

Ahora bien, después de esbozar algunos elementos conceptuales de la doctrina de la consideration continúa la interrogante que abría este epígrafe: ¿es la consideration la causa del contrato en el *common law*?

Hay un sector importante de la doctrina que considera erróneo homologar las instituciones (Cfr. BRESSE⁹⁵ en Francia, JENKS⁹⁶ en el propio Derecho inglés, GUTIÉRREZ JEREZ⁹⁷ en España), pero lo cierto es que son dos figuras que tienden a vincularse al punto que en los referidos comentarios a los PECL y PICC se unen para señalar que el acuerdo suficiente sin otro requisito excluye la causa y la consideration.

92 STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men", en *Law Quarterly Review*, vol 113, 1997, p. 437.

93 ATIYAH, P.S.: "Consideration: A Restatement", en *Essay on Contract*, Oxford University Press, 1986, p. 241.

94 Vid. MCGREGOR, H.: *Contract Code*, cit., pp. 37-65.

95 BRESSE, R.-J.: *La Théorie de la "consideration" en droit anglais*, thèse pour le doctorat, Université de Dijon, 1919, p. 6.

96 JENKS, E.: *El derecho inglés*, (traducido por J. PANIAGUA PORRAS), Reus, Madrid, 1930, pp. 447 y ss.

97 GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: "La consideration del derecho anglosajón y el sistema de negocio causal español", *Actualidad Civil*, 2005-I, La Ley, Madrid, 2005, pp. 1184 y ss.

La homologación, señala RAMÍREZ DE LA TORRE⁹⁸, proviene de una doctrina sentada en 1874 por Lord DE VILLIERS, entonces Justicia Mayor (Chief Justice) de la colonia del Cabo de Buena Esperanza, que indujo al Tribunal Supremo de la Colonia a establecer que en el Derecho romano holandés la causa llamada "oorzaak" en un contrato era equivalente a la valuable consideration del Derecho inglés, doctrina que fue unánimemente admitida en los Tribunales del Cabo hasta 1904. Pero, más allá de esa puntual decisión histórica, parece ser que lo que más une a ambas instituciones es su rol en el control de las promesas y los contratos, en efecto, señalamos que la consideration es en el Derecho anglosajón el método para decidir qué promesas resultan exigibles y cuáles no, mientras que, en la tradición francesa, y más acentuadamente en los objetivistas italianos, la causa tiene dentro de sus funciones la de control de juricidad del negocio⁹⁹.

Hay que señalar, sin embargo, que la causa y la consideration tienen más puntos en común, diríamos que la consideration es una especie de causa, solo que esta doctrina anglosajona peca de estrechez conceptual en relación con su homóloga latina. En efecto, la consideration responde a una concepción de tipo negocial genérico, puede identificarse como una causa credendi, incluso tiene puntos de contacto con la formulación clásica de DOMAT para quien, en los contratos bilaterales, la causa de la prestación de cada parte era la contraprestación de la otra. Con lo cual podríamos someramente afirmar que el *common law* sí acoge a la causa como requisito del contrato, pero la limita a la causa onerosa, desterrando a la causa gratuita e incluso a la remuneratoria teniendo en cuenta la regla *consideration must not be past*. Empero, toda esta armonía conceptual se rompe cuando notamos que la consideration no se trata en realidad de exigir un sinalagma, no busca la equidad contractual, la equivalencia de las prestaciones, sino solamente es una formalidad que exige el estricto Derecho contractual anglosajón. Desde esta perspectiva, la consideration, a diferencia de la causa, no es un elemento intrínseco en la idea de contrato, pueden existir consideration falsas puestas solo para que un contrato gratuito tenga exigibilidad legal incluso el tribunal puede inventar la consideration para salvar una situación injusta. Es por estas razones por la que considero que homologar a la causa con la consideration no solo es artificioso sino incluso perjudicial para la primera.

Cuando los PECL y los PICC señalan que el acuerdo suficiente sin otro requisito basta para la validez del contrato y apuntan en sus comentarios que esa redacción se refiere a la abolición de la consideration y la causa, tienen razón sobre la primera

98 RAMÍREZ DE LA TORRE, J. E. "Causa en el Derecho contractual inglés y en el escocés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, Año II, marzo de 1926, pp. 164 y 165.

99 Al respecto señala CLAVERÍA GOSÁLBIZ (*La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 270): "Por tanto, causa y *consideration* (que no son la misma cosa) son técnicas nacidas para atender el mismo problema: el de los requisitos exigibles para que el Juez deba prestar amparo a la reclamación de un particular (...)"

mas no sobre la segunda. Si lo que persiguen los referidos textos es consagrar un consensualismo contractual, ciertamente hay que decir adiós al modelo romano de tipos legales contractuales y *vestmentum* al estilo de la primera glosa, los contratos así serán válidos sean onerosos o gratuitos y adoptarán la configuración tipológica que quieran las partes, esto significará decirle adiós a la exigencia de una valuable consideration pero en absoluto significa abandonar la causa pues esta sí está en la misma esencia de la noción de contrato. Como señala ATIYAH en su crítica: “Since it is unthinkable that any legal system could enforce all promises it has always been necessary for the courts to decide which promises they would enforce. When the courts found a sufficient reason for enforcing a promise they enforce a promise, they did not enforce it. It seems highly probable that when the courts first used the word <consideration> they meant no more than there was good <reason> for the enforcement of a promise. If the consideration was <good>, this meant that the court found sufficient reason for enforcing the promise”¹⁰⁰. Esa buena razón no la encontraremos en una formalidad vetusta sino en el elemento que configura al contrato: la causa.

V. ¿SUBSISTIRÁ LA CAUSA EN EL DERECHO ESPAÑOL?

En el Derecho español actual existe una gran polémica doctrinal sobre la pervivencia de la causa, signada, sin dudas, por los proyectos de renovación de la Teoría General de las Obligaciones y Contratos y en consonancia siempre con los dictados del Derecho comunitario europeo.

La doctrina y la jurisprudencia españolas llegan al siglo XXI con lo que han llamado concepción dualista o sincrética de la causa, acogida por el Tribunal Supremo, que conjuga adecuadamente la causa objetiva del contrato – o sea la función económico social– con los motivos “causalizados”. Esta concepción la podemos apreciar incluso en jurisprudencia reciente: “Aun cuando la causa no aparece conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (art. 1261-3º) y otras de causa del contrato (arts. 1275, 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos -en principio, ajenos a la causa- puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados motivos casualizados”¹⁰¹. La doctrina más dedicada al tema ha acogido también esta postura, con una gran influencia de la

100 ATIYAH, P.S.: “*Consideration*”, cit., p. 181.

101 STS núm. 83, de 19 de febrero de 2009, ponente SALAS CARCELLER. Todas las sentencias españolas fueron consultadas en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

renovación del concepto de causa en el Derecho italiano, así tanto DE CASTRO¹⁰² como CLAVERÍA¹⁰³ defienden la tesis de la causa concreta como una noción mixta entre objetivismo y subjetivismo, posición mantenida aún en los más recientes Comentarios al Código Civil español¹⁰⁴.

En sede jurisprudencial, las sentencias argumentadas en base a la causa han estado dirigidas fundamentalmente a la cuestión de la ilicitud, en la cual –como veíamos también en Francia e Italia– ha sido utilizada para solucionar una multiplicidad de supuestos, algunos no directamente contrarios a una norma imperativa. Así, se ha fundamentado la nulidad en ilicitud de la causa para contrarrestar los siguientes casos: connivencia de los contratantes de enriquecerse arbitrariamente a costa de los demás (STS 31.10.1955), pacto de “cuota litis” (STS 12.11.1956), fijación de intereses excesivos (STS 22.10.1990), privación de derechos al cónyuge supérstite (STS 15.11.1991), condonación parcial de la deuda a un ente público, que este consigue debido a la angustiosa situación económica del acreedor (STS 5.4.1993), contratos celebrados a perpetuidad (STS 26.10.1998), fraude de acreedores (STS 3.11.2015), entre muchos otros. Señala en esta línea MARÍN LÓPEZ que: “La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o a la moral la función económico-social concreta querida por los concretos contratantes que prestaron consentimiento; como sabemos, dicha función comprende el objeto, la interconexión de las prestaciones y el motivo determinante incorporado a la causa. Por tanto, la ilicitud de cualquiera de estos elementos constituye un supuesto de causa ilícita”¹⁰⁵.

Este ensanche de la noción de ilicitud ha conculcado una reducción al concepto de causa torpe al homologarlos vía jurisprudencial. Si bien DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN dicen que: “Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni ésta implica necesariamente contradicción a la Ley”¹⁰⁶, la tendencia actual en la jurisprudencia ibérica es a homologar los conceptos. Así vemos como la STS núm. 313, de 2 de abril de 2002 (ponente DE ASÍS GARROTE) sostiene que no cabe referir el término causa torpe “exclusivamente a los supuestos de quebrantamiento de buenas costumbres, interpretación estricta que no se compagina con una interpretación sistemática, que pasando de su significación vulgar del término <torpe>, hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con

102 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Negocio Jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1985, pp. 228 y ss.

103 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa*, cit., pp. 134 y ss., 289 y ss.

104 GARCÍA VICENTE, J. R.: “Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277”, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII (Arts. 1265 a 1484)*, (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9146-9161; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M.: “Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277”, en *Código Civil Comentado, Volumen III- Libro IV- De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, (dirigido por A. CAÑIZARES LAZO, P. CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUJESTA FERNÁNDEZ), Segunda edición, Civitas Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 650-661.

105 MARÍN LÓPEZ, M. J.: “La causa del contrato”, en *Tratado de Contratos, Tomo I*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 675-676.

106 DELGADO ECHEVARRÍA, J. y M. Á. PARRA LUCÁN: *Tratado de la nulidad de los contratos*, editorial Colex, Zaragoza, 2003, p. 100.

objeto o causa ilícita que no sea susceptibles de ser tipificada de infracción penal". Criterio sostenido también por la STS núm. 968, de 8 de febrero de 2008 (ponente AUGER LIÑAN), que se adhiere a lo que define como "una interpretación amplia del término 'torpe', comprensivo de todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita que no sean calificables de infracción penal, abarcando, por tanto, no sólo lo opuesto a la moral sino también lo que contraría el orden público o la Ley pero sin sanción penal", citando esta como precedente de esa interpretación a la STS núm. 393, de 31 de mayo de 2005 (ponente MARÍN CASTÁN), de la que toma a la letra el párrafo transcrito. Señalando a la postre el comentarista de la segunda sentencia citada que "es patente que se ha asentado como nueva doctrina jurisprudencial la interpretación que conduce a un significado objetivo de la causa torpe (...)"¹⁰⁷.

Contrario sensu, existe una posición doctrinal muy fuerte entre varios académicos de suprimir la causa como elemento del contrato, así como toda alusión a ella en el Código Civil. La voz que con mayor ahínco defiende esta postura es Antonio Manuel MORALES MORENO, quien aboga por mantener todas las funciones que hoy atribuye el Código y la jurisprudencia a la causa, pero sin referencias causales, bien regulando las instituciones de forma autónoma o bien derivando la función a otra figura. Al respecto señala: "El que prescindamos de la causa como requisito del contrato no significa, sin embargo, que las funciones atribuidas hasta ahora a la causa, en los Ordenamientos que utilizan este concepto, dejen de cumplirse, aunque sea de otro modo"¹⁰⁸. Pasando a enumerar las "alternativas" a la causa. Así sostiene: "El problema, que en estos casos se considera como un problema de falta de causa, puede ser también contemplado desde la perspectiva del error (...)"¹⁰⁹, "Para privar de eficacia al negocio simulado no hace falta tomar en consideración la falta de causa, basta tener constancia de que no ha sido querido por los contratantes (...) Lo mismo sucede en los casos de disenso sobre el tipo de contrato que se ha querido celebrar. En este caso no es imprescindible considerar que existe un disenso acerca de la causa. Basta considerar que falta el consentimiento (no hay acuerdo suficiente) sobre un aspecto esencial del contenido del contrato"¹¹⁰, para concluir con un postulado clásico de la doctrina anticausalista: "La causa en este caso no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces

107 SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: "Comentario de la sentencia de 8 de febrero de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Obligaciones y contratos*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 1648

108 MORALES MORENO, A. M.: "Claves de la modernización del Derecho de Contratos", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Tomo III-I Derecho Patrimonial I*, (coordinado por L. PRATS ALBENTOSA), Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, p. 378.

109 MORALES MORENO, A. M.: "Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos", en *Estudios*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, p. 465.

110 *Ídem*. p. 467.

queda oculto (no se explica en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud”¹¹¹. Argumentos que traeremos nuevamente a colación al final del presente artículo.

Ahora bien, ante este escenario, ¿cómo se comportan las propuestas para la modernización del Derecho de contratos en España? A esta pregunta se ofrecen tres respuestas a forma de proyectos de modificación o sustitución del Código Civil español.

La más importante de las tres la ofrece la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la sección primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación. Resalta, sin dudas, porque al ser la propuesta digamos “oficial” es la que más probabilidades de ser aprobada tiene, aunque juega en su contra el tiempo, fue publicada en enero de 2009 por el Ministerio de Justicia y aún no ha sido sancionada con lo cual puede convertirse en obsoleta. Esta Propuesta mantiene la referencia a la causa del contrato, aunque con muchas particularidades. Lo primero a señalar es que, por clara influencia de los PECL y el DCFR, la Propuesta no enumera ni menciona los elementos o requisitos del contrato, lo cual se explica en su exposición de motivos aludiendo a la necesidad contemporánea de una contratación sin trabas: “En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse”.

No obstante esta omisión, la propuesta reconoce sin dudas a la causa como requisito del contrato. Esta afirmación resulta evidente si notamos que su regulación hace alusión directa a causales de nulidad y sabemos que este remedio in extremis solo lo ofrece el Derecho cuando existen vicios estructurales que afectan los elementos esenciales del negocio. De esta manera, el art. 1238 establece en su acápite 1 que: “Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral (...)” y en su acápite 2 que: “(...) La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”. Con lo cual queda demostrado que el contrato ha de tener una causa cierta y lícita.

Señala la exposición de motivos, como entonando un mea culpa, que “... aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener”. Pero, ¿será cierta esta última afirmación? La propuesta

¹¹¹ *Ídem*. p. 470.

de regulación sanciona con pena de nulidad los mismos tres vicios que apunta la legislación vigente: inexistencia, ilicitud y falsedad. Por demás, el propio artículo citado en sus apartados 3 y 4 señalan claramente a la causa como elemento a identificar para brindar un régimen jurídico a los contratos atípicos. Con lo cual cabe preguntarse, ¿cuál es el rigor que pierde la nueva regulación de la causa? Mientras siga siendo nulo el contrato sin causa, con causa falsa y con causa ilícita el rol de este elemento contractual seguirá siendo preponderante, aunque no se le mencione como requisito del negocio.

Mención necesaria requiere el segundo párrafo del apartado primero del citado art. 1238, en él se dispone: “Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo”. Esta adición a la regulación actual de la causa es producto de un criterio sostenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que podemos apreciar, entre las sentencias más recientes, en la núm. 756 de 17 de julio de 2008 de la cual fue ponente SEIJAS QUINTANA. El caso a juzgar era un arrendamiento de servicios médicos de unos profesionales que acumulaban puestos de trabajo contraviniendo las normas administrativas de la compatibilidad, el copartícipe de la eventual torpeza intenta aprovecharse de la irregularidad y eludir el pago de la indemnización por el incumplimiento injustificado del contrato, basándose en la ilicitud de la causa del mismo. Mas, el Tribunal Supremo esgrime como argumentos los principios “nemo propiam turpitudinem allegans” e “in pari causa turpe, melior est conditio defendentis”, a la larga los que fundamentan también la regulación comentada, para concluir que no debe el copartícipe de la torpeza poder utilizar la doctrina de la nulidad en su propio beneficio, con la única finalidad de eximirse de las obligaciones contraídas.

La segunda respuesta ha pasado casi desapercibida, la brinda una propuesta elaborada por tres catedráticos catalanes en una obra de carácter meramente académico cuyo principal propósito es servir como parte general de la regulación de los contratos en el pretense Código Civil de Cataluña, pero que en criterio de los autores no se agota en esa intención sino que “tiene una pretensión más general, en este contexto de debate entre propuestas modernizadoras”¹¹². Curiosamente es la propuesta más abiertamente causalista de las tres y la única que acoge una regulación marcadamente objetiva a la usanza de la más clásica doctrina italiana¹¹³, así su art. 8, denominado “Causa del contrato”, establece en sus tres acápites: “1. El acuerdo de voluntades comprende la función jurídica y económica que se pretende obtener con el contrato. 2. La causa del contrato se

112 BOSCH CAPDEVILA, E., P. DEL POZO CARRASCOSA y A. VAQUER ALOY: *Teoría general del contrato Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 11.

113 En la página 73 señalan: “La causa o función tiene un sentido puramente objetivo. Sirve para intentar encajar el proyecto jurídico y económico que pretenden las partes del negocio en alguno de los modelos que la ley prevé (...)”.

puede describir con la mera designación del tipo contractual que ha de determinar aquellos efectos del contrato que las partes no hayan regulado expresamente. 3. Si la función del contrato encaja en dos o más tipos contractuales, las reglas de estos se aplican de manera concurrente, en la medida en que sean compatibles y se ajusten a la finalidad perseguida por las partes”.

Dos aspectos destacan en esta obra. En primer lugar, los textos legales con los que concuerdan el precepto (según la propia declaración de los autores las fuentes de inspiración), todos ellos (con la excepción quizá del proyecto de modernización ya comentado) son leyes catalogadas como anticausalistas (Cfr. los Códigos Civiles portugués y holandés y los aludidos PECL y DCFR). Esto contrasta con la ardua defensa de la causa realizada por los autores en el comentario del precepto donde señalan con énfasis que: “(...) el acuerdo de voluntades que constituye la base del contrato debe incluir, de manera explícita o por la mera designación del tipo contractual, una referencia a la causa o función del contrato (...) entendemos que la presencia de este elemento en el acuerdo de voluntades resulta fundamental para la seguridad jurídica y económica que las partes persiguen mediante la celebración del contrato”¹¹⁴.

Por último, analizamos la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y dada a conocer en mayo de 2018. Esta propuesta tiene la clara intención manifiesta de eliminar la alusión a la causa en su articulado y así lo sostiene en su exposición de motivos: “Nuestra doctrina – sin dudas refiriéndose principalmente a la obra de MORALES MORENO– ha destacado que la noción de causa cumple distintas funciones que, acaso, pueden alcanzarse a través de otros expedientes (...) todas estas funciones se pueden desempeñar sin conservar expresamente la noción de causa”. Destacando además sus fuentes de inspiración para tal supresión: “(...) también se ha tenido en cuenta que en los modelos de referencia del soft law, como los PECL y el DCFR no se contempla la causa. Tampoco se incluye en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016”¹¹⁵.

No obstante, este criterio rutilante, al leer la regulación propuesta vemos como, si bien toda referencia al término “causa” ha sido borrada, aparecen con inusitada

114 *Ídem*. p. 71.

115 Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 204.

frecuencia los de “fin concreto”¹¹⁶, “finalidad común”¹¹⁷, “fin del contrato”¹¹⁸ y “fin perseguido por las partes”¹¹⁹.

¿A qué está haciendo referencia la propuesta con estos términos? ¿Qué es el fin del contrato o la finalidad común de las partes? Aquí las respuestas se dirigen en una sola dirección. No partamos, sin embargo, de criterios propios sino de lo que la doctrina y jurisprudencia española (sobre todo la más reciente) han entendido por estos términos.

Al definir la causa del contrato, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ señalan: “La causa es el fin o resultado perseguido por las partes con la celebración del contrato”¹²⁰, mientras que en la jurisprudencia podemos encontrar: “La causa es (...) el fin objetivo e inmediato que se persigue en cada contrato (...)”¹²¹, y con mayor desarrollo: “(...) cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un «propósito empírico común de las partes» que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio (...) Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo”¹²².

Como podemos ver, la idea de conectar el concepto de causa al de fin o finalidad (ya sea dándole a este último un cariz objetivo, subjetivo o mixto) es frecuente en la obra jurídica española. Por demás, anotamos que la idea de los autores de la propuesta, como la de MORALES MORENO, es regular las funciones de la causa sin la causa, atribuyéndoselas a otros elementos o simplemente dotándolas

116 “Artículo 521-3. Régimen jurídico de los contratos. 1. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de prestaciones y al fin concreto acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado”

117 “Artículo 521-3. Régimen jurídico de los contratos. (...) 2. Cuando un contrato contiene elementos de diversos contratos típicos, se aplican conjuntamente las disposiciones relativas a dichos contratos en aquello que se adecua con la naturaleza de aquel y con la finalidad común”.

118 “Artículo 526-5. Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. 1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustrare el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución”; “Artículo 527-2. Nulidad parcial. La nulidad de alguna estipulación solo comporta la de todo el contrato cuando por aquella quede esencialmente frustrada la finalidad del mismo según los criterios de la buena fe (...)”.

119 “Artículo 527-1. Nulidad del contrato. 1. La nulidad de pleno derecho de un contrato por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes (...) se declara a instancia de cualquier persona con interés legítimo. (...) 3. El contrato nulo de pleno derecho no puede ser convalidado. No obstante, un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de este y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, es razonable suponer que estas lo habrían querido de haber conocido la nulidad”.

120 CARRASCO PERERA, Á., E. CORDERO LOBATO y M. J. MARÍN LÓPEZ: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 70.

121 STS núm.756, de 17 de julio de 2008, ponente SEIJAS QUINTANA.

122 STS núm. 426, de 19 de junio de 2009, ponente MONTES PEÑADES.

de autonomía preceptual. Pero si analizamos la regulación propuesta vemos que, salvo en la simulación, la mayoría de las funciones de la causa se redirigen a los fines (V.gr. determinar el régimen jurídico de los contratos atípicos, resolver o rescindir el contrato por cambio de circunstancias y nulidad del negocio ilícito, así como su conversión), con lo cual, y visto que en España cuando se dice fin o finalidad se entiende causa, es dar un giro de 360 grados pretendiendo dar uno de 180. Entonces, ¿se eliminó la causa o se le cambió el nombre? La propuesta de la Asociación sabe que la causa no está de moda con lo cual pretende “transformar” un Código causalista en uno finalista, pero de ahí al anticausalismo va mucho.

VI. ¿QUÉ PASA EN LATINOAMÉRICA?

Si bien hemos dibujado hasta ahora un panorama eminentemente europeo, sin dudas, desde el Derecho patrio deberíamos mirar más a nuestro entorno a fin de entrever que soluciones brinda al árido tema de la causa de los contratos.

De matiz parecido a los PECL y a los PICC, de este lado del Atlántico fueron elaborados en octubre de 2014 los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC) que ya cuentan con dos versiones más una en 2016 y otra en 2017, colocando dentro de sus objetivos primordiales la armonización de la legislación regional en relación con la contratación y la adecuación de la misma a los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

Contrario a todos los instrumentos analizados supra, los PLDC regulan ampliamente la causa del contrato. Comienzan colocándola dentro de los elementos esenciales del negocio en su art. 9 junto con el consentimiento, el objeto y en ciertos casos la solemnidad, para luego desarrollarla en su art. 39 donde no tiene óbice en afirmar en su apartado primero: “Toda obligación requiere una causa (...)”.

Los comentaristas de los principios apuntan a tres razones fundamentales para una inclusión tan explícita, contraria a la tendencia contemporánea lo cual le ha conllevado también numerosas críticas¹²³, a saber: la tradición, la unificación y la utilidad práctica de la causa en los Derechos latinoamericanos.

La primera razón nos la ofrece Carlos PIZARRO, coautor y principal impulsor de los Principios. Tras señalar lo intenso de los debates entre los académicos de 8 países latinoamericanos, PIZARRO señala que un elemento de peso en la decisión de mantener a la causa como elemento del contrato fue la tradición: “...una

123 Vid. DE LA MAZA GAZMURI, I.: “The Notion of Contract and its Essential Elements in the PLACL”, en *The Future of Contract Law in Latin America*, edited by R. Momberg and S. Vogenauer, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 172-177.

institución vieja como la causa, presente en manuales, monografías, fallos y en general en el ethos de la cultura jurídica parecía complejo borrarla o, al menos, osado para varios de los representantes del grupo”¹²⁴. Es de notar como dicho grupo adopta una solución conservadora al decidir ponderar la herencia jurídica latina frente a los fuertes influjos del derecho anglosajón que hoy prima en casi todos los ámbitos de regulación de los contratos.

La segunda razón es probablemente la misma que llevó a los europeos a su supresión: la unificación. En este aspecto vemos como las voces del viejo continente, incluso las más propensas a la causa, se alzan para desechar todo lo que afecte la armonización de tradiciones jurídicas tan diferentes. DE LOS MOZOS señala al respecto: “... hay que partir de lo que nos une, no de lo que nos separa (...) hay que buscar otros caminos para obtener una homologación de resultados, y prescindir, por ello, de lo que nos separa”¹²⁵. Sin embargo, en Latinoamérica casi todos los códigos civiles parten de la regulación y necesidad de la causa como elemento y requisito del contrato, tal vez con las excepciones de Brasil, Paraguay y Cuba para los cuales tampoco es un concepto ajeno a su cultura jurídica al tener regulada la institución en sus legislaciones precedentes, con lo cual la mayoría de los sistemas nacionales son coincidentes en la institución que nos ocupa.

Estas dos razones se armonizan y sustentan mutuamente. Los Principios buscan uniformidad en la tradición, no piden reformas de los Derechos nacionales que se alejen de su construcción doctrinal y jurisprudencial histórica, sino que instan a que las reformas de los códigos más veteranos mantengan su idiosincrasia jurídica adaptada a los nuevos tiempos. Como bien señala PIZARRO: “Lo que proponemos, entonces, es un derecho común de los contratos, orientado en las tendencias del nuevo derecho de la contratación, pero sin renuncia a ciertos particularismos propios a la tradición y a la práctica del derecho en la región”¹²⁶.

No obstante, estas razones son descartadas por DE LA MAZA GAZMURI para quien la coincidencia puede ser un argumento, pero no es decisivo¹²⁷. Con lo cual

124 PIZARRO WILSON, C.: “Presentación” en *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, (coordinados por I. DE LA MAZA, C. PIZARRO y A. VIDAL), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 19.

125 DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios*, cit., p. 108; en esa misma línea MARTÍN PÉREZ (“La causa del contrato”, cit., p. 297): “...si se quiere que la integración jurídica europea culmine con éxito, hay que partir de lo que nos une, prescindiendo de lo que nos separa. Así se entiende que la solución que ha prevalecido es la de guardar silencio sobre la causa o excluirla directamente. Como se ha dicho, quizás no es la solución mejor, pero es la única posible”.

126 PIZARRO WILSON, C.: “Presentación”, cit., p. 21.

127 DE LA MAZA GAZMURI, I.: “The Notion of Contract”, cit., p. 175, como ejemplo pone la regulación de los remedios frente al incumplimiento contractual en la que los PLDC se aleja notablemente de las características de los derechos latinoamericanos para acercarse más a la CISG.

aparece el tercer argumento: la fuerte aplicación práctica que de la causa hacen los derechos latinoamericanos¹²⁸.

La jurisprudencia latinoamericana ha recurrido a la causa para solucionar un sinnúmero de vicisitudes que tanto del contrato como de la relación contractual se derivan. Así han encontrado asidero en la figura de la causa para salvaguardar el equilibrio contractual ante desproporción de prestaciones, cláusulas penales abusivas, lesión y pactos comisorios, para rescindir o resolver el contrato ante un cambio de circunstancias y acoger la teoría de la imprevisión, y para un largo etcétera. Los Derechos latinoamericanos, al igual que antes lo hacía el francés, han entendido la ventaja de contar con un concepto abstracto, una institución maleable que sirva para solucionar circunstancias no previstas expresamente en la norma (que por su propia naturaleza nunca podrá abarcar soluciones absolutas). Como señala nuevamente PIZARRO: "... lejos de lo que se piensa, la causa goza de buena salud en los países de la región latinoamericana"¹²⁹.

Los PLDC han decidido mantener la causa como elemento del contrato en lugar de cambiar su denominación o de recurrir a otras figuras que asuman sus funciones y en este punto también resulta útil volver a lo expuesto por PIZARRO por lo translucido de su fundamentación a este punto: "(...) ¿por qué rechazar una tradición y explicación decantada a propósito de este elemento del contrato? ¿Por qué recurrir a una explicación a través de otro elemento, como el objeto u otras nociones desconocidas para nuestros derechos y olvidar lo avanzado y aplicado a través de la noción de causa? Qué razón para excluir una palabra 'cargada de experiencia social'. A través de esta expresión los juristas latinoamericanos nos comunicamos, entendiendo más o menos lo mismo una vez pronunciada (...) Por esto, el grupo decidió mantener la 'causa'"¹³⁰.

Como vemos la causa tiene un fuerte arraigo en la región además de una enorme utilidad en la resolución de varias vicisitudes que afectan la validez del contrato. Es por lo que, al igual que pasa en las reformas de los ordenamientos europeos, nuestros Derechos nacionales deberían guiarse por los postulados esgrimidos por estos principios formulados a la manera de marco orientador.

128 DE LA MAZA (*op. et loc. cit.*) advierte que: "The second consideration is that both subject-matter and cause have proved serviceable in regulating contractual rights in Latin America.

For example, in the arduous discussions surrounding cause, it was noted that in Chile, «cause» was used as a mechanism of commutative justice to shield the contractual balance from excessive penal clauses. It was also noted that in Colombia it was used, among other things, to explain group contract and the effects of non-compliance of one with respect to the others. It was used for the same purpose in Argentina for both group contracts and chain contracts to explain the repercussions of what happens to one whit respect to the others. In Argentina, it was also employed to resolve matters related to alterations arising from changed circumstances. Furthermore, in general, cause has been used to justify certain restitutions when a contract is terminated. As far as the cause of the contracts based on illicit motivations.

Cause, then, has played a useful role in what could be called Latin American contract law".

129 PIZARRO WILSON, C.: "Presentación", cit., p. 19.

130 Ídem, pp. 19 y 20.

No obstante, un análisis del tema en la región se vería incompleto sin una remisión al nuevo código argentino por ser el de más reciente promulgación en el continente. El art. 1012 del Código Civil y Comercial de la Nación al regular la causa en sede contractual, remite a las disposiciones del Libro Segundo, Título IV, Capítulo 2, Sección Tercera, referido a la causa de los actos jurídicos introduciendo de forma expresa la causa en la regulación de los contratos. Por otra parte, su art. 281 establece que la causa es "(...) el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad". Esta última norma concuerda con el art. 259, en tanto dispone que el acto voluntario lícito debe tener por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Así, sostiene LEIVA FERNÁNDEZ: "Cabe señalar el carácter netamente causalista del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto de manifiesto al regular en forma conjunta las disposiciones de la causa en los contratos junto a la causa en los actos jurídicos (...)"¹³¹ Con lo cual es importante analizar por qué una norma promulgada en pleno siglo XXI mantuvo un elemento que las voces doctrinales y los textos supranacionales se empeñan en desestimar.

Un recuento de la historia reciente del Derecho de contratos en Argentina nos habla de una opción casi unánime por la causa. Así RIVERA sostenía en el 2004 que: "(...) la doctrina contemporánea argentina se viene inclinando decididamente por las posiciones causalistas (Videla Escalada, Mosset Iturraspe, Borda, Bueres, López de Zavalía, Salerno), con matices en cada uno de los autores, inevitables en este tema, aunque con una clara tendencia a enrolarse en la concepción dualista"¹³². Por su parte todos los proyectos de Código Civil o de modificación al derogado Código de Vélez contenían una regulación positiva de la causa.

El Proyecto de Unificación de 1987 –sancionado como ley 24.032 y luego vetado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 2719/1991– en su art. 1197 establecía: "Las convenciones hechas en los contratos, forman para las partes una regla a la que deben someterse como a ley misma si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración y fueron aceptadas por la otra o lo hubiera sido de haberseles exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución". En apartados siguientes, el art. 1204 del mismo Proyecto preveía la autorización para resolver el contrato por frustración del fin del contrato siempre que tal fin haya sido conocido o cognoscible por las partes. Añade como requisito de procedencia que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca y derive de un riesgo que esta tomó a su cargo en virtud del contrato asumido.

131 LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P.: *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 52.

132 RIVERA, J. C.: *Instituciones de Derecho Civil Parte General, Tomo II*, tercera edición actualizada, editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 517.

Luego el Proyecto del Ejecutivo de 1993, encargado por Decreto 468/1992, siguiendo la línea de la doctrina clásica, en su art. 851 estableció que "(...) son elementos esenciales de los contratos el consentimiento, el objeto y la causa". Dicho Proyecto reguló la causa haciéndose eco de las críticas efectuadas al Proyecto de Unificación de 1987.

Siguiendo la forma establecida en el Proyecto anterior, el Proyecto de 1998 trató la causa como elemento de los actos jurídicos, dedicándoles los arts. del 253 al 259. A diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación, no establecía un acápite aparte para la causa de los contratos. El principio rector en estos artículos era procurar fines lícitos en virtud de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del acto jurídico, sea sinalagmático o unilateral, expresaba el art. 253 del Proyecto de 1998. En resumidas cuentas, el Proyecto de 1998 no sólo tenía la exigencia de una finalidad lícita en la concreción del negocio jurídico, sino además que esa licitud en la finalidad debía recaer en ambas partes. En cuanto a los motivos personales de los contratantes sólo serán de relevancia en materia de frustración del fin en tanto estos integren implícita o expresamente el convenio (cfr. art. 257 del Proyecto de 1998). Este Proyecto terminó por amalgamar su postura causalista en el art. 254 pues establece no sólo la presunción de existencia de causa en toda convención jurídica sino también la presunción de su licitud.

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial fue sancionado en 2014, como se ha reiterado, con un marcado carácter causalista, aunque asumiendo una concepción subjetiva (para algunos mixta) de la causa. Se aprecia allí la influencia de LORENZETTI, uno de los integrantes de la Comisión que proyectó el Código, cuando sostuvo que: "el elemento afectado es la causa-fin, entendida como el motivo concreto que se persigue mediante la obtención del contrato, conocido por ambas partes"¹³³. En los Fundamentos se dio una breve explicación del porqué de la distancia que se tomó respecto de los proyectos anteriores y se hizo referencia al Código de Quebec, a la Propuesta para la modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos de España de 2010 y al Anteproyecto de francés de Catala, todos ellos causalistas.

Argentina ha tenido una historia doctrinal y jurisprudencial adepta a la noción y utilidad de causa del contrato. Con lo cual su nueva legislación ha decidido apuntalar esta tradición armonizándola incluso con concepciones contemporáneas ajenas al Código de Vélez como la doctrina de la imprevisión, de claro cariz causalista en el nuevo Código.

133 LORENZETTI, R. L.: *Tratado de los Contratos. Parte General*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f, p. 530.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES ¿ES PRESCINDIBLE LA CAUSA REGULANDO AUTÓNOMAMENTE SUS FUNCIONES?

Hemos visto como aquellos que propugnan eliminar la causa, e incluso las normas que han optado por suprimirla como elemento esencial del contrato, abogan, no obstante, por mantener todas las funciones que la causa ha desempeñado a lo largo de la historia del Derecho. Es de señalar, sin embargo, que el argumento de la autonomía de las funciones en detrimento de la necesidad de remisión al elemento causal ha calado, en gran parte por su coherencia teórica. Si regulamos como institutos independientes la simulación, la ilicitud, la lesión originaria y sobrevenida, la fiducia, establecemos la necesidad de equivalencia de prestaciones incluso en el Code recogemos la doctrina Chronopost ... ¿para qué hace falta mencionar la causa?, ¿para qué sirve?

Sin embargo, la respuesta positiva a su permanencia y utilidad sigue estando precisamente en el papel que jugó la causa en la formulación de esas instituciones, no tanto ya por ellas sino en previsión de las que pueden venir. A lo largo de este artículo hemos visto como la jurisprudencia, a través del control del elemento causal, dio respuesta certera a problemas que no tenían solución en los preceptos concretos de la legislación nacional. Así, la jurisprudencia italiana acuñó su término de causa concreta para enfrentar problemas de fraude fiscal en los contratos que no podían perseguirse por la legislación tributaria, los franceses tuvieron que acudir a la causa para solucionar un problema de cláusulas abusivas al que no daba respuesta su legislación prevista solo para el ámbito del Derecho de consumo, sin mencionar que los españoles, al no tener regulada la figura de la simulación en su Código, han fundamentado todos los problemas del contrato a través de los vicios de la causa. Aun hoy muchas vicisitudes de la relación contractual siguen siendo solucionadas gracias precisamente al elemento causal, cómo si no podemos hacer ineficaz un contrato cuyas prestaciones sean absolutamente lícitas, pero se realice en el marco de una operación de lavado de dinero o de financiación al terrorismo, en qué elemento contractual encontraremos los visos de ilicitud. Pero no pongamos si quiera la atención en esos problemas ya existentes, sino que propongo pensar en aquellos que pueden surgir, en vicisitudes, anomalías, frustraciones de la relación contractual que no veamos todavía en épocas presentes, aquellas que se avengan con los tiempos futuros y que por lo tanto nos es imposible regular autónomamente desde la actualidad. Para eso es útil la causa y lo es precisamente por dos de sus notas características: su abstracción conceptual y su esencialidad en el contrato y la relación que crea.

En primer lugar, es útil tener en la regulación de los contratos un elemento de carácter abstracto en su conceptualización, al que sea posible acudir para dar solución a circunstancias no previstas. Así vemos como la causa ha asumido un rol

diferente en cada época siempre en función a los problemas prácticos que había que solucionar. En este sentido se pronuncia ALPA cuando sostiene: "Intensa in questo modo ampio e indeterminato la causa diventa uno strumento sufficientemente elástico per il controllo delle pattuizioni private (...)"¹³⁴. Estamos ciertamente ante un elemento de carácter unívoco, pero, generalizador y generalizante en el sentido que puede dar respuesta certera y precisa a un sinnúmero de escenarios posibles y cada una de esas respuestas actualiza el concepto y ensancha sus funciones. Cómo si no puede explicarse, volviendo al mismo ejemplo, que la jurisprudencia española haya podido desarrollar un control tan efectivo sobre los contratos simulados sin una regulación específica de la simulación. Ahora bien, ¿puede otro concepto o elemento cumplir esta función?

Notamos que el papel preponderante de la causa en las nuevas legislaciones lo va ocupando, sigilosa pero progresivamente, la buena fe. En efecto, este principio también tiene un carácter abstracto en su concepción y como tal es fácilmente adaptable a circunstancias muy diferentes. Sin dudas, una doctrina y regulación sólida de la buena fe puede ser el principal acicate de la necesidad de la permanencia de la causa¹³⁵. Sin embargo, aun con su carácter abstracto y general, la buena fe tiene un campo más limitado de actuación que la causa precisamente por el segundo argumento planteado: la esencialidad. Mientras la buena fe se centra en las intenciones de los contratantes e incluso, en su concepción objetiva, en parámetros de justicia y equidad, la causa al ser considerada elemento esencial del negocio controla, no solo elementos particulares de la relación negocial, sino al negocio como un todo tanto en la fase de su concepción como en la de su ejecución.

Opinión contraria sostienen CABALLERO HERNÁNDEZ y ORTEGA LINARES, para quienes "(...) 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 (...)"¹³⁶. Esta tesis puede tener cabida a partir de una noción limitada del concepto de causa, pero, al concebirla como tipo negocial genérico se convierte en un referente sin igual para el análisis de su estructura y efectos, categorías que se configuran precisamente en vistas a la causa final. Si la causa final configura las prestaciones del contrato (o sea establece su estructura),

134 ALPA, G.: *Le stagioni*, cit., p. 55.

135 Apud. ORDOQUI CASTILLA (*Buena fe en los contratos*, Temis-Zavalía-Reus-Ubijus (colección *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*), Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, 2011, p. 85) quien nos dice: "El ensanchamiento de las funciones de la buena fe en la relación contractual ha determinado que cierto sector de la doctrina llegara a sostener que, en definitiva, lo que está ocurriendo es que la buena fe viene sustituyendo o consustanciándose con la misma noción de causa".

136 CABALLERO HERNÁNDEZ, N. y J. S. ORTEGA LINARES: "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*, Universidad de los Andes, núm. 52, julio - diciembre 2014, p. 30.

determina sus efectos y trasluce la intención concreta de las partes entonces nada podrá superar ni reemplazar su rol en la dinámica contractual.

Por demás, si bien la buena fe es un instrumento útil para tutelar los intereses de las partes contratantes, notamos que la causa no solo actúa en ese sentido, sino que además se utiliza para tutelar los intereses sociales y la coherencia del ordenamiento jurídico, ámbitos en que, si se tratara de proteger a través del principio de buena fe, terminaría desconfigurándose el principio. Así, la causa es un instrumento invaluable para la judicatura, al ser el elemento residual al que siempre podrá acudir para fundamentar sus fallos, para dar solución a los litigios que se le presenten, estén o no previstas esas soluciones autónomamente en la norma jurídica, trátense estos de aspectos que vulneren a las partes o a la sociedad en su conjunto.

Pero también en la función notarial y registral tendrá la causa del contrato un papel fundamental ya que servirá de pauta para el más importante de los imperativos de los fedatarios: la calificación; juicio que abarca desde el control de legalidad de las manifestaciones de los comparecientes o requirentes (en el caso de los notarios) o del contenido del negocio (para los registradores) hasta la misma redacción y titulación del instrumento público que atenderá primordialmente a la configuración causal del contrato, aspectos no superables con el principio de buena fe o con otro elemento del negocio.

Es así, como cobra plena vigencia aquello que señalaba DUALDE ya hace algunos años: "No es prudente, ni sincero, pues, suprimir la idea de causa, ni reporta ninguna ventaja. Su supresión por errónea o enigmática, no conduce a ningún resultado positivo"¹³⁷.

137 DUALDE GÓMEZ, J.: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, editorial Bosch, Barcelona, 1949, p. 33.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2002-03, marzo 2002.

ALCARO, F.: "Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi", en *Causa del contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2016.

ALPA, G.:

– *Il contratto in generale, I-Fonti, teorie, metodi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

– *Le stagioni del contratto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2012.

– *Manuale di Diritto Privato*, Nona edizione, Wolters Kluwer CEDAM, Vicenza, 2015.

ALVARADO HERRERA, L.: "Capítulo 3-Validez", en *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por D. MORÁN BOVIO), Thomson Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2003.

ANCEL, F., B. FAUVARQUE-COSSON y J. GEST: *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, París, 2017

ATIYAH, P.S.: "Consideration: A Restatement", en *Essay on Contract*, Oxford University Press, 1986.

BOSCH CAPDEVILA, E.: "Capítulo 4-Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)" en *Derecho Europeo de Contratos Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo I*, (coordinado por A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2012.

BOSCH CAPDEVILA, E., P. DEL POZO CARRASCOSA y A. VAQUER ALOY: *Teoría general del contrato Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

BRECCIA, U.: "Morte e resurrezione della causa: la tutela", en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, (coordinado por S. MAZZAMUTO), G. Giappichelli editore, Torino, 2002.

BRESSE, R.-J.: *La Théorie de la "consideration" en droit anglais*, thèse pour le doctorat, Université de Dijon, 1919.

CABALLERO HERNÁNDEZ, N. y J. S. ORTEGA LINARES: "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*, Universidad de los Andes, núm. 52, julio - diciembre 2014.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, 2007, fasc. II.

CARRASCO PERERA, Á., E. CORDERO LOBATO y M. J. MARÍN LÓPEZ: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, Tecnos, Madrid, 2015.

CASTRONOVO, C.: *Prefazione all'edizione italiana, Principi di diritto europeo dei contratti, parte III*, Milano, 2005.

CATHIARD, A.: *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels: L'apport de l'analyse économique du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2006.

CERMOLACCE, A.: *Cause et exécution du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001.

CHÉNÉDÉ, F.: "La cause est morte... vive la cause?", en *Contrats Concurrence Consommation*, núm. 5, 2016, dossier 4, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/delive...0330%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=1825%3A563040330.

CHESHIRE, G.C., C.H.S. FIFoot y M.P. FURMSTON: *Law of contract*, Butterworths, London, 1991.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

COOKE, E.: *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

DE ELIZALDE IBARBIA, F.: *El contenido del contrato*, primera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

DE LA MAZA GAZMURI, I.: "The Notion of Contract and its Essential Elements in the PLACL", en *The Future of Contract Law in Latin America*, edited by R. Momberg and S. Vogenauer, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. y M. Á. PARRA LUCÁN: *Tratado de la nulidad de los contratos*, editorial Colex, Zaragoza, 2003.

DESHAYES, O.: "La formation des contrats", *Revue des contrats*, 01 avril 2016 n° Hors-série, consultado en <http://www.lextenso.fr/docelec.u-bordeaux.fr/weblextenso/article/print?id=RDCI12z6>.

DESHAYES, O., T. GENICON et Y.-M. LAITHIER: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexis Nexis, París, 2016.

DUALDE GÓMEZ, J.: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, editorial Bosch, Barcelona, 1949.

ENTENZA ESCOBAR, P. F.: "Causa y consideration", *Revista de Derecho de Puerto Rico*, año IV, núm. 275, 1965.

FAGES, B.: *Droit des Obligations*, 7ma edición, L.G.D.J, Paris, 2017.

FERRI, G. B.:

– *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè editore, Milán, 1966.

– "L'invisibile presenza della causa del contratto", *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2002.

– "Operazioni negoziali complesse e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico", en *Dir. giur.*, 2008.

GARCÍA CANTERO, G.: "Hacia un concepto europeo de contrato", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos I*, (dirigidos por C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO), Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA VICENTE, J. R.: "Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277", en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII (Arts. 1265 a 1484)*, (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GHESTIN, J.: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006.

GRIMALDI, C.: "Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots", *Recueil Dalloz*, núm. 814-815, Paris, 2015.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: "La *consideration* del derecho anglosajón y el sistema de negocio causal español", *Actualidad Civil*, 2005-I, La Ley, Madrid, 2005.

GUZMÁN BRITO, A.: "La doctrina de la «*consideration*» en Blackstone y sus relaciones con la «*causa*» en el «*ius commune*»", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXX, año 2003.

HALSON, R.: "The offensive limits of promissory estoppel", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1999-Part 2.

HOUTCIEFF, D.: "Le contenu du contrat", en *Pour une réforme du droit des contrats* (dirigido por F. TERRÉ), Dalloz, Paris, 2009.

JENKS, E.: *El derecho inglés*, (traducido por J. PANIAGUA PORRAS), Reus, Madrid, 1930.

KOFFMAN, L. and E. MACDONALD: *The law of contract*, fifth edition, Lexis Nexis, London, 2004.

LAMARCA I MARQUÈS, A.: "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret* 01/2002.

LANDO, O. y H. BEALE: *Principios de derecho contractual europeo (los trabajos parlamentarios de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, edición a cargo de, edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

LARROUMET, C.: "De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats)", *Dalloz Actualité*, Paris, 2008.

LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P.: *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

LEVENEUR, L.: "Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations", en *Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 2*, consultado en http://www.lexisnexis.com.docelec.u-bordeaux.fr/fr/droit/deliv...0545%2Fformatted_doc&fromCart=false&jobHandle=2827%3A563040545

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M.: "Comentarios a los artículos 1274, 1275, 1276 y 1277", en *Código Civil Comentado, Volumen III- Libro IV- De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, (dirigido por A. CAÑIZARES

LAZO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Segunda edición, Civitas Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016.

LORENZETTI, R. L.: *Tratado de los Contratos. Parte General*, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s/f.

MAINGUY, D.: "Chapitre 3- Le contenu du contrat" en *Le nouveau droit français des contrat, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, p. 112, consultado en http://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_333750_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf

MALO VALENZUELA, M. Á.: "Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, Año 84, 2008.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La causa del contrato", en *Tratado de Contratos, Tomo I*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARKESINIS, B. S.: "Cause and consideration: A study in parallel", en *Foreign Law and Comparative Methodology: A subject and a thesis*, editorial Hart Publishing, Oxford.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: "La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)", en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II* (coordinado por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Notas sobre las «condiciones relativas al contenido» del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos I*, (dirigidos por C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO), Dykinson, Madrid, 2003.

MAZEAUD, D.: "Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risqué-t-on pas d'aller trop loin?", en *La nouvelle crise du contrat* (dirigido por C. JAMIN y D. MAZEAUD), Dalloz, París, 2003.

MCGREGOR, H.: *Contract Code*, (traducción y nota preliminar por J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA), Bosch, Barcelona, 1997

McKENDRICK, E.: *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

MORALES MORENO, A. M.:

- "Claves de la modernización del Derecho de Contratos", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Tomo III-I Derecho Patrimonial I*, (coordinado por L. PRATS ALBENTOSA), Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- "Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos", en *Estudios*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011.

MOUIAL-BASSILIANA, E.: *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, tesis publicada por la Universidad de Lille, 2003.

MURRAY, R.: *Contract Law*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 2014.

NIVARRA, L., V. RICCIUTO y C. SCOGNAMIGLIO: *Diritto privato*, seconda edizione, G. Giappicheli editore, Torino, 2013

ORDOQUI CASTILLA, G.: *Buena fe en los contratos*, Temis-Zavalá-Reus-Ubijus (colección *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*), Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, 2011.

PARRA LUCÁN, M. Á.: "La formación del contrato como proceso", en *Negociación y perfección de los contratos*, bajo su dirección, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, 8ª edizione interamente riveduta e integrata con indicazioni giurisprudenziali, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PIMONT, S.: *L'économie du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2004.

PIZARRO WILSON, C.: "Presentación" en *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, (coordinados por I. DE LA MAZA, C. PIZARRO y A. VIDAL), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

RAMÍREZ DE LA TORRE, J. E. "Causa en el Derecho contractual inglés y en el escocés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, Año II, marzo de 1926.

RIVERA, J. C.: *Instituciones de Derecho Civil Parte General, Tomo II*, tercera edición actualizada, editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

ROCHFELD, J.: *Cause et type de contrat*, Bibliothèque de Droit Privé, T. 311, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999.

ROLLI, R.: *Causa in astratto e causa in concreto*, CEDAM, Padova, 2008.

ROPPA, V.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: "Una visión crítica de la supresión de la causa en el nuevo derecho europeo de contratos. Su influencia en el ordenamiento jurídico español", en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, (dirigido por E. BOSCH CAPDEVILA), Bosch, primera edición, Barcelona, 2012.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: "Comentario de la sentencia de 8 de febrero de 2008", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Obligaciones y contratos*, (dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009.

SANGERMANO, F.: "La Causa", en *Trattario di Diritto Civile, Contratto in generale*, a cura di P. Cendon, Giuffrè editore, Milano, 2016.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo", *Roma e America. Diritto romano comune*, núm. 12, 2001.

SICCHIERO, G.: "Tramonto della causa del contratto?", *Contratto e impresa*, vol. 19, núm. 1, 2003.

STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of honest men", *Law Quarterly Review*, vol 113, 1997.

TERRÉ, F.: *Pour une réforme du droit des contrats: Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, París, 2009.

TERRÉ, F., P. SIMLER e Y. LEQUETTE: *Les obligations*, octava edición, Dalloz, París, 2002.

TREITEL, G. H.: *The Law of Contract*, ninth edition, Sweet & Maxwell, London, 1995.

UNCETA LABORDA, M.: "Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "Inexistencia y nulidad del contrato", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos II* (dirigidos por C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO, Dykinson, Madrid, 2003.

WICKER, G.: "La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?", *Recueil Dalloz*, núm. 27, 2015.

ZIMMERMANN, R.: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, (traducido por E. ARROYO I AMAYUELAS), Bosch, Barcelona, 2008.