

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
ESCUELA DE POSGRADO**



**LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO
METALINGÜÍSTICO DEL TÉRMINO CAUSA EN LA
APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL
NEGOCIO JURÍDICO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO,
MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

TESISTA: MANUEL MANTARI MOLINA

ASESOR: DR. LUIS HERRERA BAY

**HUÁNUCO – PERÚ
2019**

DEDICATORIA

A mi madre Emilia, fuente de vida y razón existencial.

AGRADECIMIENTO

A todos que colaboraron con la presente investigación, nombrarlos sería muy extenso y se cometería un riesgo de olvidar a alguien.

RESUMEN

La Investigación partió del problema: ¿En qué medida la determinación del contenido metalingüístico del término “causa”- fin licito- como elemento del negocio jurídico influye en la aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana vigente? ; siendo el objetivo: Determinar el contenido semántico del término metalingüístico “causa”- fin licito- como elemento del negocio jurídico para entender la aplicación correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente. La Investigación se ubica dentro del Tipo Básico; en el Nivel descriptivo. Se utilizó para contrastar la Hipótesis, el método Exegético. Con un Diseño No experimental transeccional, con una muestra y Tipo de Muestreo No Probabilístico. Para la Recolección de Información se utilizó el Análisis Documental y la encuesta; Los resultados muestran que sólo una de las 19 causas analizadas ha considerado el contenido meta lingüístico de la causa, mediante el fin concreto y donde señalan a la causa como el fin. Se concluye que la causa es un término metalingüístico sin contenido conceptual alguno en tanto que no hace referencia objetiva a una realidad directa o indirecta la causa más que ser parte de la estructura conceptual lo considera como un fundamento teórico dogmático del negocio jurídico, es por ello que el código civil de 1936 no era considerado como un elemento y en esa aquella época el trafico jurídico a través de los contratos funcionaba es decir con causa o sin causa el trafico jurídico a través de los contratos tendrán funcionalidad.

Palabras clave: causa, fin ilícito, negocio jurídico

ABSTRACT

The investigation started from the problem: to what extent the determination of the metalinguistic content of the term "cause" - legal purpose - as an element of the legal business influences the correct application of the grounds for nullity of the business in current Peruvian legislation? ; the objective being: Determine the semantic content of the metalinguistic term "causa" - licit end - as an element of the legal business to understand the correct application of the grounds for nullity of the business in Peruvian legislation and in force. The Research is located within the Basic Type; in the descriptive level. It was used to contrast the Hypothesis, the Exegetical method. With a non-experimental Transectional Design, with a sample and Type of Probabilistic Sampling. For the Collection of Information, the Documentary Analysis and the survey were used; The results show that only one of the 19 causes analyzed has considered the meta-linguistic content of the cause, through the concrete end and where they point to the cause as the end. It is concluded that the cause is a metalinguistic term without any conceptual content in that it does not make objective reference to a direct or indirect reality, the cause rather than being part of the conceptual structure considers it as a dogmatic theoretical foundation of the legal business, that is why that the civil code of 1936 was not considered as an element and in that one time the legal traffic through the contracts worked, that is to say with cause or without cause the legal traffic through the contracts will have functionality.

Keywords: cause, illicit purpose, legal business

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
ÍNDICE	vi
INTRODUCCION	ix

CAPÍTULO I**DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

1.1. Fundamentación del problema de investigación	11
1.2. Justificación	17
1.3. Importancia o propósito	17
1.4. Limitaciones	18
1.5. Formulación del problema de investigación	18
1.5.1. Problema General	18
1.5.2. Problemas Específicos	19
1.6. Formulación de objetivos generales y específicos	19
1.6.1. Objetivo General	19
1.6.2. Objetivos Específicos	19
1.7. Formulación de Hipótesis	19
1.7.1. Hipótesis general	19
1.7.2. Hipótesis específicas	20
1.8. Variables	20
1.9. Operacionalización de variables	20
1.10. Definición de términos operacionales	21

CAPÍTULO II**MARCO TEÓRICO**

2.1. Antecedentes	22
2.2. Bases Teóricas	74
2.2.1. TEORÍAS DE LA CAUSA	74
A.- TEORÍA SUBJETIVAS DE LA CAUSA	74
a.- Teoría Clásica	78
b.- Anticausalismo Clásico	89
c.- Neocausalismo	100
B.- TEORÍA OBJETIVAS DE LA CAUSA	122
a) Teoría de la Función Económica Social	123
b) Desarrollo de la Teoría de la Función Económica Social Posterior a Betti	167
c) Critica a la Teoría de la Función Económica Social	169

2.2.2. OTRAS TEORÍAS DE LA CAUSA	204
A.- Teoría Unitaria	204
B.- Teoría de la Causa como el Interés Concreto	206
2.2.3. LA CAUSA EN LA LEGISLACION COMPARADA	212
A) En el Código Civil Francés de 1804	212
B) En el Código Civil Argentino de 1869	212
C) En el Código Civil Chileno	213
D) En el Código Civil Español	214
E) En el Código Civil Italiano DE 1942	216
F) En el Código Civil Boliviano	216
2.2.4. CONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN DE CAUSA EN LA DOCTRINA NACIONAL	217
A) Derecho, Sociedad y Negocio Jurídico (Contratos)	219
B) Crítica a la Noción de Función Socialmente Útil, Socialmente razonable o digna en los negocios atípicos	228
C) Posiciones de la Doctrina Nacional Respecto del Fin Lícito o Causa	247
2.2.5. TEORÍA DE LA INUTILIDAD DE LA CAUSA O TEORÍA DE UN NEO ANTICAUSALISMO	263
2.3. Bases conceptuales	294

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Ámbito	296
3.2. Población	296
3.3. Muestra	296

3.4. Nivel y tipo de estudio	297
3.5. Diseño de Investigación	297
3.6. Técnicas e instrumentos	297
3.7. Validación y confiabilidad del instrumento	298
3.8. Procedimiento	298
3.9. Tabulación	299

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Análisis descriptivo	300
4.2. Análisis inferencial y contrastación de hipótesis	306
4.3. Discusión de resultados	316
4.4. Aporte de la investigación	318
CONCLUSIONES	319
RECOMENDACIONES	320
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	321
ANEXOS	325
ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA	326
ANEXO 02: INSTRUMENTOS	327
ANEXO 03: FICHA DE ANÁLISIS DE EJECUCIÓN SUPREMA	328
NOTA BIOGRÁFICA	330
ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO	331
AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICA DE POSGRADO	332

INTRODUCCION

La causa es, para una parte de la doctrina jurídica, uno de los elementos esenciales del acto jurídico, junto con la voluntad y el objeto. Tradicionalmente se ha considerado que la causa consiste en la finalidad que cada sujeto persigue al contraer una obligación. También es importante saber cuál es la causa del contrato para determinar si es lícita.

El contrato que carece de causa o cuya causa es ilícita será inexistente (sólo en el primer caso) o nulo, dependiendo de la posición doctrinal que se adopte. Se considerará a una causa ilícita cuando sea prohibida por la ley, contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Bajo este contexto la presente investigación partió de la interrogante ¿En qué medida la determinación del contenido metalingüístico del término “causa”- fin lícito- como elemento del negocio jurídico influye en la aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana vigente?

Para dar respuesta a esta interrogante estableció como objetivo determinar el contenido semántico del término metalingüístico “causa”- fin lícito- como elemento del negocio jurídico para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.

Con todos estos aspectos, la investigación buscó analizar la figura de la causa como elemento de negocio jurídico, y para luego definir el negocio jurídico; tomando en cuenta el derecho comparado y su implicancia en el ordenamiento jurídico peruano.

El trabajo de investigación pertenece al tipo básica o teórica, con un Nivel descriptivo y para su realización se utilizó el Método Exegético. El Diseño

empleado fue: el No experimental transeccional; se aplicó la técnica de la encuesta y el análisis documental.

En este orden de ideas la presente tesis se encuentra estructurada en IV capítulos:

El primer capítulo denominado “Descripción del problema de investigación”, las mismas que son desarrolladas con puntualidad y precisión

El segundo capítulo denominado “Marco Teórico”, donde se expone los antecedentes, las bases teóricas científicas y la definición de conceptos o términos básicos

El tercer capítulo titulado “Metodología”, donde se describe la población, muestra, el Tipo y Nivel de Investigación y los Métodos de Investigación utilizados en el desarrollo de la Investigación

El cuarto capítulo referido a los “Resultados de la Investigación” describiéndose los resultados obtenidos del análisis de las Ejecutorias Supremas y de la encuesta aplicada a secretarios judiciales y jueces de la Corte Superior de Junín.

El quinto capítulo titulado “Discusión” donde se realizó la contrastación de los resultados de la investigación con las hipótesis específicas.

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Fundamentación del problema de investigación

Los términos en el Derecho, están dentro de un lenguaje natural o lenguaje objeto es su gran mayoría y un meta lenguaje un poco escaso dentro del discurso legislativo y jurídico, que obedecen en describen una realidad otras veces un meta lenguaje no obedece a ninguna realidad, son como especie de números imaginarios.

El término causa en el Derecho tiene muchas acepciones dependiendo de la rama del derecho donde se utiliza y dentro del derecho civil, se ubica dentro del Negocio jurídico, el cual tiene muchas acepciones explicada en muchas teorías.

El termino causa se encuentra en el Art. 140.3 del Código Civil, el cual regula los elementos del negocio jurídico y su ausencia de dicho elemento genera la nulidad como lo regula el Art. 219.5 del C.c.

Debido a la ausencia legal de una definición existe muchas definiciones, contradictorias, equívocas y que es el termino más controvertido del Derecho Civil, y muchas veces con la finalidad de resolver dicho problema la teorías se mantienen divergentes, y lejos de desaparecer dicha contradicción se multiplica las contradicción teóricas.

La oscuridad y las dudas provienen, en primer lugar, del hecho de que la expresión “causa” se caracteriza por una amplia gama de significados cambiantes según el contexto en el que se emplee la propia expresión (o sea

según que se trate de un lenguaje ligado a la experiencia común, de un lenguaje filosófico, o, en fin, de un lenguaje jurídico).

En primer lugar es preciso aclarar que la noción de causa comercial no tiene nada que ver con el significado genérico de causa como antecedente de un efecto. (Bibliazzi, 1995)

La causa es un tema no muy diáfano, es de los más problemático-abstracto dentro del negocio jurídico y muy arduamente debatido en la teoría de los contratos, en sus inicios y del negocio jurídico.

En la historia del derecho del derecho civil patrimonial, primero nace la Teoría General de los Contratos, que viene de los romanos y se consolidado en época medieval, y plasmada en el Código Civil de Francia, donde se incorpora a la causa como elemento del contrato, allí empieza la interpretación, y de preguntarse: ¿qué es la causa? Y las respuestas se abren un debate arduo e inconcluso a la fecha.

En respuesta de la pregunta, nace la primera teoría de la causa denominado Teoría Clásica, que define a la causa como el fin mediático y directo por el cual el deudor contrae una obligación al celebrar un contrato y distingue causa con contratos sinalagmáticos, que es la obligación recíprocas o sinalagmáticos, gratuitos, y en los contrato reales, es la causa es la transmisión de la cosa para consolidar en contrato, y en el contrato gratuito su causa es la "liberalidad", vale decir el fin inmediato, la causa esta desvinculado de la personalidad o el motivo subjetivo de la persona sino con el motivo abstracto. Como es de observarse, de las distinción de las causas, no es otra cosa que la ejecución de las obligaciones nacidas del contrato, mas no un elementos constitutivo en el contrato, y por otro lado cuando se habla del motivo abstracto

hace referencia a los efectos que tiene el ordenamiento jurídico, por ello tiene deficiencias la causa desde la teoría clásica.

Por ello el neocausalismo da respuesta al anticausalismo, que fue una construcción de la jurisprudencia francesa, dicho postulado, inserta la como la causa se debe entender con los motivos determinante de la parte contratante y se divide según: Dual que admite lo subjetivo, entendido como el motivo concreto que ha decidido el contratante, debemos de repensar en ello, si es el motivo personal que impulsa a contratar entonces un elemento del negocio está en la mente del contratante y se inserta al contrato solo sería cuando existe normas facultativas que lo permite, en este último caso, sería parte del contenido de la declaración de la voluntad y no sería ya "causa", y objetivo, entendido como el motivo abstracto que sanciona la causa ilícita, a ello partiendo que el ordenamiento realmente sanciona entre lo lícito e ilícito.

El puro, entiendo el motivo que ha impulsado y determinante para la celebración del contrato, o que fue el motivo para contratar, en suma es una posición subjetiva, donde se hace la misma crítica de lo anteriormente señalado.

El integral, hace una fusión entre el motivo abstracto y típico (objetivo), y la incorporación del motivo concreto y determinante (subjetivo), no es una fusión más de lo objetivo con lo subjetivo, a fin de tratar de salvar la causa como elemento del contrato.

Haciendo un análisis lógico semántico, la teoría integral y dual, tiene la misma perspectiva de unificar lo subjetivo y lo objetivo de la causa, realmente resuelve el problema de la causa la doctrina neocausalismo.

Las teorías objetivas, son dos la teoría de la función económica social y la teoría de la función jurídica.

La teoría de la función económica social tiene su propio contexto social y político, diferente a lo acontece hoy menos en Perú, y parte un tipo de Estado Dirigista, la cual esta teoría es un forma de desarrollo ideológico, que muy difícilmente debemos de aceptarlo; en el plano dogmático parte que la causa es la razón justificadora de reconocimiento del negocio, el derecho debe buscar una función social, y el ordenamiento lo decepciona, como causa de los negocios jurídicos. El negocio debe cumplir una función social relevante, de buscar el interés social es decir debe buscar ciertas finalidades sociales o utilidades sociales dentro de las operaciones económicas del mercado. Como se puede entender, ello esta una posición ideológica mas no un elemento del contrato.

Esta teoría habla de la causa como utilidad social, ello implica que la causa es el control de la autonomía privada, entonces debe quitar el término función social y empezar a hablar de interés general, ello implicaría dejar la terminología social y solo quedarse con la función jurídica del negocio, ello es el sustento de la teoría de la función jurídica. Por tanto, solo es vinculante la conducta relevante para el ordenamiento jurídico; si fueses así, lo relevante o irrelevante lo determinada el ordenamiento jurídico.

Y la causa, es un elemento concurrente para la formación o creación de un contrato o negocio jurídico, y quien determina estos elementos, requisitos o presupuesto para formación de un contrato también es el ordenamiento jurídico. Entonces; cual es el contenido del termino metalinguista de "causa", tiene o no tiene contenido.

En el sistema alemán ha imperado el sistema anticausalismo, este requisito lo conoce el sistema alemán, y función su sistema negocial y contractual. Y fue similar en la vigencia del Código Civil de 1936.

Por otro lado, por tiempos avanzan, en una era donde impera la comunicación rápida a base de ello el orbe se ha integrado, en el campo científico también es más accesible a la información científica, y en lo económico se va integrado a base de los bloques económicos y este se expresa en la unificación de la legislación europea, en parte de América Latina, en razón a los bloques económicos, por esta razón también hoy se prefiere más a lo contrato y poco a legislaciones abstracta del negocio, y priorizan elementos generales y dejan de lado el tema de la causa.

Por otro lado, por tiempos avanzan, en una era donde impera la comunicación rápida a base de ello el orbe se ha integrado, en el campo científico también es más accesible a la información científica, y en lo económico se va integrado a base de los bloques económicos y este se expresa en la unificación de la legislación europea, en parte de América Latina, en razón a los bloques económicos, por esta razón también hoy se prefiere más a lo contrato y poco a legislaciones abstracta del negocio, y priorizan elementos generales y dejan de lado el tema de la causa. Y es necesario a repensar en el contenido conceptual de la causa y sobre todo de su finalidad.

Qué consecuencias tiene la combinación de sistemas tanto el sistema contractual francés (casusa como elemento) y el sistema negocial alemán (inexistencia de la causa como elemento), es factible combinar dos sistemas dos realidades distintas de inspiración con dos ideologías que inspira a cada uno de ello.

No sólo ello como influye el fenómeno de la internacionalización del comercio mundial en la contratación; y como necesidad para un tráfico más intenso surge la necesidad de las contratos con cláusulas generales de contratación y muchas veces solo se celebran por adhesión; y ello tiene un impacto en la

autonomía privada muchas veces pierde su sentido y su señorío que siempre se ha conceptualizado como en un inicio se propugnaba y cual su directa implicancia con la causa como función económico social o individual; donde está la direccionalidad de la voluntad para buscar determinados efectos en el negocio jurídico.

En el contexto europeo tiene más preeminencia la regulación de los contratos como un fenómeno para el intercambio de bienes y servicios en tanto que es más flexible para su adaptación a la realidad y los sistemas civil y *common law* lo permiten, en cambio el negocio jurídico su demasiado abstracción no le permite adaptarse raudamente ¿Qué salidas se puede encontrar a este conflicto?,

La causa es el elemento más oscuro y abstracto en el negocio jurídico, modificarlo para nuestra realidad es viable o no, insistir en su reformulación o dejarlo de lado para encontrar un nuevo enfoque del negocio jurídico más adaptable a los sistemas jurídicos de orbe.

Y si fuese así implicaría reconstrucción de una definición objetiva no abstracta no oscura de la causa, acorde al sistema nacional y que sirva como base la reconstrucción del sistema nacional dentro un Estado Democrático Constitucional en la dinámica de la contratación contemporánea.

No pensaba en el capitalismo hegemónico de siempre si no en una tendencia de la económica mundial, regionalismo económico y el impulso dinámica más intenso de la negociación-contratación es decir ante el nuevo estatus del contratante.

Bajo este contexto, la investigación buscó determinar el contenido semántico del término metalingüístico "causa"- fin lícito- como elemento del negocio jurídico para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del

negocio en la legislación peruana y vigente, analizando para ello las Ejecutorias supremas del Salas Supremas Permanente y Transitoria del Corte Suprema de la República, en el periodo de enero 2015 a agosto 2016, todo sobre lo referente a nulidad de acto jurídico,

1.2. Justificación

Teórica: La presente investigación teóricamente presentó la siguiente justificación: A través de este estudio lo que se pretende es analizar la figura de la causa como elemento de negocio jurídico, y para luego definir el negocio jurídico; tomando en cuenta el derecho comparado y su implicancia en el ordenamiento jurídico peruano.

Social: La investigación está delimitada socialmente para todos los estudiosos del derecho volcados a la rama de la negocio jurídico, el mismo que puede ser tomado como referencia bibliográfica para la aplicabilidad a un caso en concreto; por tanto esta investigación tiene como receptores a los jueces, fiscales, abogados y la sociedad en general.

Metodológica: El tema que nos ocupa presenta como justificación metodológica la de validar y construir los instrumentos metodológicos del análisis lógico semántico para analizar la coherencia de las proposiciones del negocio jurídico, en tanto que en el derecho civil poco se ha avanzado estudiar con una metodología seria.

1.3. Importancia o propósito

Últimamente existe muchos problemas de tráfico de bienes inmuebles, y mucha inseguridad jurídica en ella, uno de los problemas, es la forma de transferencia que se regula en Perú, uno de los aristas para solucionar dicho problema es

tener en claro, que entendemos por “fin lícito o causa”; y así discutir sobre el causalidad o abstracción de la transferencia en post de darle más seguridad a la transferencia de los bienes inmuebles y mejorar la practicidad del derecho reales.

Por lo expuesto, esta investigación es importante ya que busca establecer una mejor una mejor comprensión teórica del contenido semántico del término metalingüístico causa, fin ilícito y tendrá una mejor capacidad práctica de los operadores del Derecho, en tanto que en la actualidad existe mucha confusión teoría y práctica.

1.4. Limitaciones

Para el desarrollo de esta investigación la principal limitación se centró en el poco material teórico y bibliográfico vinculado al contenido semántico del término metalingüístico causa, fin ilícito; no obstante, se realizó una búsqueda bibliográfica minuciosa de los pocos autores que han abordado este tema.

Otra de las limitaciones estuvo vinculada con el poco tiempo para el desarrollo del trabajo, para lo cual el investigador tuvo que organizar el tiempo de trabajo y alternarlo con horas dedicadas al desarrollo de este estudio.

1.5. Formulación del problema de investigación

1.5.1. Problema General:

- ✓ ¿En qué medida la determinación del contenido metalingüístico del término “causa”- fin lícito- como elemento del negocio jurídico influye en la aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana vigente?

1.5.2. Problemas Específicos

- ✓ ¿De qué manera el contenido metalingüístico de la causa, fin lícito como elemento del negocio jurídico es empleado para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente?
- ✓ ¿Cómo se presenta la aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente?

1.6. Formulación de objetivos

1.6.1. Objetivo General:

- ✓ Determinar el contenido semántico del término metalingüístico “causa”- fin lícito- como elemento del negocio jurídico para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente

1.6.2. Objetivos Específicos:

- ✓ Analizar el contenido metalingüístico de la causa, fin ilícito como elemento del negocio jurídico para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.
- ✓ Analizar la aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente

1.7. Formulación de hipótesis

1.7.1. Hipótesis general

- ✓ El término causa –fin lícito-, es un lenguaje de segundo nivel de característica meta lingüística y no tiene una relación directa o indirecta con la realidad objetiva menos relacionado como elemento conformante de la estructura del negocio jurídico,

1.7.2. Hipótesis específicas

- ✓ No existe un contenido metalingüístico específico de la causa, fin ilícito como elemento del negocio jurídico lo cual no permite la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.
- ✓ No existe una correcta aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente

1.8. Variables

Variable 1:

La determinación del contenido metalingüístico del término “causa”-fin lícito

Variable 2:

Aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio jurídico

1.9. Operacionalización de variables

VARIABLE 1	INDICADORES
La determinación del contenido metalingüístico del término “causa”-fin lícito	<ul style="list-style-type: none"> • Fin concreto y determinante de la celebración del contrato. • Fin abstracto y determinante para le celebración de contrato • Función económico social y/o individual • Función jurídica del negocio

VARIABLE 2	INDICADORES
Aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Supuesto de hecho • No predictibilidad de la administración de justicia • Equidad • Justicia • Inseguridad jurídica en el tráfico jurídico a través de los negocios jurídicos

1.10. Definición de términos operacionales

Causa: Se define la causa lícita como un elemento esencial común y requisito de validez del acto jurídico, y consiste en que la motivación de todo negocio jurídico debe ajustarse a la ley. El principal elemento de estudio de la causa lícita es su par opuesto: la causa ilícita.

Nulidad del negocio jurídico: es, una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que una norma, acto jurídico, acto administrativo o acto procesal deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

HISTORIA DE LA CAUSA DE ROMA HASTA LA CODIFICACION FRANCESA

La historia es una explicación y no un culto, es hacer un análisis crítico y correctivo, aún más en la causa del negocio jurídico existen muchas distorsiones de la historia y sus fuentes de origen.

La necesidad de analizar el antecedente histórico, es conocer como fue el proceso de construcción de la noción de negocio jurídico, esto permite repensar y construir una definición propia del sentido de causa en relaciones conceptuales de los dos términos; y existe muchas interpretaciones del derecho romano propias que han contribuido para crear los sistemas alemán, francés, para pensar en la fusión de los sistema alemán y francés aún más son interpretaciones similar en tanto en la causa no.

La regulación del Derecho vigente, en el que coexisten los contratos obligatorios causales y abstractos, ha surgido de una evolución histórica que conecta con el Derecho Romano. La problemática fundamental de la causa del contrato obligatorio se puede ilustrar especialmente bien en el Derecho romano. Por eso, a continuación se expondrá el primer lugar la problemática

La libertad de configuración del contenido del contrato obligatorio, reconocida en nuestro Ordenamiento, forma parte de la problemática de la causa. Esto también es especialmente valiosa, para la comprensión del Derecho vigente, la antítesis del Derecho romano, que no reconoció la libertad de configuración del contenido del contrato obligatorio. Además es conveniente, para la comprensión del Derecho vigente, saber que la evolución histórica desde el *numerus clausus*

de los tipos de contratos obligatorios, como lo conoció el Derecho Romano, hasta la libertad contractual en el Derecho de obligaciones vigente es la historia del problema de la causa. Solo después del estudio histórico, se tratara el problema de la causa en el contrato obligatorio; sin embargo en el sistema alemán, tiene un parecido en el sistema *numerus clausus*. (Flume, 1998)

A.- EN EL SISTEMA ROMANO

En Roma el, derecho tenía un sentido práctico más que teórico, ello no tenían todas las construcciones teóricas que conocemos en la actualidad, como dice la doctrina dominante no hubo categoría conceptual de contrato que hoy conocemos, pero solo existió el contrato entendido como *vinculum iuris*, menos una elaboración de teoría general del negocio jurídico, existía los contrato formales, sean verbales, o *verbis* se formaba con la ayuda de palabras solemnes de preguntas y respuestas, la estipulación, literales (*litteris*) exige sea celebrado por escrito, dando que el acuerdo de voluntades mediante su inscripción en un libro-agenda (contrato literal-*contractus qui litteris*), que requiere de una determinada formalidad, en los contratos reales o *re*, es la entrega de la cosa, contratos consensuales, por el solo acuerdo de las partes, porque no necesitaba para que se produzca, ni de escrito, ni de presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa; pues basta que consienta aquellas entre quienes se hace el negocio, como la venta, arrendamiento, la sociedad y el mandato. En todos estos contratos importaban para su formación la formalidad, y era *muneris clausus*, es decir una lista cerrada de unos números de contratos y otra característica es la bilateralidad de los efectos.

“El *Contractus* es lo contraído o la relación jurídica bilateral constituida. Etimológicamente, *contractus* es el participativo pasivo

del verbo *contrahere*, por el cual designa genéricamente “lo contraído”. Lo contraído es un negocio o, más exactamente, una *obligación (negotium contractum, obligatio contracta)*. (...) Entonces, el contrato es la bilateralidad de los efectos (*ultra citroque obligatio*) o la situación de obligaciones recíprocas”. (Morales, 2011, p. 119)

Se conocieron cuatro tipos de contratos reales: mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, lo cual es confirmado, también por las instituciones de Justiniano, según se observa de las citas antes mencionadas. Finalmente, se conocieron los contratos consensuales los cuales eran también, al igual que los contratos reales, contratos típicos, que requieran para su formación ya no la entrega de la cosa ni del cumplimiento de determinada formalidad, sino únicamente del consentimiento de las partes contratantes. De esta categoría, los romanos conocieron cuatro tipos: la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. (Taboada, 1996)

El primitivo Derecho romano fue eminentemente formalista; la causa no fue elemento de validez de las convenciones. Más tarde se admitió solo como un correctivo para evitar el conflicto entre la rigidez de las formas y la equidad. Se admitió definitivamente con el paso de los contratos formales a los consensuales con los cuales se atribuye efectos jurídicos a la mera voluntad del sujeto; el autor nacional afirma que no hubo causa como elemento del contrato. (Torres, 2001)

Debo de precisar, no había una conceptualización del contrato, menos de sus elementos como lo conocemos en la actualidad, porque tenían solo una perspectiva práctica del Derecho, sin embargo respecto de la causa la doctrina nacional señala; como se podrá observar, cuando se señala, cuando no existe ninguna causa, consta que no puede constituir obligación en base a la convención y que en consecuencia, el simple pacto no engendra obligación,

sino excepción, a nuestro entender se está señalando con toda precisión en el Derecho Romano, la causa es el elemento fundamento de los contratos, y que cumple a su vez la función de ser la razón justificadora de la existencia de un contrato, ya que el simple pacto, es decir, el mero acuerdo de voluntades al no tener una causa, no es contrato y por ello no engendra una obligación y una acción, sino simplemente una excepción. (Taboada, 1996)

De ninguna manera puede decirse que sea obvia la regulación de nuestro Derecho, en el contrato obligatorio, en principio, es un negocio jurídico causal. El tipo contractual dominante para la constitución de obligaciones era, según el Derecho romano clásico, la estipulación, y era, según nuestra terminología, un negocio abstracto. Como la promesa abstracta de deuda de Derecho vigente la estipulación del Derecho Romano era un negocio jurídico formal, si bien la forma era verbal. La forma consistía en que el *stipulador*, es decir, aquel que se hacía promitente, si le prometía la prestación, y el promisor lo prometía. La pregunta era de este tenor, por ejemplo, *sestertium V milia dar spondesne?*, y la respuesta: *spondeo*, esto es la interpretación alemana del Derecho romano. (Flume, 1998)

La causa *civilis* en los contratos verbales y literales eran las formalidades consistentes en las palabras orales o escritas respectivamente, en los contratos reales era la entrega de la cosa, mientras que los contratos consensuales la causa era el tipo contractual, es expresión de perspectiva francés (Taboada, 1996). Del cual debe precisarse que la causa se confunde con la formalidad, en tanto que forma es como se expresa la manifestación y otra confusión entre la razón de justificación y donde quedan las razón ordenadora del derecho insipiente en ese entonces, un ordenamiento jurídico peculiar y no teorizado.

Sin embargo, estos contratos, al igual que los contratos de la época clásica su fuerza obligatoria, no del simple consentimiento de las partes contratantes, sino de otro elemento que también se dio en llamar "*Causa Civilis*", el cual consistía, en este caso, en la ejecución del convenio por una de las partes. Llegándose por esta vía a la admisión de un esquema legal establecido para una cantidad numerosa (pero no limitada) de contratos, esto es, a la instauración de un esquema legal según el cual contratos son todos los conciertos de voluntades con prestaciones recíprocas en los que se hubieran ejecutado una de las prestaciones prometidas; a diferencia de lo que aconteció en el Derecho Romano Clásico, puesto que, en aquella época se establecieron un número cerrado de tipos contractuales, es decir, únicamente se admitieron esquemas legales establecidos para una determinada figura contractual (Taboada, 1996, p.150)

En el "Derecho romano-universal" la contratación romana comprendía cuatro categorías; los contratos reales, verbales, literales y consensuales tenían en la *causa civilis* por medio de la *res*, la *litteris* y el *solo consensus* (Morales, 2011). *Entendía a la causa como la razón de justificación de los efectos, como hoy lo conceptualizan, y como razón protectora de los contratos y de eficacia. El sistema formalista romano, y hoy que no exista dicho formalismo rígido no significa la desaparición del formalismo.*

Sin embargo, debemos tener presente que la doctrina romanista considera que la *causa civilis* cumplía una doble función: era limitadora de la eficacia del consentimiento y era productora del efecto jurídico. Es decir, era el fundamento de la eficacia jurídica de los contratos en el Derecho romano en general; y su elemento estructural el solo consentimiento, no basta ni siquiera para vincular. (Gette, 1997)

Discrepo en todos los sentidos en esta última cita en tanto, será afirmar que la *causa* sea un reemplazo del ordenamiento jurídico, por otro lado como, afirmar dicha proposición si en aquella época, no existía definición del contrato como hoy lo entendemos menos existía una conceptualización sobre los elementos

del contrato, menos de causa, ello es una interpretación errónea del Derecho romano.

En el derecho romano, lo contrario que afirma el autor nacional, y afirma lo contrario Flume (1998) señala que existe una promesa abstracta de deuda puede concebirse el modo que la cuestión de la causa de la promesa sea totalmente eliminada. Esa situación jurídica fue superada en el Derecho Romano cuando el Pretor concedió la *exceptio doli* frente a la acción derivada de una *stipulatio*, cuando la promesa de deuda había tenido lugar sin causa. Si cuando se exige el cumplimiento de una promesa abstracta se cuestiona la existencia de la causa, entonces la abstracción se manifiesta solo en la técnica del ejercicio procesal del derecho, tal como muestra el Derecho Romano de manera tan ilustrativa. El promitente debe invocar la falta de causa mediante la interpretación de la *exceptio* y si no se prueba la inexistencia de la causa, se estimara la demanda. Pues la promesa como tal, que solo puede ser paralizada con la *exceptio doli* por razón de falta de la causa. Con la concesión de la *exceptio doli*, según una formulación de Baldo, la promesa abstracta de deuda de la *stipulatio* se transforma en un *contractus aliunde causandus* en contraposición a los negocios causales del Derecho de obligaciones, *qui sunt causa sui ipsius*. (Flume, 1998)

Los romanos no hacían de la causa un requisito de formación de los contratos. En la época clásica, el pretor intervino indirectamente para sancionar la falta de causa o la causa ilícita, concediéndole al deudor una excepción de dolo, o una acción fundada sobre el enriquecimiento injusto del acreedor (Mazeud, 1960)

En suma, al causa en el sistema romano se desconocía, solo hay un sector que trata de hacer interpretaciones, aun así, en el derecho romano nos sirve de referencia, **y nuevos instrumentos epistémico debemos de investigar**

partiendo primero de una realidad y lo historio es una referencia para entender, y no por razones históricas de debe aceptar premisas. Solo como requisito se imponía el formalismo extremo. Para otros existió la causa en el derecho romano, pero no el imperativo histórico puede ser, razón de justificación científica en tanto que cada realidad social tiene sus propias características y necesidades, y instrumentos epistémicos para explicar los fenómenos sociales actuales. Además tenemos que pensar con aquí y ahora, como peruano y latinoamericanos.

El sistema contractual romano, la causa solo se revela en el campo extranegocial (*ex varit causarum figuris*), o a lo sumo en con contratos innominados (De los Mozos, 1987)

“Se utiliza a veces la palabra causa en sentido muy diferente. En derecho romano, la causa era la formalidad verbal, la entrega de la cosa o el cumplimiento del *factum* necesario para el nacimiento del contrato formalista, real o innominado; la causa era. Pues, la causa eficiente, generadora del contrato” (Mazeud, 1960, p. 292)

En primer lugar, el derecho romano ignoraba la noción de causa final. El contrato era válido en derecho romano por fuera de cualquier referencia a su causa. “Es lo que se denomina un acto abstracto, esto es, un acto separado de su causa, un acto jurídico para el cual la causa no es una condición de validez. Por tanto, en derecho romano no era posible anular un contrato con el pretexto de que no había causa o que la causa del contrato no era válida porque la licita o inmoral” (Larroumet, 1994, p.353)

Para los romanos, la causa era causa eficiente o entrega de la cosa, que daba vida al contrato. Incluso cuando llegaron a conocer los contratos consensuales, no imaginaron que la razón que determina al contratante pueda ser un requisito de formación del contrato. “Se explica así que las obligaciones del vendedor y

del comprador en la compraventa romana fueran independiente en gran medida” (Mazeud, 1960, p. 293)

El requisito de la causa tampoco existe, como elemento constitutivo de la validez del contrato, en Derecho romano. “Lo que los romanistas llamaron luego causa *civilis obligandi* eran aquellos singulares requisitos –*datio*, forma o tipo contractual- que comunicaban al convenio ente dos partes vinculantes que sin ellos no hubiera tenido, como la tenía los *imples pacta*. Los contratos se formaban en virtud de una de las cuatro causas”: *re, verbis, litteres, consensu*” (La Cruz, 1994, p. 440)

La formalidad – y a veces la ejecución de las prestaciones como en el caso de *contractus* re-romano lo asimila con la causa, y esto como fundamento de la producción de efectos jurídicos; pero como va existir causa, si no tenían una definición de contrato, menos regulaban ni conceptualizaban a los elementos del contrato, y menos la causa como elementos, ya es una invención para justificar históricamente la causa e imponer en los sistemas actuales. Además las diversidades de formalidades, no era otra cosa la regulación de los contratos especiales en ese entonces. En roma, lo general era los contratos típicos, como hoy lo típico es lo generalizado los contratos atípicos son la excepción.

B. En el Digesto

Ello después de la época clásica, donde los ciudadanos se comprometían recíprocamente, de allí nacía la acción civil y la obligación.

En otras palabras, si los contratos innominados eran contratos, ello dependía de la existencia de una causa, que en este caso específico era la ejecución de la prestación prometida por una de las partes contratantes; de forma tal que el fundamento obligatorio de estos contratos innominados, al igual que en los contratos típicos del Derecho Romano clásico, no era el simple consentimiento de las partes contratantes de prometer cada una de ellas una prestación en favor de la otra, sino la ejecución de

una de las prestaciones prometidas por una dichas partes (Taboada, 1996, p.93)

Y que en los contratos innominados la razón de justificación era el consentimiento y la causa, sin este último no eran capaces de producir efectos jurídicos los contratos, empero no es posible esta concepción por deja de lado a la norma jurídico, entonces la causa es la norma, y como entonces va hacer elemento del contrato, en tanto que la norma da el efecto.

Analizando de descrito, es incoherente en tanto que una cosa, es la causa como elemento constitutivo del contrato y otra cosa es la ejecución del contrato ya constituido, son dos cosas son distintas. Y los contexto de definición circunstancial son distintos, es por ello hablan *Do ut des, do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias*, que no es otras cosa que la ejecución de las prestaciones, y fue la fuente de evolución del contrato innominados. Y los contratos se van perfilando para una perspectiva consensual.

C.- En el Derecho Justiniano

Se reclama la prestación *actio prescritis verbis o actio in factum civilis*, donde nace los contratos innominados de carácter consensual. El fundamento estaba no en el consentimiento sino en la ejecución de las prestaciones.

Se elabora el esquema legal genérico, como una especie de formulario, se puede proteger por la ley, esquema legales abiertos, y la causa como límite legal a la genérica amplitud legal, en tanto que empieza a funcionar los esquemas atípicos.

En la codificación justiniana se trata de la *condictione causa data non secuta* en el Digesto, D, 12, 4, y de la *condictione ob causan datorum* en el Codex, C, 4, 6, y estos términos se han mantenido hasta hoy. *Condictio causa data causa non secuta* quiere decir: la *condictio* cuando se ha pactado una causa que no

se ha realizado. *Condictio ob causam datorum* quiere decir: la *condictio* de la prestación realizada en consideración a una causa. La palabra causa tiene el mismo sentido en el título del Digesto que en del Código. Causa es la razón por la que se realiza la *datio*. La causa puede ser una prestación del *accipiens*, pero también cualquier otra circunstancia por cuya razón la *datio* se hace. Así la *datio dolis* causa, esto es la entrega de la dote a la mujer, puede reclamarse que se restituya por medio de la *condictio* si el matrimonio no llega a celebrarse.

En el Derecho romano el *pactum* se encuentra en contraposición a los contratos obligatorios, que confieren una acción bien según el *ius civile* bien según el Derecho honorario. La afirmación del Digesto Jusitianiano D, 2, 14, 4, *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* es correcta en lo esencial para el Derecho clásico, aunque no proceda de Ulpiano bajo cuyo nombre Justiniano nos la transmitió. Por medio de pactos distintos de los tipos contractuales causales establecidos con contenido determinado como compraventa, arrendamiento, etc. Y del contrato obligatorio abstracto de la *stipulatio*, no se podía generar una *actio*, es decir, *mutatis mutandis*, un derecho de crédito en el sentido actual. (Flume, 1998)

Se basaba se basa en el *Corpus iuris*, y se crea la teoría de la *conditio iuris* (*conditio sine causa*) que se expresa la *causa finalis*, y que vincula a la naturaleza de la finalidad y esto se complementa la teoría del *vestimentun*.

D.-Glosadores (1100-1250)

Pero una revolución radical vino a producirse por la Escuela de Derecho de los glosadores, en los siglos XII y XIII en Bolonia. Esta escuela interpreto todo el Código Justiniano y difundió su conocimiento en el mundo culto. A la

poderosa fuerza de atracción que ejerció en Italia, como portadora de la cultura más elevada, como mediadora entre la civilización antigua y la moderna y como sede de la Iglesia que propugnaba por el imperio del mundo, vino a añadirse el especial incentivo que proporcionaba el estudio del derecho romano en pujante desarrollo.

No solo de Italia, sino de todas partes, sino de todas de Europa fueron atraídos los estudiantes hacia Bolonia, creciendo su número hasta diez mil. Los escolares estaban organizados por naciones, y había una *ratio* teutónica. Los glosadores y sus sucesores los postglosadores enseñaban el derecho romano, no como derecho de Italia, sino como derecho universal con vigor en todo el Occidente en aquello en que no se opusieran los derechos locales especiales. Fundaban esta doctrina, en parte, sobre la suposición, ya explicada, de la subsistencia del Imperio romano y, por otro lado, en el valor intrínseco, del derecho romano. “La coincidencia con las necesidades del tráfico, la realización de las leyes de equidad y, sobre todo, las ventajas formales de la clara formación de conceptos y su perfecta congruencia, determinaron que no solo se le presentase como el derecho lisa y llanamente, sin apelativos, como la *ratio scripta*” (Enneccerus, 1981, p. 8)

El trabajo principal se consagraba a la exegesis aislada. Se escribían breves notas (*glosase*) al *Corpus Juris*, al principio entre las líneas (*glossase* interlineares: en su mayoría aclaratorias de palabras) más tarde en el margen (*glosase marginalis*). De ahí el nombre de glosadores. El último de ellos, ACURSIO, refundió con enorme diligencia las glosas de sus predecesores y las suyas propias en un comentario consecutivo –*glossas* ordinaria o simplemente glosa- que se halla en todas las ediciones glosadas de *Corpus Juris*

(Enneccerus, 1981) *los glosadores desarrollaron un trabajo netamente teórico y no se ocuparon de temas prácticos.*

Los glosadores son los primero es desarrollar los elementos naturales del contrato, *naturalia contractus: essentia y natura.*

En la doctrina de los pacta, y los mismo en la *stipulatio*, veremos cómo se inicia el núcleo de una preocupación filosófica y moral que bien durante toda la época de loa glosadores se mantendrá en los límites de una concepción dual el Derecho, entre las exigencias teóricas de la ideología de la época y el respecto al Corpus iuris, se entenderá en el periodo siguiente hacia una concepción nueva del Derecho, y consecuentemente a una concepción del negocio jurídico totalmente distinta de la romana (De los Mozos, 1987)

Y por primera vez tratan sobre los contratos innominados; y hacen la diferencia entre nuda pacta (acuerdo de voluntades, cerca de los contratos innominados) y la *pacta vestitia* (en los contratos nominados).

Respecto de la causa extrínseca, causa impulsiva entendido como el motivo razonable, dentro una lógica escolástica, recién en esa época se convierte la causa como elemento de la voluntad, entendida como causa impulsiva que garantiza la certeza y la finalidad de la declaración contractual, causa de la acción, del comportamiento, propio de la filosofía escolástica. Causa como propósito o motivo último.

Los Glosadores al implicar causa y *conditio*, estableciéndose un precedente del paralelismo entre causa de la obligación o del negocio y causa de la atribución.

La primera se desenvuelve como causa *finalis* (subjativa), y a la segunda se le aplica el punto de vista de las condiciones solo instrumentales objetiva (De los Mozos, 1987)

La relación de la causa con la *condittio*, y esto está relacionado con los contratos innominados, ello también influenciado con la teoría de los títulos valores que en esa época tiene mucha importancia.

E.- En el Derecho Canónico

El repudio por el formalismo iniciado en Roma se acentuó en la Edad Media con el Derecho canónico, imbuido de un sentido religioso e inspirado en los principios de la moral cristiana, que consideró como un deber de conciencia a la obligación nacida del simple acuerdo de voluntades. “Toda promesa basada en razones suficientes como para obligar al deudor al deudor en conciencia debía cumplirse; lo contrario constituía pecado mortal. Los canonistas proclamaron la regla *ex nudo pacto ius*” (Torres, 2001, p. 263)

Por derecho canónico entendemos el derecho creado en la Edad Media por los órganos de la Iglesia, especialmente el derecho del *Corpus juris canonici*, el cual, en esta recopilación decisiva para la aplicación, cierra el ciclo del derecho que deriva de la autoridad eclesiástica.

El derecho canónico no es modo alguno exclusivamente derecho eclesiástico, pues ha transformado esencialmente el procedimiento civil y penal, ha influido sobre el derecho penal sustantivo y ha creado una serie de reglas aisladas relativas a la esfera del derecho privado. No se ha formado independientemente, sino que se apoya principalmente en el derecho romano, al cual modifica (en términos muy diversos según las materias jurídicas singulares). “Es completamente extraño al derecho germánico, siquiera en alguna que otro aspecto haya recibido también el influjo de las concepciones germanías. Sin embargo, más tarde ambos círculos jurídicos se han influido y esencialmente” (Enneccerus, 1981, p.20)

Después en los canonistas imperantes la idea religiosa, y primo más la conciencia y el individualismo exagerado la expresión de ello, fue la voluntad se resalta en primer plano, el subjetivismo por ello primo la teoría de la culpa y del pecado, y la manifestación de voluntad debería de emitir con la causa final.

Por haber proclamado las canonistas el principio de consensualismo, fueron conducidos a un examen más preciso de los elementos del contrato sobre los que se funda la voluntad. “El consentimiento no obliga más que si descansa sobre una causa verdadera y solo si, no ha sido dictado por motivos inconfesables; si la causa es falsa, las partes no han contratar; si la causa es inconfesable, las partes no deberían haber contratado” (Mazeud, 1960, p. 294)

De parte, los canonistas contemplan en el contrato era un acto humano inserto en un sistema ético, algo más que el simple intercambio de consentimiento. El contrato no vincula sino cuando reúne condiciones de veracidad y moralidad, si la operación es simulada las partes no han querido contratar, si la finalidad del contrato es inconfesable las partes no hubieran debido contratar. La finalidad perseguida por el contrato debe ser, dice Baldo, “conforme a la paz”, “a la concordia”, deber ser moral. Pero además “los canonistas subrayan la interdependencia de las obligaciones nacidas sinalagmáticas para cada una de las partes, en virtud de la cual ninguna de ellas está obligada a cumplir su deuda si la otra parte rehúsa pagar la suya: *non servata fides non est fides servanda*” (La Cruz, 1994, p. 441)

El derecho canónico aporto al contrato los siguientes conceptos: a) el respeto de la promesa, pero también la libertad necesaria para el contrato, que no existe cuando la voluntad está viciada o ha sido necesario que la voluntad tenga una causa, pero también que la obtención de ella no suponga una causa irrazonable, por ejemplo, por un hecho imprevisible en las condiciones

económicas; c) la moral, que permite analizar la intención de los contratantes, tanto en su finalidad como en su objeto, si bien solo en lo relativo a la ejecución del contrato, el cual no puede convertirse en un vínculo de iniquidad al permitir a una de las partes que abuse de la otra. (Albelardo, 1999)

El derecho canónico dedujo, en primer lugar, el principio de conexión de las obligaciones, la tesis canónica se resume en el siglo XIII en la fórmula: “*Non servandi fidem, non est fidem servanda*”: no hay que mantener la propia palabra con respecto a la persona que no mantiene la suya. “La necesidad de la causa abstracta como requisito de validez estaba planteada: cada obligación debe tener por causa la obligación correlativa del otro contratante. Los juristas adoptaron sin dificultades la noción de causa abstracta así deducida; Beaumanor escribe en el siglo XIII: “si debe saber el juez la cosa de que tal deuda viene, antes que la haga pagar” (Mazeud, 1960, p. 294)

El derecho canónico fue decisivo para la teorización de la causa, no solo ello sino fue el nacimiento propiamente dicho de esta teoría, y en base a esta premisa solo le dieron justificación historia, en tanto que influido en las cuestiones valorativas en el derecho, es decir una finalidad de moralizar la causa, y como también en la actualidad la vigencia de la causa no solo es una situación moralizadora en los negocios jurídicos o contratos, y la causa, como una forma de contralar la direccionalidad de la declaración de voluntad, es decir buscar causa lícita. También se debe tomar en cuenta el oscurantismo de la Iglesia, de no permitir en avance científico y no justificar científicamente sino toma en base de la moral, expresión de ello es la Causa de los contratos.

Y la *nuda pacto* debería de vestirse con el juramento con el fin lícito, honestos, con ello tener ciertas condiciones de moralidad y veracidad; y sobre todo el

control del contenido y su finalidad, y obligar a la interdependencia de las obligaciones; *pactus nudus obligat*, con posterioridad en consentimiento es válido sin necesidad de ninguna forma allí cambia la teoría de los contratos y nace la teoría de los contratos, y esto lo acogieron los iusnaturalistas aceptando el principio del solo consentimiento existe contrato, empero allí la causa razonable de validez también es la causa, entonces se debe buscar profundamente el origen de la obligación y contratos en roma, porque como se sabe, era el imperativo de la voluntad producía los efectos jurídicos, empero también existía normas que lo regulan porque en esa época en contra del absolutismo también nace el principio de legalidad por tanto donde esta que la voluntad solamente produce efecto y entonces donde esta ese principio?; donde está la causa?, o no existe la causa.

Como se podrá, observar, los canonistas, todavía no se habían alejado del todo de la doctrina romana de la causa civiles conservada por los civilistas, puesto que para que el nudo pacto produjera obligaciones civiles debía estar vestido y esta veste, era según su doctrina, el juramento, sin embargo, pues la promesa ilícita, incluso jurada, por su sola ilicitud constituye por sí mismo perjurio. (Taboada, 1996)

Primero fue el Derecho canónico, que se liberó de esta máxima. Ya Bartolo nos informó de que en la *curia mercatorum, ubi denegotio potes decidi bona aequitate*, no se podía alegar que un acuerdo solo se había celebrado como *nudum patum*. La admisibilidad de la acción derivada de un *pactum nudum* ante los tribunales mercantiles se mantuvieron en la época posterior.

“La doctrina según la cual el negocio obligatorio requiere una causa para su eficacia está muy vinculada materialmente, en la evolución histórica romana referente al *nudum pactum*, con el reconocimiento del *nudum pactum* como

negocio obligatorio valido. El reconocimiento del *nudum pactum* va acompañado del rechazo del contrato obligatorio abstracto” (Flume, 1998, p. 208)

La primera es la influencia que ejerció el derecho francés de los contratos. Fueron los canonistas de la Edad Media los primeros que despejaron la noción de causa. Después de haber puesto en evidencia al respecto de la palabra empeñada fuera de cualquier condición en forma (*pacta sunt servanda*), en contraste con el derecho romano, lo que condujo a la autonomía de la voluntad y al consensualismo, destacando el elemento psicológico en la formación de la relación contractual, ellos consideraron que la voluntad no podía obligar válidamente sino cuando se basara en una razón - uno se obliga porque lo quiere-, pero no puede querer sin razón. Ahora bien, esta razón no es igual según se trate de un contrato a título gratuito o de un contrato a título oneroso; la razón no es tampoco la misma según que se trate de un contrato unilateral o de uno sinalagmático.

Especialmente en los contratos sinalagmático los canonistas fueron primeros en demostrar la interdependencia de la obligaciones originarias por el contrato a cargo de cada una de las partes (una se compromete para con la otra porque esta se compromete para con la primera). De esta manera se justifica económicamente la voluntad contractual. Sin embargo, también era preciso tener en cuenta elementos morales que integraban en la causa, más allá de la función económica, ciertas razones mucho más precisa que autorizaban permitir no garantizar la ejecución cuando el fin perseguido no estaba conforme con la moral. Ya, a los canonistas, por lo tanto, había puesto de relieve la doble función de la causa, “aunque rápidamente surgieron controversias sobre si no había un límite para tomar en consideración todas las razones particulares que

una de las partes podían tener para celebrar un contrato”. (Larroumet, 1993, p. 355)

Lo valioso de los aporte es que tratan de explicar la causa ilícita o inmoral, en los contrato de préstamo de la usura. Que los contratos no deben ir contra las buenas costumbres y las leyes, y poco le importaba la atipicidad o tipicidad que se exigía los romanos sino lo que importaba más, era la moralidad o la honestidad de la causa en el desplazamiento patrimonial y la teoría de la teorización de la *bonae fides*.

La causa en sentido moralista y el acuerdo de las voluntades era fuente de la fuerza obligatoria, producto de la espiritualización del contrato influenciado por el cristianismo, en tanto que un comportamiento debe ser ajustado a la moral cristiana, influenciado por el discurso ético y religioso. Y al parecer la causa fue producto de los canonistas, en tanto que toda obligación debió tener una causa.

F.- En la Escuela del Derecho Natural.

Los representantes fueron Grocio (1583-1645), parte del hombre como ser social, y señala por primera vez del *pacta sunt servanta* y el fundamento era el consentimiento, como fundamento de los contratos y Pufendor (1632-1694), y Wofl (1679-1769), se encargaron de la clasificación de los contratos; parte del acto humano dotado de un poder creador de la relación jurídica, la voluntad de obligarse es la única causa de la obligación (consentimiento obligatorio): la causa civilis desaparece; en tanto que solo el consentimiento era el único elemento necesario del contrato.

El representante de esta escuela, en presencia de las dos doctrinas, existentes sobre la causa: la civilista y la canonista, optaron por una concepción moderada. “De un lado, aceptaron el principio canónico entre contrato y pacto

no hay diferencia, desechando la concepción civilista de la causa, conservadora de la doctrina romana de la **causa civilis**, que establece la radical separación entre contratos y pactos, por considerar que estos últimos parecían de una causa que los hiciera merecedores de la tutela legal” (Taboada, 1996, p. 101)

Esto quiere decir que los iusnaturalistas aceptaron el principio del consensualismo, en el sentido de que cualquier acuerdo de voluntades sin formas la ejecución de una prestación podía ser considerado como un contrato, pero ello no quiere decir en modo alguno que el principio del solo consentimiento signifique que para la validez de un contrato se requiere únicamente del consentimiento de las partes contratantes. Era también necesario una causa razonable o causa jurídica. (Taboada, 1996)

Una perspectiva diferente toma el camino en su evolución del derecho alemán, a lo que describe el autor nacional; En Alemana, después de la recepción, ya en el siglo XVI no se aplicaba en la práctica la máxima de la falta de acción del *nudum pactum*. Wesenbeck declaraba en su obra –muy influyente durante mucho tiempo, publicada primero (1565) bajo el título Paratitla, después como Comentario *in Pandectus iuris civilis et codicis Iustiniani* libros- a propósito de D, 2, 14, N, 9: *communis opinio est, et ita usus observat, ut indistinctae ex Partis Nudis serio et deliberati iniis, etiam in foro Civili hodie detur actio*. El mismo Wesenbeck aprobó ese *usus*. Por el contrario, la doctrina jurídica del siglo XVI mantenía todavía la antigua máxima según la cual no se puede accionar con base en un *nudum pactum*. En el *Usus Modernus*, sin embargo, la máxima fue completamente superada. Finalmente, lo único que todavía se discutió en la doctrina fue en donde estaba el fundamento de que el *nudum pactum* estuviera dotado de acción, si en el Derecho natural, en el germano, en

el canónico o en el Derecho consuetudinario, o simplemente en que el *nudum pactum* había ocupado el puesto de la *estipulatio*. (Flume, 1998) Esta evolución fue para construir un negocio abstracto.

Como la causa del contrato, es como único límite de la autonomía de voluntad, por otro lado, la desaparición de la causa como elemento del contrato lo convierte en la causa de la obligación, para sostener la existencia de la causa.

G.- Jean Domat.

Jean Domat de Luis de Luis XIV, considerado como el padre de la teoría de la causa basado en las enseñanzas de Grocio y del racionalismo jurídico, en su obra "*las leyes civiles en su orden natural*" ("*Les lois civiles dans leur ordre naturel*") inicio la elaboración de la teoría general de la causa. Comienza afirmando que no existe obligación sin causa y advierte que la convención (contrato, tratado o pacto) es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas una obligación, extinguirla o cambiarla. Torres (2001, p.263) señala que las convenciones pueden ser: a) de dar una cosa por otra; b) de hacer algo en beneficio recíproco; c) el uno hace y el otro da (ejemplo, la locación de servicios); uno da o hace que el otro de o haga nada, luego la forma que ningún convenio obliga sin causa. Es decir tuvo influencia en el racionalismo de su época.

"La doctrina francesa es influenciada por el Derecho romano por la praxis del tráfico mercantil y por los conceptos de la Escuela del derecho natural racionalista, y sobre todo una interpretación sobre el derecho romano" (Morales, 2011, p. 174)

Domat fue el primero que ha tratado para el desarrollo de la teoría de la causa justificando en el derecho romano, fusionando la perspectiva racional naturalista, y vuelve a proclamar el principio de *solo consensus obligat y este*

como fundamento de los contratos expresión de individualismo exagerado de esa época, ya desarrollado por la doctrina del derecho natural; y conceptualizo al contrato como el consentimiento para crear, modificar o resolver obligaciones; y, considero a la causa como el motivo razonable e justo (investiga los móviles, desde la perspectiva subjetiva o de la finalidad que persiguen las partes, a su vez como fundamento de las obligaciones), hablo de causa de la obligación, entendido a la descripción de la funcionalidad de la obligaciones sinalagmáticas lo entiende como causa, en otros términos a su misma ejecutabilidad, y contrariamente en el sentido del discurso, decir que la causa, era fundamento de la obligaciones mas no del contrato. Por otro lado el término de la causa de la obligación no tenía sentido en tanto que después de un contrato valido nacía, la obligación, y después de ello se ejecutaba la obligación, decir causa de obligación solo era la ley o el contrato, desde una perspectiva naturalista o causa-efecto; por dicha razón la proposición causa de la obligación es ambiguo o vago (Morales, 2011). En dicho autor influyó mucho la ideología del derecho canónico o fue el continuar del derecho canónico.

La obra de Domat, en el XVII. Este autor llega a la conclusión de que la presencia de una causa es un requisito esencial de la obligación, de modo que no hay obligación sin causa. “La idea, en sí, es evidente: nadie se obliga meramente por vincularse, sin razón ulterior. El compromiso del uno es el fundamento del otro compromiso del otro” (Josserand, año, p. 95)

Es por ello, precisamente, que los autores clásicos que elaboraron la teoría clásica de la causa, que la entiende como el fin inmediato y directo que persigue el deudor al contraer con los contratos sinalagmáticos, en los contratos reales y en los contratos a título gratuito, y en general la mayor parte de la doctrina francesa, consideran que las ideas de Domat, a través de la

doctrina de Pothier, han sido la base de la noción clásica de causa de la obligación, como elemento del contrato. Y, así, se habla, según esta concepción clásica, de la causa de la obligación en los contratos sinalagmáticos, en los contratos reales y en los contratos a título gratuito (Taboada, 1996). Como entendía la causa como la finalidad del consentimiento o declaración de la voluntad de las partes esto se confundió al mismo tiempo como el objeto u objetivo que perseguían los contratantes, como en el caso de la compraventa la causa era vender el bien y recibir el precio, pagar por el bien y recibir el bien.

A esta situación se llega por un largo proceso de adaptación del Derecho romano a las necesidades nuevas, primero a propósito de los conflictos de leyes entre *ius commune* y *ius proprium*, a través de la doctrina de la causa *legis*, en la intervienen impostaciones morales y filosóficas que conducen a la apelación a la *aequitas*; después esto mismo se plantea en relación con los actos privados y en particular en orden a la doctrina de los *pacta* y de la *stipulatio* y en este terreno en una lucha secular empeñaba contra el antiguo formalismo y contra el rígido sistema de contratación romano basado en un *numerus clausus*, acaba por triunfar el consensualismo; y, con ello, la voluntad, el fin, a aparecer como la causa *iuris* que fundamenta los *pacta*, y que se identifica con la causa *finalis*; la cual se había distinguido ya de la causa impulsiva, que viene a ser el motivo; como causa próxima, para distinguir de la causa remota (*titulus*) y proclamándose categóricamente, una vez que la doctrina se torna cada vez más elevada y filosófica, el principio de causa, *cessat effectus* (De los Mozos, año)

La causa *finalis*, entendido como objeto *intellectum*, es decir el fin perseguido por la voluntad, y ello se partida desde el plano de la filosofía la doctrina de la

filosofía de la causalidad (causa-efectos), ello a añade el triunfo del consensualismo, es decir la dirección de la voluntad y la perspectiva moral que imperaba en aquella época.

“El mérito de Domat estriba en haber sistematizado las concepciones de los canonistas sobre la función económica de la causa. Para Domat la causa es siempre una misma en una determinada categoría del contrato y se distingue del motivo” (Larroumet, año, p. 356)

Con la liberación general de la máxima de la falta de acción del *pactum nudum* se creó el contrato obligatorio causal con libertad de las partes para la configuración de su contenido. A partir de entonces resultó una notable diferencia entre la evolución jurídica francesa y la alemana. Mientras que la evolución francesa, la doctrina de la causa se impuso bajo el influjo de Domat (1625) y Pothier (1699-1772), y encontró acogida en el Code civil (art. 1131), y la doctrina alemana no trató ya de la causa como fundamento de la obligación en relación con los contratos obligatorios causales. “La eficacia de la promesa abstracta de deuda, permaneció indiscutiblemente en el Derecho Común alemán hasta el BGB se decidió entonces por el reconocimiento del contrato obligatorio abstracto” (Flune, año, p. 209). Es decir la influencia fue decisiva mediante el Art. 1101 del Code de 1804 incorpora el modelo traslativo, e incorpora el principio de autonomía de voluntad.

Habla de motivo justo y razonable –como extraña que a la fecha se sigue hablando dicho termino- y lo que no ha utilizado es el causa ilícita, aquello que contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres y que solo dicha ilicitud es aplicable a los contratos, y producía la nulidad del contrato y la obligación de reparar el daño, y que la ilicitud o licitud de devenía del contrato en su totalidad y no solo de la causa. Es decir para Domat no conocía la causa ilícita por sí misma, solo existe la causa torpe, y causa manifiesta.

De esta manera, Domat (Citado por Torres, 2001) lo que desenvuelve es la causa de los innominados, que desarrolla, en el juego de las obligaciones recíprocas (...). Además, Domat hablaba de la causa de la obligación, no de la causa del negocio, lo que nuevamente nos confirma es un error, ya que la causa de la obligación.

Domat estudia la causa final en tres tipos de contrato:

- a) En los contratos sinalagmáticos, el compromiso de una de las partes es el fundamento del asumido por otra, es decir, la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra y el contrario, esa es la finalidad que ha llevado a cada cual a contratar. Por ejemplo, en la venta, permuta y arrendamiento de servicios, dice Domat, el vendedor, permutante o arrendador se ha obligado a entregar una cosa a pagar un servicio porque, a su vez, el comprador, permutante o arrendatario han contraído las obligaciones de pagar un precio, dar otra cosa o prestar un servicio.
- b) En los contratos en que una sola de las partes aparece obligada, como el préstamo, la obligación del que toma prestado ha sido precedida de la entrega hecha por el prestamista para que surja las convenciones (en la terminología moderna a estos contratos como contratos reales). Así, la obligación que se forma en este tipo de convenciones de uno de los contratantes, tiene siempre su causa en lo hecho por el otro. La entrega del préstamo que hizo el acreedor es la causa de la obligación del deudor;
- c) En los contratos gratuitos, el compromiso de quien da tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo que puede ser un servicio prestado u otro merito donatario, o el solo placer de hacer bien. Y motivo tiene lugar de causa de aquel que recibe y nada da (Torres, 2001)

H.- La doctrina de Pothier

Pothier (1699-1772) jurista francés en su obra Tratado de las Obligaciones, hace una unificación de la causa del contrato y la causa de la obligación, clasifica la causa: onerosa, gratuita.

Hace una definición de contrato entendido como el acuerdo consensual por el cual las partes obligaban recíprocamente de dar, hacer o no hacer; y, que el convenio es similar que el contrato, que tiene por objeto formar compromiso y era la principal fuente de la obligación; y los vicios que pueda afectar es la causa deshonesto e ilícita, en tanto que todo contrato tiene que tener causa honesta (cuando hace referencia a dicha proposición no es otra cosa que la influencia moralista del derecho canónico), es por primera vez que se habla la causa ilícita –fue un término nuevo- referido a los motivos subjetivos (cuando ofende la justicia, las buenas costumbres, o la buena fe, dicho contrato es nulo, era una distinción entre inmoral e ilegal y legal e moral; dando relevancia a los motivos subjetivos de las partes) y que hasta la fecha ha traído muchos problemas, no es otra cosa que la expresión de muchos diversas interpretaciones. Y si, el contrato no contiene ninguna causa o es falsa, el contrato es nulo.

Y en aquella época recién se hacia la distinción entre obligación es prestación, esta última entendida como la ejecución del primera, que son términos que se fueron ingresando al lenguaje del derecho.

Y aún tenían la contradicción de señalar que la causa como elemento del contrato, es decir la causa de la obligación como factor para producir la obligación; **como puede existir un elemento que es parte de algo y a la vez esta parte puede ser un efecto, no tiene coherencia lógica de dicho discurso.**

De esta manera, resulta bastante claro, como Pothier, sigue las ideas de Domat, rechazando los principios del sistema romano de contratación, aceptando el principio del solo consentimiento, y aceptando finalmente la noción de causa, pero refiriéndose literalmente la concepto de causa de la obligación en los contratos interesados y en contratos gratuito (Taboada, 1996). Y entendía a la causa de la obligación como fundamento de la eficacia obligatoria del contrato.

Todo lo estudiado por el autor francés se materializa en el Código Civil francés, producto de ello nace la causa como elemento del contrato, **es decir con un fin moralizador o como dicen cómo controlar la dirección de la declaración de la voluntad y que hay postura actuales**, que recogen: "...Por eso, las preguntas que plantean la causa, están referidas a lo que los sujetos quisieron obtener con la celebración del contrato (...) a la finalidad con la que lo ha celebrado (se quería donar) y a la pregunta de si dicha finalidad es moral, racional o lícita (no lo es, si pretende perjudicar a tercero). La causa responde, entonces a la pregunta del "para que" del negocio. Y como hemos señalado, preguntarse por los "*para que*" del acto celebrado, implica decir abierta una "ventana" al control estatal de los actos privados, para aprobarlos o rechazarlo en beneficio de la sociedad en general..." (Zusman, 2007, p. 110)

Es decir la ideas de Pothier, aún están vigentes en nuestra patria, en la interpretación del Art. 140.3 de nuestro Código Civil; lo que es extraño es que, **el ordenamiento determina si es lícito o lícito un negocio jurídico o contrato, por otro lado la moral en sí mismo, influye en la dación de la norma, pero no aplicación del derecho, al final lo que importa es la moral normativizada.** Por otro lado es contraproducente, en una económica de

mercado, existe razones para controlar la libertad. **Bueno solo tiene sentido decir que la causa nació con Pothier y Domat con fin moralizante.**

En suma la causa, entendieron como la finalidad o el móvil del vínculo que cada contratante asume, móvil ligada a la finalidad perseguida, y que cambia según la característica del contrato de; y establecen como un elemento fundamental del contrato, no es otra cosa que el subjetivismo dominante de aquella época, que surgió en la praxis del mercantilismo fruto de la escuela derecho natural racional.

I.- La Doctrina de los Redactores del Código Civil Francés.

La codificación del derecho privado francés, después de haber fracasado un primer proyecto en la Convención nacional (1793), fue emprendida de nuevo por el primer Cónsul Napoleón (1800), y el código, rápidamente confeccionado y repetidamente revisado, fue publicada el 20 de marzo 1804 con el título de “Code civil des Français” y de nuevo en 1807 como “Code Napoleón” (...). En Alemania rigió hasta 1900 en toda la izquierda del Rin y, de tanto, en la mayor parte de la provincia remana, en el principado de Birkenfeld perteneciente a Oldenburgo, en Rheinhessen, e, Palatino bávaro y Alsacia-Lorena, en la orilla derecha del Rin solo en la que entonces eran parte del antiguo Ducado de Berg. Deroga no solo el derecho común, sino también, prescindiendo de especiales salvedades, los derechos particulares (Enneccerus, 1981, p. 28), es decir el código civil francés ha influido mucho en el orbe, sin embargo en Alemania seguía su derecho común, y la respuesta de su orgullo nacional alemán es el comienzo para la teorización de su propio derecho nacional. Fue como entendido como causa de la obligación y no como elemento del contrato.

Los redactores fueron: Jean-Mric-Etienne Porteles, François Denis Tronchet, Jacques Maleville y Felix-Julien-Jean Bigot de Preameneau. Fue los franceses, fue código a los alcances de los ciudadanos, dentro de un lenguaje que podían entender.

En la historia de nuestra codificación en 1852 era la medida de una reelaboración de las Instituciones de Gayo, y no adaptación del Código de Napoleón de 1804.

En el Art. 1.201, a imitación del Código civil francés artículo 1.108), establece con impropiedad de dicción (...) como requisito esenciales para la existencia del contrato, que dudemos entender a la validez, el consentimiento, el objeto y la causa de la obligación que se establezca que: “ En los contrato onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en la remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”. Olvidando de esto modo la profunda enseñanza del viejo aforismo jurídico: *omnis definitio periculosa est*. Pero sirviendo este caso de pauta al interprete, pues la esta manera se indica que el Código acoge sin reservas la doctrina de DOMAT, de cuyo desarrollo hemos tratado anteriormente. Seguidamente, el artículo 1.275 se refiere al efecto que produce la falta de causa (no producen efecto alguno los contratos sin causa) o la causa ilícita (o con causas ilícita) refiriéndose a esta (cuando se opone a las leyes y la moral), siguiendo de modo al patrón francés y apartándose en este punto de la propia doctrina de DOMAT, que como vimos no trato de la causa ilícita. (De los Mozos, 1987)

El código francés ha influido, en nuestro primero código Civil de 1852, que ignorado la teoría del negocio jurídico y acogió el causalismo clásico,

refiriéndose a la causa como requisito de validez de los contratos, como “causa justa para obligarse”

J.- En el Derecho Alemán:

J.1 Antecedentes de la Escuela

Los historiadores señalan que los que cambiaron la cultura jurídica germana son Gustav Hugo, Friedrich Karl von Savigny y Georg Fiedrich Puchta, que tomo el nombre de pandectista, que a la vez tiene su origen en la obra de Christian Wolf, que tuvo sus primeros interpretes a David Bettelbladt y a Jojann Stefan Putter, donde se gesta la parte general que abarca definiciones generales, algunos principios fundamentales similitud al esquema de las instituciones justinianas, y marcado por una fuerte espíritu nacionalista, como señala Tarello, El desarrollo de la escuela filosófica, en los últimos años del periodo considerado, estuvo condicionado por el problema de la codificación. “Más precisamente, por el problema planteado por el Código napoleónico, este se convertido en código vigente en los territorios alemanes anexados al Imperio napoleónico; y también en otros territorios germánicos, especialmente en los pequeños estados, en medio de la cambiante situación política, un movimiento intelectual se planteó el problema de si no sería oportuno extender su aplicación, o bien formar sobre su modelo un Código único para territorios germanos” (Tarello, 1995, p. 99)

El fundador de la historia alemán CONRING (profesor de Helmested) y después de LEIBNITZ, señalaron la importancia de un código general, pero sin que sus advertencias tuvieran eco duradero, antes bien, el derecho se dividía siempre más profundamente por obra de los derechos municipales y territoriales, y más tarde mediante las grandes codificaciones que, por esto

mismo, eran doblemente perjudiciales para la unidad jurídica. Es un mérito de la Ciencia alemana, principalmente de las Universidades alemanas, el haber mantenido, a pesar de todo, los pensamientos de unidad dedicando casi todo su trabajo al cultivo del derecho común. Verdad de que esta suerte los derechos territoriales y, de consiguiente, los pensamientos jurídicos germánicos han sido con frecuencia maltrechos en exceso.

“La vibración nacional de las guerras de independencia dio nueva vida a las aspiraciones unitarias. El profesor de derecho de Heidelberg, THIBAUT, pidió en 1814 un código general para Alemania, en orden a profundizar la formación jurídica y oponer un contrapeso importante al fraccionamiento político. Hallo una adhesión decidida” (Enneccerus, 1981, p. 30)

El Código civil alemán fue fruto de la cohesión, de una tarea de unificación del derecho, luego de dos proyectos y mucha discusión de las universidades y de la sociedad civil. Producto de él

J.2 Características esenciales del Negocio Jurídico Alemán

El derecho alemán tiene su propia interpretación del derecho romano dentro de su perspectiva historicista, dentro de esa línea no existe la causa como un elemento propiamente dicho; algunos autores a ello lo denominaban a la atribución patrimonial.

En el BGB, se conoce los contratos obligatorios abstractos la promesa de deuda y el reconocimiento de deuda, ellos equivale a la *stipulatio* del Derecho Romano, ya no es verbal sino escrito, que solo se somete a la declaración del deudor, y esto tiene mayor importancia para el tráfico económico cuando se incorpora en el título valor, dicha promesa del deudor.

El contrato obligatorio, aunque que sea abstracto, es decir, aunque la causa no está incorporada a él y el crédito surja a pesar de la falta de causa, no constituye, sin embargo, para el acreedor una posición jurídica que sea independiente de la causa de la atribución del crédito abstracto. Si mediante un contrato obligatorio abstracto se constituye un crédito por causa de donación, entonces rigen las normas de la donación para el contrato obligatorio y para la relación jurídica creada por él. La promesa requiere en este caso forma notarial o judicial, y la relación obligatoria constituida por el contrato obligatorio abstracto por causa de donación se somete a las reglas de la donación. La promesa abstracta de deuda que tenga como causa la retribución por el corretaje matrimonial (...) (Flune, 1998, p. 209)

En el derecho alemán se habla de causa a propósito injusto (Art 812 a 882); pero, en todo caso, la causa no es un requisito extrínseco del negocio; como sucede en los Derechos latinos, se trata de mera causa naturalis, no de una causa civilis y viene representada exclusivamente en sentido subjetivo, conforme a esa concepción aludida, como la finalidad querida por las partes (acuerdo sobre la causa) (De los Mozos, 1987), esto tiene coherencia en tanto que la causa como elemento intrínseco del negocio jurídico, como lo concibe, el sistema francés.

La doctrina alemana del negocio de atribución poder de relieve la continuidad sustancial de esquema, tanto para los negocios traslativos de los derechos reales como respectivos de los negocios obligatorios; de este modo se confunde la causa del negocio jurídico con la causa de atribución. No obstante, el planteamiento respecto de la continuidad interna del negocio de atribución es perfectamente correcto. Esto provoca un paralelismo entre el mecanismo de los negocios reales (que sirven para la constitución, modificación, transmisión y

extinción de la propiedad y de los derechos reales) y las normas del cumplimiento de las obligaciones

Otros señalan la atribución como la causa, lo cual es falso en tanto que solo es parte de los negocios patrimoniales, como señala Flume,(1998) Dentro de los negocios patrimoniales se distingue los negocios de atribución de los negocios jurídicos que no la contienen. Por atribuciones se entienden todo enriquecimiento del patrimonio de otra persona. Los negocios jurídicos de atribución, a su vez, se dividen en onerosos y gratuitos.

A diferencia del derecho francés, el derecho alemán no hace de la causa final una condición de validez del contrato. (Flume, 1998) Sino está regido por el principio de abstracción y separación, que son principios ejes del negocio jurídico.

a) PRINCIPIO DE SEPARACION

El negocio abstracto de disposición más importante es la transmisión de la propiedad. Por eso, también desde siempre, el problema de la relación entre de disposición y causa, se ha discutido preferentemente a propósito de la transmisión de la propiedad. Desde el Derecho Romano se ha tratado del problema de si la transmisión de la propiedad mediante la tradición exige una *iusta causa*. Este problema de la *iusta causa traditionis* precisamente tiene una historia que ofrece rasgos dramáticos. La discusión científica renovada constantemente a lo largo de los siglos ha tenido su punto de partida en una de las antinomias más famosas del Digesto –entre D,12,1,18 y D,41,1,36-. La doctrina de la que partieron los autores del BGB sobre la transmisión de la propiedad como un contrato real independiente fue creada por SAVIGNY. Es digno de ser destacado que la doctrina absolutamente dominante en la moderna ciencia del Derecho Romano, es que la transmisión de la propiedad

mediante *traditio* en el Derecho Romano clásico en cualquier caso no fue un contrato abstracto en el sentido de la doctrina de SAVIGNY.

La teoría del contrato real independiente en la transmisión de la propiedad por *traditio* se impuso en la doctrina alemana del siglo XIX por influencia de SAVIGNY, aunque no ha carecido de impugnadores. A mayores de los autores del BGB les resulta obvia. Para ellos el contrato real abstracto de transmisión era un dogma apriorísticamente correcto. La doctrina del Derecho Común del Siglo XVIII que para la eficacia de la transmisión de la propiedad exigía un *titulus* –junto de la *traditio* como modus- se “apartaba del punto de vista correcto” según la opinión autores del BGB (Flume, 1998)

b) Principio de Abstracción

En el derecho alemán, un principio fundamental es el principio de abstracción, como base teórica del negocio jurídico, que en nuestro sistema no se regula, como método de la transferencia. En tanto que en el derecho alemán, tiene coherencia con el negocio real abstracto que sirve para la transmisión de la propiedad, donde tiene un rol fundamental la autonomía privada como fundamento de los negocios jurídicos, en tanto que el principio de abstracción se considera que sus fundamentos ideológicos están en el liberalismo, muchas veces es criticado por la supuesta inmortalidad.

El principio de abstracción que solo tiene su pureza en el derecho alemán, que es contrario a la forma de la transmisión del derecho francés del título y modo, que este último acoge la causalidad como forma de la transferencia, en tanto que el negocio abstracto basado en el acuerdo real abstracto que sirve para la

transmisión de la propiedad, y esta teoría del negocio abstracto hace depender su posibilidad de la libre determinación privada.

Que, se diferencia con los negocios obligatorios y los negocios de disposición, siendo el primero como aquellos que tienen por objeto la constitución, modificación, ampliación posterior o extinción de una relación obligacional; negocios jurídicos reales, aquellos que están dirigidos a la constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real, y los negocios obligatorios están relacionando con el negocio de disposición. (Karl, 1996)

Después de entrar en vigor del BBG renació la polémica en contra del principio de abstracción en el negocio de disposición, y el principio de abstracción es hoy vivamente discutido, en especial respecto de la transmisión de la propiedad mobiliaria, pero también más allá de ella. Aparte de consideraciones de 'política legislativa y propuesta de *lege ferenda*, en la doctrina y jurisprudencia se ha intentado limitar el principio de abstracción. Las objeciones contra la regulación del Derecho alemán vigente se estimulan constantemente por la consideración que la aplicación general y consecuente del principio de abstracción tal como es propia del Derecho alemán, no se encuentra en ningún otro Ordenamiento jurídico vigente ni tampoco en la historia del Derecho conocida. (Flume, 1998)

El principio de abstracción señala que se tiene los negocios de obligatorios y el negocio de adquisición, de ello nace el principio de separación como expresión de la abstracción.

También fue fruto, al principio de abstracción lo que a la fecha había desarrollado en esa época en el derecho comercial, en ello tiene que ver la comercialización del derecho civil durante el siglo XIX, ello expresa claramente en la razón de política legislativa que el fundamento del negocio abstracto que tiene mucho que ver con la seguridad en el tráfico para el negocio real

abstracto. El principio de abstracción va en contra del consensualismo de la causa y la tendencia subjetiva extendido en el Siglo XI

“Los negocios obligatorios son aquellos negocios jurídicos por lo que una persona contrae frente a otra determinada obligación. Su efecto jurídico primario es, por tanto, la constitución de un deber de prestación y, con ello, de una “relación obligacional”. (Karl, 1996, p.433)

“Por negocios de disposición se entiende aquellos negocios jurídicos que están dirigidos inmediatamente a actuar en un derecho existente, modificándolo, transmitiendo o produciendo su extinción, (Karl, 1996, 434) por otro lado el contrato de disposición solo es parte el titular del derecho, a ello lo denominan legitimación para la disposición de un derecho, este negocio de disposición o el negocio de adquisición libera de la obligación, y el requisito esencial de este negocio es tener la facultad para disponer o tener el poder de disposición.

El concepto de disposición es una abstracción. Bajo esta abstracción se comprende aquellos negocios jurídicos por medio de los cuales directamente se trasmite, grava o extingue un derecho solamente es disposición la modificación de la posición jurídica del anterior titular del derecho, que se produce por las transmisión, gravamen, modificación o extinción del derecho. La transmisión de la propiedad, por ejemplo, es una disposición solamente respecto de la transmisión, no es, cambio, respecto de la adquisición de la propiedad, y solamente él.

“Según la sistemática del Código civil, la distinción entre negocio obligatorios y negocios de disposición tiene considerable importancia, prescindiendo además de que para disponer sobre un derecho es necesario el correspondiente poder de disposición. (Karl, 1996, p.436)

Y la importancia de esta distinción, es en tanto que, el negocio obligatorio fundamenta una obligación solamente frente a otra persona u otras personas determinadas; por ello, produce solamente efectos de modo relativo. Una persona puede contraer a voluntad gran número de obligaciones, aunque no pueda cumplirlas todas. En cambio, solo puede transmitir válidamente un derecho una vez, pues si ha renunciado a su derecho mediante la transmisión, ya no le corresponde el poder de disposición sobre el mismo. Es posible vender válidamente la misma cosa varias veces; en este caso el vendedor está obligado frente a cada uno de los compradores a la entrega y transferencia de la cosa, aunque solo pueda cumplir esta obligación una vez. En cambio, una vez que ha transferido la cosa, pierde la propiedad de la misma y con ello el poder de disposición. Por tanto, no puede ya conferir la propiedad a un tercero mediante una entrega y una transferencia renovadas, a menos que fueren aplicables en favor de un tercero las normas sobre la adquisición de buena fe a un no titular, (Karl, 1996) ello es contrario al sistema francés, que en algún tiempo conceptualizó al contrato y como elemento de ello a la causa, tema que es objeto de la presente investigación, dentro de este sistema no existe la venta de bien ajeno, y el sistema de la transferencia es eficaz, a diferencia que sucede en nuestro sistema el problema del tráfico de tierras, y la creación jurisprudencia del mejor derecho de propiedad como una solución para frenar la duplicidad de venta de un mismo bien inmuebles varias veces.

Además, el derecho alemán la nulidad de los actos jurídicos que son contrarios a las buenas costumbres (B.G.B ART 138, inciso 1). “Si es cierto que esta nulidad afecta el acto cuyo objeto es contrario a la moral, los jueces se basan (...) para anular los actos jurídicos en virtud de los cuales se persigue un fin

inmoral, aun cuando el objeto no parezca en si como inmoral (Larroumet, año, p. 452)

Los negocios obligatorios, como son los contratos de compra venta, son preparatorios para la trasmisión de un derecho, y después se realiza el negocio de trasmisión del derecho, este último negocio no tiene causalidad con el primer negocio, ni menos está relacionado su validez con el negocio básico obligacional, a ello se denomina el principio de abstracción y que es empresa en el principio de separación entre el negocio real y el negocio obligatorio, separación entre la transferencia y el contrato de compraventa. (Karl, 1996)

La ventaja principal que esperaban los autores del Código civil de la disgregación en varios negocios jurídicos de un hecho que en la vida real es unitaria, así como del carácter abstracto del negocio real, consiste en que un adquirente que obtiene a su vez la cosa del primer adquirente, así como un acreedor del primer adquirente que pretende hacerla embargar, no necesitan cuidarse de si el primer adquirente ha obtenido la propiedad en virtud de un contrato de compraventa valido o debido a un fundamento legal reconocido por el ordenamiento jurídico

Cosa también distinta es finalmente la doctrina alemana de la causa que hace referencia únicamente a los negocios jurídicos de atribución patrimonial, que constituye una orientación subjetiva sobre la causa indudablemente, pero con un significado distinto al de los sistemas jurídicos causalistas, ya que dentro del sistema jurídico alemán la causa no ha sido elevada al rango de elemento del contrato o del negocio jurídico, cumpliendo únicamente el rol de ser razón de justificadora de la atribución patrimonial, es decir, de la trasmisión de derechos de un patrimonio a otro. En el sistema alemán la causa no es la razón justificadora o la base eficacia jurídica del negocio, sino únicamente de la

atribuciones patrimoniales, es decir, del enriquecimiento de un sujeto a otro. “En el sistema alemán la razón justificadora del reconocimiento de los negocios jurídicos es el tipo legal exclusivamente, sin darle ninguna importancia al significado de las conductas negociales (Taboada, 1996, p. 651).

La causa de la obligación es la causa del cumplimiento y de la justificación de ese cumplimiento; la causa de la atribución es la causa de la ventaja patrimonial, la que justifica la atribución o, en suma, el negocio abstracto o, por mejor decir, sus efectos. En la primera puede hablarse de causa en dos sentidos respecto de las obligaciones que nacen de negocio jurídico. De una parte estará la causa del negocio traslativo o obligacional, y de otra este negocio actuara como causa (*titulus*) por un lado, de la atribución, por otro, de la obligación (fuente), y además, la obligación misma, en determinados negocios, tendrá una causa concreta (*datio vel factum*). En la segunda, en cambio, bien puede ser un negocio fundamental, o un acuerdo especial (*einigung*, según determinada doctrina para la *traditio*, por ejemplo), o simple causa en el sentido romano (*causa credendi, causa solvendi, causa donandi*), la causa de la atribución, permaneciendo distinta la causa del negocio traslativo u obligacional, que no se revela, o que nada tiene que con la causa de la atribución misma.

Lo que sucede es que en los negocios de liberalidad y en atribuciones hechas por este fin, la donación en sí misma es causa, por lo que en este supuesto se da una coincidencia entre causa de la obligación (como causa del cumplimiento), y causa de la atribución. Y, por otra parte, la causa de la obligación sale del marco de los contratos para tomar vida en el campo de las restantes fuentes de las obligaciones, continuando la doctrina romana de las condiciones, viniendo a confundirse en este terreno con la justificación de la

atribución patrimonial y con la doctrina del daño y del enriquecimiento (Taboada, 1996)

Los contratos obligatorios son, por lo regular causales. Ello indica que contienen una "causa", un fin jurídico de la obligación, al cual al propio tiempo da a conocer el fin económico perseguido con aquel. Por ello son comprensible por sí mismo según cuales seas sus objetivos económicos, y no necesitan, para ser comprensibles en el orden económico, un fundamento exterior a ellos constituido por otro negocio o por una relación jurídica. "El prototipo de los negocios obligatorios causales son los contratos bilaterales, aquí el origen de la teorías objetivas de la causa que lo desarrollo la doctrina italiana" (Karl, 1996, p. 441)

Será conveniente considerar como "causa" o fundamento legal de una obligación, no la finalidad económica del negocio, que puede ser de gran alcance, sino la consecuencia jurídica ulterior pretendida por cada parte con el negocio según su contenido y más allá de la propia obligación. Dentro de este contexto la causa no debe entenderse como finalidad económicas, sino como las consecuencias, en tanto que existe negocio obligatorios que no tienen finalidad económica, y cuando se habla de consecuencias posterior se hace referencia al motivo, empero también no todos los negocio obligatorios no son causales, como la promesa de deuda, reconocimiento de deuda, de los títulos valores que se regula en la legislación alemana, en cambio sí a los negocios gratuitos y onerosos se refiere a los negocios causales.

En el Código Civil de 1936, que introdujo la Teoría del Acto Jurídico y que, como lo venimos recordando, tuvo ponente a Manuel Augusto Olaechea, pretendió ser anticausalista, Olaechea considero innecesaria la causa al dejar establecidos como únicos requisitos para la validez del acto jurídico la

capacidad del agente, la licitud del objeto y la forma prescrita o no prohibida por la ley, señalando que en los actos gratuitos la causa se confundía con el consentimiento y, en los onerosos, se asimilaba al objeto, afirmaba que la teoría de la causa era innecesaria, como lo revelaba el hecho de que requisito hubiera sido eliminado y los Códigos suizo y alemán ignoraban la causa, habiéndola también excluido el austriaco y el brasileño en 1916 (Vidal, 2009).

Dentro del sistema alemán la causa naturalis, solo tiene relevancia, en los negocios de atribución patrimonial dicho de paso no existe, una traducción exacta; constituye una categoría especial los negocios por los cuales enriquece el patrimonio de otra persona (Zunwendungen). “Tales, son, por ejemplo, la transmisión de la propiedad o concesión de otros derechos reales, la cesión de un crédito, la constitución de un crédito a favor de otro, la liberación de una deuda, la extinción de un derecho real que recae sobre la cosa de otro y también la eliminación de una desventaja patrimonial” (Enneccerus 1981, p. 99).

Puede, constituir una parte del negocio que contiene el enriquecimiento, especialmente del contrato, y esto parece lo natural y normal, puesto que el de enriquecimiento se lleva a cabo en razón al fin mediante él ha de conseguirse. Si así, sucede llamamos causal al negocio en cuestión. Casi todos los contratos obligatorios del derecho común y del C.c., son causales. Tratándose de negocios causales, como quiera que la causa (convenio causal) es parte integrante del negocio, deben concurrir con respecto a ella los requisitos del negocio, con lo cual, en todos estos casos el enriquecimiento depende de la causa. Si el convenio causal es imposible, inmoral o ilícito o si las partes no se han puesto de acuerdo sobre la causa, el negocio es nulo, por ejemplo la promesa de una cantidad por razones inmorales o la promesa de una cantidad

que el promitente se propone dar en mutuo y la otra parte considera donación (Enneccerus 1981)

En el sistema entiende la separación de negocio, que también tiene su contraposición de la unidad del negocio jurídico. La causa en el sistema alemán está referido al negocio básico y que se opone el negocio jurídico auxiliar, muchas veces cuando existe relacionalidad de efectos se entre el negocio básico y el negocio auxiliar y otros negocios auxiliares; pero no es causa como elemento, porque existe negocios auxiliares no dependen del negocio básico, como en el caso de la transmisión de la propiedad y otros solo un negocios auxiliar perfecciona a otro negocio auxiliar.

Y otras veces habla del convenio causal incorporado al negocio, no es otra cosa que el contenido de la voluntad, y Enneccerus señala: en algunos negocios de enriquecimiento el convenio causal no forma parte del contenido del negocio. La declaración de enriquecer el patrimonio de otro por si sola (más las aceptación si se trata de un contrato) y sin la causa constituye el contenido del negocio. El negocio es separado, abstracto. Considerada en sí, esta separación de lo que económicamente es conexo aparece como artificiosa. “Se considera que gracias al principio de abstracción aumenta la sencillez, claridad y seguridad de los efectos de negocios, dando a los derechos que constituyen una gran facilidad para su circulación en el tráfico” (Enneccerus 1981, p. 106)

Y son abstractos el enriquecimiento a favor de otro como en el caso de la transferencia, de los extingue, constituyen o traspasan los derechos reales, la cesión de crédito, la asunción de deuda, la promesa de deuda, reconocimiento de deuda, los títulos valores, en estos causa de omite la causa y el convenio

causal lo entiende como especie de *conditio* o condición de la eficacia del negocio de disposición.

Y los requisitos de conclusión de negocio jurídico son la capacidad para obrar, la declaración de la voluntad del negocio, los contratos requieren además la coincidencia de las declaraciones recíprocas.

K.- Causa y Consideration en el Sistema Common Law y Norteamericano

a) Precisiones Terminológicas

Se denomina dentro del sistema inglés: *Englih law, common law, contiental law, ramón law* y *civil law*. Y la tendencia de la uniformización del derecho europeo, que tiene muchas trabas por las posiciones nacionalistas.

Tenemos que advertir que el término *Common law* puede ser polisémico, puesto que dentro del sistema jurídico inglés también sirve para designar al tradicional derecho jurisprudencial del precedente (*Case-law*) y se contraponer al Derecho legislado (*Statute-Law*). Aunque por el contexto se puede elucidar, en cada momento, a qué sentido del término *Common Law* nos estamos refiriendo trataremos de explicarlo brevemente.

Normalmente nos referimos al *Common Law* en sentido estricto (*Case-Law*) o Derecho tradicional, fundamentalmente jurisprudencial, solo cuando lo contraponemos al *Statute Law* o Derecho legislado. En cambio, cuando se contraponen al *Civil Law* este término se usa de forma amplia y genérica para referirse al sistema que se desarrolla en Gran Bretaña (salvo las peculiaridades del Derecho escoces) y después se extiende, de forma dominante, a los Estados Unidos de América (a excepción de Luisiana); Canadá (excepto Quebec), Australia, Nueva Zelandia y antiguas colonias británicas tanto en Asia como en África. (Vásquez, 2002)

En este sentido, resulta más propia la denominación del sistema como Common Law que como English Law o Derecho inglés. En realidad, el Derecho inglés solo se puede extender al utilizado en Inglaterra y Gales. No se extenderá ni a toda Gran Bretaña o Reino Unido, ni mucho menos a los países de la Common Wealht. El Derecho escocés es un Derecho de los que podríamos denominar mixto puesto que en él se halla vigente, en parte el Civil Law. Pese a que el Derecho inglés no sea el que se aplica exactamente en todos estos países, cargados de cierto mestizaje jurídico, no se puede negar que todos adoptan un mismo sistema análogo al del Derecho inglés que siempre toman como referencia. Quizá puede aquí destacar la peculiaridad del Estado de Luisiana que cuenta con fuerte influencia del Derecho civil codificado francés. No es vano, el Código Civil de Luisiana que data de 1814 fue el primero de todo el continente americano (Vásquez, 2002)

“La fundamentación ética de la cultura jurídica anglosajona no es ética racionalista del secularizado Derecho racionalista, sino el contrato social del antiguo iusnaturalismo y las libertades de los en el mismo Derecho, y no el pathos social del Estado beneficio del contiene, sino la primitiva y espiritual jurisprudencia de conciencia de la cancillería real”. (Cruzado, 2012, p. 7)

b) Aspectos Singulares del Common Law.

“Las peculiaridades del Derecho del *Common Law* comienzan en la evolución histórica del Derecho inglés. Se puede afirmar que desde la formación del *Common Law* este Derecho se ha caracterizado por su continuidad histórica. No hubo una ruptura en el desarrollo del Derecho inglés comparables con el causado por la codificación en el *ius comune* del Derecho continental (Vásquez, 2002, p. 119)

Desde principios del siglo XIX el sistema sufre profundas transformaciones.

El viejo y esquivo *Common Law* es reemplazado por claros y precisos

Statutes. En este momento hay una influencia en la teoría, no en la práctica, del derecho inglés de los principios del Derecho romano continental. Son determinantes las obras de J. Bentham (1748-1832) adversario del Common Law y paladín de la codificación del Derecho privado inglés y las de J. Austin (17809-1859) siguiendo esta misma línea (Vásquez, 2002)

La práctica del Derecho en Inglaterra está marcada por la carencia de codificación. Las reglas y principios del Derecho Inglés todavía ha de ser encontradas en más de tres *mil Acts of Parliament* retorciendo hasta la primera mitad del siglo XIX y en alrededor de treientos cincuenta mil *Reported Cases*.

Lo cierto es que si comparamos la evolución de los sistemas jurídicos del Common Law y del Civil Law podemos apreciar que caminan hacia una cierta convergencia. “En la actualidad los países de Common Law tiende hacia una proliferación de las leyes escritas, que además van obtener cada vez mayor relevancia, mientras que en los países del Civil Law se va potencias, cada vez más, la función de la jurisprudencia en la conformación de su ordenamiento jurídico” (Vásquez, 2002, p. 121), solo conocen el contrato y no el negocio jurídico.

“En lo que a la ilegalidad contractual se refiere, el Derecho británico y estadounidense en sus clasificaciones y exposiciones del derecho continental siempre incluyen como una importante categoría independiente la del *Illegal contracts* (Vásquez, 2002, p. 122)

EL Derecho británico reconoce dos tipos de contratos: el contrato bajo sello y el contrato común (*the contract seal and the simple contract o parol contract*). El contrato común es la regla y el contrato bajo sello, la excepción.

El contrato (contract o agreement) común necesita de una *consideration* entendida como la contraprestación que sirve de criterio para decidir cuándo hay y cuando no hay contrato, no basta el consentimiento para que surja el contrato.

“La consideración es calificada como valuable o sufficient consideration, como un elemento esencial del acuerdo de voluntades. La consideración “es esencial para la validez de un simple contrato, y toda promesa, sea verbal o escrita que no sea bajo sello (under seal) y que haya sido hecha sin esa *consideration* tiene solamente el significado de un nudum pactum, ex non aritur actio” (Torres, 2001, p. 28)

c) Peculiaridad del Derecho Estadounidense.

El derecho inglés (el *Common Law*) pasa a América del modo más simple. Las gentes de lengua inglesa “transportan” su derecho con ellos mismo, cuando se instalan en un territorio donde no hay un sistema de Derecho vigente. El Derecho inglés es para ellos un Derecho de nacimiento y una herencia (Cruzado, 2012)

Y no tiene influencia directa del Derecho romano, solo descansa en la razón práctica y en el carácter nacional de su pueblo, con una tendencia a la codificación.

En el derecho estadounidense encontramos lo que se puede denominar libertad constitucional para contratar. Los autores de la Constitución norteamericana respetaban de una forma tan grande la autonomía negocial que diseñaron la Constitución con una específica disposición prohibiendo a los Estados crear cualquier Ley que perjudique o debilite la obligación contractual. Constitución de EE.UU., Convención de 17 de septiembre de 1787, artículo 1º, sección 10, párrafo 1º. “Ningún Estado podrá aprobar ninguna Ley que desvirtúe la obligación de los contratos”. En una

interpretación amplia y literal se podría entender que se está declarando que las partes pueden, a través de sus contratos, excluir el poder del Estado para controlar la sociedad y regular sus comportamientos (Vásquez, 2002)

“Este Derecho era el inglés, pero no el Derecho inglés puro, sino adaptado en lo conveniente a las condiciones geográficas, económicas, sociales y políticas de la vida de americana (Cruzado, 2012, p. 19)

Esta dualidad permite que, por ejemplo buena parte del Derecho Civil de algunos estados se hayan codificado como los códigos de Louisiana, Alabama, California, Georgia, Montana, North Dakota, South Dakota, Oklahoma. Al contar sin embargo, con una Constitución como base y fundamento de todas las libertades americanas el legislador se encuentra controlado por los jueces (U.S. Supreme Court o Tribunal Supremo Federal) que se encargan de realizar el control de constitucionalidad de la ley escrita.

En Estado Unidos se va a relativizar el principio del “stare decisis” o autoridad del precedente que no siempre vincula las propias decisiones del tribunal. Precisamente, debido a la dualidad de jurisdicciones y no existir una centralización de la justicia como ocurre en Inglaterra, encontramos tantos centros de jurisprudencia como estados componen la nación, lo cual para el sistema de “judge made law” da lugar a inconvenientes muy graves. (Vásquez, 2012)

d) El Contrato Norteamericano y la Consideratio en Norteamérica

El derecho Norteamérica no se basa en la regla moral del *pacta sunt servanda*, ni en el principio **filosófico de la autonomía de la voluntad**. Un célebre juez americano declaró en 1911, que “un contrato no tiene nada que ver con la intención de las partes en una obligación atribuida por la Ley, y

por ella sola, a ciertos actos de las partes, que con habitualmente palabras”, y el juez Oliverio Wendell Holmes dice que “la formación del contrato no depende del acuerdo de la voluntad de las partes, **sino del acuerdo de signos exteriores, es una forma de ver el fenómeno contractual practico, y no teórico objeto y no metafísico, práctico y no conceptual.** (Cruzado, 2012, p. 19)

Respecto a la consideration debe evitarse cuidadosamente su identificación con la “causa” del Derecho continental europeo. Difiere ya en su origen y en su fundamento. No debe olvidarse que la consideration proviene del carácter delictual de la acción de assumpsit, fundada sobre un perjuicio sufrido por el demandante.

El Concepto debe entenderse como una condición para la exigibilidad de las promesas no formales, el common law exige una consideration. La historia de esa exigencia es tortuosa, confusa y envuelta en controversia y contiene ciertos rasgos arcaicos que, en opinión de algunos perturban las necesidades de la sociedad moderna. El Uniform Commercial Code ha afectado a algunos aspectos de doctrina.

Una completa definición es casi imposible. El juez Benjamin Natan Cardozo ha identificado tres elementos que deben concurrir para que una promesa esté apoyada en una consideration. (Cruzado, 2012, p. 57)

1º El que recibe la promesa debe sufrir un detrimento, es decir, hacer o prometer hacer lo que no está legalmente obligado a hacer, abstenerse de hacer, o prometer abstenerse de hacer aquello que legalmente tiene derecho a hacer.

2º El detrimento debe inducir a la promesa.

3º La promesa debe inducir

En ningún momento hacen mención a la consideration, como un del elemento del contrato, en tanto y cuanto que en sistema americano e common law no conocen el negocio jurídico.

e) Exclusión o Atenuación de la Exigencia de la Consideración

Según el common law, para celebrar un contrato sin consideration hay que acudir al documento sellado. Recientemente, la legislación y las decisiones judiciales han abolido o recortado el efecto del sello. “En parte para cubrir este vacío, se han promulgado numerosas leyes que establecen que determinados tipos de promesas son exigibles sin consideration. (Cruzado, 2012, p. 61)

El contrato bajo sello (under seal) no necesita de la consideración. El valor de estos contratos depende del cumplimiento de la forma consistente en sello el documento o pergamino que contiene el contrato con sello del emitente. La variedad más difundida del contrato bajo sello es el deed que, según la property act de 1925, requiere, además del sello y superposición al documento de un disco adhesivo comprado en cualquier librería, la firma de quien lo extiende. “Bajo esta forma se celebra los contratos de transferencia de tierras, los actos gratuitos y cualquier otro contrato que las partes decidan con el fin de evitar los problemas de la consideración. (Vásquez, 2002, p, 227)

f) Contratos Ilegales en el Common Law

Por esta otra razón de las posibles clasificaciones de los ilegales contracta sería contratos ilegales por contravenir un Statutes y contratos ilegales por contravenir el Public Policy. Considerando como Public Policy un amplio

conjunto de normas, tanto morales como de orden público, que en definitiva se va a reflejar o manifestar en las reglas del precedente o de la jurisprudencia, Common Law en sentido estricto. (Vásquez, 2002)

La ilegalidad puede recaer en la formación (illegality as to formation) o en la forma de ejecutar o de realizar la prestación (illegality as to performance)

g) Causa Ilícita y Policy (Consideration)

A simple vista podríamos vernos tentado a traducir consideration como equivalente de causa al resultar ambos elementos contractuales con relativa similitud. Sin embargo, si nos fijamos en las funciones que se atribuye a sendos elementos contractuales en cada sistema jurídico, enseguida podemos comprender que tal traducción se podría considerar basada en lo que se denomina “falsos amigos” porque dichas funciones son diferentes y solo habría en ellas algún solpamiento muy incidental. En todo caso, la confusión sería comprensible si tenemos en cuenta que tanto históricamente como, incluso, legislativamente la nomenclatura ha sido ocasionalmente intercambiable.

Sin embargo, las diferencias entre causa y consideration salen fácilmente a relucir al ser analizadas sus funciones por la doctrina. Para los ordenamientos basados en el Common Law no resulta fácil asimilar nuestro concepto de la causa del contrato. No les parece demasiado útil en su concepción contractual incluir un elemento tan abstracto y teórico.” Por otro lado, las múltiples teorías doctrinarias que han surgido para tratar de dar distintos criterios para definir y, en su caso, justificar una determinada noción de causa no ayuda a su comprensión. Además, incluso podemos encontrar

entre los autores del Civil Law, movimientos doctrinales “anticuasalistas” que se proclaman detractores de esta categoría” (Vásquez, 2002, p. 126)

Los sistemas jurídicos del common law ignoran la noción de causa en la doble función que cumple en derecho francés, es decir, no solo para justificar económicamente la obligación originada por un contrato (causa de la obligación) sino también para controlar la conformidad del contrato con lo que está permitido por la ley y por la moral (causa del contrato). La búsqueda de un fin ilícito o inmoral se sanciona en los sistemas del common law sin recurrir a la noción de causa en el sentido francés del término. “En cuanto a la justificación económica de la obligación contractual, ella se garantiza mediante una noción diferente de la causa, la consideration, esta no es una condición de validez de una promesa, a diferencia de la causa, sino un elemento de la definición de la promesa” (Larroumet, 1993, p. 353)

La causa es una institución tan complicada y oscura que no es un instrumento útil. Y la consideration tiene crisis en el sistema common law.

También en el Common Law se ha creado una teoría para contemplar todas las aplicaciones y utilidades que pueden desplegar ese elemento contractual denominado consideration. Sin embargo podemos comprobar como tampoco la teoría de la consideration pasa, actualmente, por su mejor momento (Vásquez, 2002)

Existen posiciones que desean eliminar a la teoría de la consideration, porque es un invento paternalista, y que interviene las relaciones privadas, y como es en el caso de la causa francés que fue producto de la influencia del derecho canónico del Derecho intermedio en su base moral.

Esta concepción se opone a la concepción eminentemente económica en la que se basa el derecho contractual inglés. En Inglaterra la Reforma protestante anglicana consigue postergar o eliminar el Derecho canónico. En el Common Law la obligatoriedad de los contratos no se basa en la máxima “pacta sunt servanda” sino en la consideration. La consideration fundamenta el vínculo obligatorio en la concepción de que una promesa o prestación únicamente es legalmente eficaz si a cambio de ella se ofrece una contraprestación que la ley reconoce como apreciable (valuable consideration) o se realiza un forma legalmente determinada (v. gr. Under seal). Es decir, es en los contratos puramente consensuales (simple o “parol” contracts y contracts made by deed) donde se establece como requisito la consideration. En estos casos se puede concebir a la consideration como quid pro quo, como lo que el contrayente va a obtener por su contrato. Por tanto, en el Common Law no se parte del principio inicial de que cualquier acuerdo de voluntades es jurídicamente obligatorio.

En principio, mediante la consideration no se va a valorar ni la ilegalidad ni la inmoralidad del contrato. Como observa Capitant, la gran diferencia que existe entre la consideration de los contratos onerosos y la noción de causa, está en que aquel no admite que la obligación moral sea causa suficiente y, por lo tanto, la noción de consideration es menos amplia que la causa. Originariamente, con la consideration simplemente se va a comprobar la seriedad en la intención de obligarse. Función esencialmente formal que con las exigencias del tráfico jurídico fue convirtiéndose en simbólica, necesidad de que existen una proporcionalidad o conmutatividad en los recíprocos sacrificios de las partes. Este concepto puede tener su origen en

el principio romano de “ex nudo pacto non oritur actio”. Mientras la reforma anglicana consigue desterrar el derecho canónico, el derecho romano recibe un notable impulso de los Tubor y los Estuardo utilizando como apoyo para sus ideas absolutistas. Consecuentemente, en un principio, la consideration funcionaria de forma parecida a los contratos innominados en derecho romano (do ut des, do ut facias, Facio ut des o Facio ut facias) y solo se admitiría la executed consideration al exigir siempre una prestación ya ejecutada.

Aunque este origen romano de la regla de la consideration no parece discutible, si que resulta cuestionable la simplificación de quien mantiene que sencillamente la Cancillería toma la regla Derecho Romano y tras someterla a diversas modificaciones pasa al Common Law. Más bien parece que la aparición de la teoría de la consideration en las sentencias es gradual. Los problemas de ilicitud se alejan del fundamento estructural del contrato y serán objeto de las doctrinas de la ilegalidad y del public policy. Por tanto, el diferente papel que juegan la causa en el Civil Law y la consideration en el Common Law hace que no se puedan ni equiparar ni contraponer la teoría de la causa de la teoría de la consideration, simplemente se refiere a distintos problemas.

Esta nueva función de la teoría de la consideration consistiría en controlar de una forma más efectiva no solo la seriedad de la voluntad de los contratantes en obligarse sino como un instrumento para controlar la igualdad de poder contractual y la proporcionalidad de los sacrificios recíprocos de las partes. Por tanto, esta función de la consideration va a tener relevancia práctica como instrumento difuso en manos de los jueces para evitar los abusos de poder contractual en la determinación del

contenido del contrato y contra la violación de particulares valores éticos-sociales, (Vásquez, 2002)

2.2. BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS

2.2.1. TEORIAS DE LA CAUSA

A.- TEORIA SUBJETIVAS DE LA CAUSA

Nació en el siglo XIX, es fruto de los exegetas del Código Civil francés de 1804, esto explicado dentro del sistema francés, que por primera vez incorporar la causa de la obligación como elemento del contrato, entendido como el motivo por el cual hace una promesa.

La teoría clásica, era definido como el motivo abstracto o jurídico, que está en todo contrato; para la concepción subjetiva, la causa es el elemento o momento psicológico que determina la voluntad; la razón o motivo decisivo que induce a negociar, el fin particular cuya consecuencia impulsa a realizar el negocio. “En definitiva, la causa no consiste en el fin abstracto y permanente, sino en la finalidad concreta perseguida por las partes en el negocio contemplado en particular (Albaladejo, 1993, p. 201)

Las teorías subjetivas sobre la causa tiene como común denominador el que entiende que la causa, como elemento del contrato, consistente siempre en uno de los motivos que han determinado al sujeto a celebrar el contrato, por cuanto todos los autores que participan de ellas, como los que se adhieren a posiciones distintas, conocen y saben perfectamente que al celebrar un contrato las partes contratantes siempre impulsadas y

determinadas por una multitud de motivos, móviles o razones personales, consistentes en consideraciones o representaciones de fines y resultados diversos, diferentes de sujeto a sujeto, muchas veces comunes a ambas partes, que constituyen en última instancia la razón determinante de la celebración del contrato. Evidentemente, para nadie escapa el hecho que los contratos son negocios jurídicos y como tales actos humanos voluntarios realizados intencionalmente y en tal sentido, son realizados siempre, por el impulso o determinación de alcanzar u obtener en la realidad determinados resultados o fines, que en cuanto son representados mentalmente por las partes se convierten en los motivos o móviles que impulsan y deciden las declaraciones de voluntad. Pues bien, frente a esta realidad de fácil comprobación, las teorías subjetivas han decidido que la causa, que es uno de elementos fundamentales del contrato, debe ubicarse o encontrarse en alguno de estos motivos.

Para determinar la causa de la obligación, los causalistas consideran por separado, abstractamente, cada obligación nacida del contrato, destacándola del conjunto de la operación jurídica. “Se averigua entonces la razón, la causa de esta obligación: ¿Por qué se ha comprometido el contratante a cumplir esa obligación? Esa razón abstracta es siempre idéntica para una misma categoría de contratos” (Mazeud, año, p. 296).

En otras palabras para la concepción clásica de la causa, ella consiste en un motivo, pero en un motivo abstracto, completamente desligado de la personalidad de la parte

contratante que va a contraer una obligación como consecuencia de la celebración del contrato. No se trata pues de un motivo concreto o variable de sujeto a sujeto, sino motivo jurídico, que se extrae abstractamente de la naturaleza del contrato. “Sin embargo, al fin y al cabo para esta doctrina sobre la causa ella consiste siempre en un motivo, solo que se trata del motivo que no podrá faltar siempre por ser reflejo de la estructura contractual, según las diferentes categorías contractuales” (Taboada, 1996, p. 111)

“La concepción subjetiva de la causa nació como medio de englobar dentro de la órbita de las causas ilícitas o inmorales a determinadas supuestos en los que el fin abstracto (...) del tipo de negocio de que se trataba no era en absoluto ilícito o inmoral. (Albaladejo, 1993, p. 201)

La teoría neocausalismos, como respuesta al anti casualismo, incorpora el motivo concreto y determinante, señala: la causa no es el motivo abstracto o jurídico, sino el motivo concreto que ha determinado al sujeto o ambas partes contratantes a celebrar el contrato. La teoría neocausalimos, a diferencia de la teoría clásica, plantea el que se ubica la causa dentro del ámbito de las motivaciones concretas y particulares, incluso intimas de las partes contratantes pues entienden que el contrato debe ser examinado no como una operación meramente abstracto y jurídica, sino fundamentalmente con una acto social trascendencia jurídica y que su validez no basta con determinar si reúne todos los elementos de su estructura, sino que además es necesario

comprobar la correspondencia de las motivaciones de las partes con los valores en los que se inspira el ordenamiento jurídico, de forma tal que si un contrato, siendo completo por contener todos sus elementos, ha sido celebrado por la consideración de obtener un resultado ilícito o inmoral, reñido con las leyes, el orden público o las buenas costumbres, no merece la calificación de contrato y la protección legal, debiendo ser sancionado con nulidad (Taboada, 1996, p. 112)

Sin embargo, a pesar de sus diferencias, ambas teorías no solo coinciden en entender la causa como algo que pertenece al ámbito psicológico del individuo, sino que las dos coinciden fundamentalmente en considerar a este elemento del contrato como que depende exclusivamente de la conducta de las partes contratantes, y en entender la causa no como un elemento propio del contrato, sino como algo que depende de la actitud o del pensamiento de las partes que utilizan el contrato. Dicho de otro modo, la causa no es vista como aspecto propio de cada tipo de contrato, como, algo externo al sujeto, sino como un aspecto del contrato que depende de la conducta de las partes contratantes, es decir, la causa se concibe como algo interno a los sujetos que celebran el contrato. Obviamente, esta característica de las teorías subjetivas se acentúa en la concepción neocausalista, pues en la teoría clásica el motivo que constituye la causa siempre depende de la estructura del contrato. Sin embargo, a pesar de ello, la teoría clásica considera que la causa corresponde en última instancia al ámbito psicológico de las

partes contratantes, debiendo ubicarse y encontrarse en ese lugar. (Taboada, 1996)

a) Teoría Clásica

Una vez que se ha insertado la causa como elemento del contrato en el Código Civil Francés, los primeros comentaristas elaboran la teoría clásica, y este código ha ejercido mucha influencia en la mayoría de otros países, es producto de la escuela exegética, que partieron de las ideas de Domat, que el acogió el Code, no es otra expresión que la ideas de Domat que recibieron por intermedio de Pothier, así como también acogen el principio *solus consensus obligat*, que es producto de la escuela de derecho natural racional, y como es definió al contrato en Art. 1101 del Code; y estableció como requisitos del contrato, la causa de la obligación en su Art. 1180 inciso 4, como elemento del contrato, señala: Una causa lícita de la obligación. Es la prevalencia de la voluntad sobre el ordenamiento jurídico, cabe resaltar que la formalidad no ha establecido como requisito del contrato de los franceses. Y el fundamento de todo el sistema contractual era la voluntariedad, expresada en el consentimiento y fundamento de la obligación.

La causa de la obligación como elemento del contrato, se entiende como la razón o motivo, el fin o finalidad para asumir la obligación, en otros términos es el resultado que desea alcanzar mediante la obligación, pero no cualquier motivo, sino el idéntico en todos los contratos determinados, así como en el contrato

sinalagmáticos, reales y onerosos, en otros términos se refiere a la ejecución de las obligaciones, es decir cuando ya el contrato ha nacido y cuando dicho contrato tiene un plazo para su ejecución empieza su ejecución los cuales otro etapa del *iter* contractual, y no puede ser causa un elemento del contrato. Y por otro lado consideraban a la causa como el fundamento de la producción de las obligaciones, como el límite de la convención.

Señala la doctrina como el móvil desplegado de la personalidad, presente en todos los contratos, esta teoría, señala la perspectiva psicológico abstracto en relación con los efectos de la obligación producto de ello es el consentimiento por ello otro sector de la doctrina lo denomina motivo abstracto o motivo jurídico.

La causa como la finalidad abstracta que persiguen las partes, es decir vinculado con es el aspecto psicológico, entendido como causa final. El motivo fundamental que determina a contratar o que lleva a la parte a contratar.

Si se habla de motivo abstracto los contratantes tienen que conocer las normas, en por tanto cuando tienen conocimiento el motivo abstracto tendrás tiene la finalidad en su mente por tanto es un absurdo, en tanto y en cuanto todo contrato está regulado por normas y estos son los que le dan los efectos jurídicos ya sean las normas generales o específicas.

La teoría clásica, tiene su razón de ser por la interdependencia de las prestaciones o las conexiones de las obligaciones como dicen en su lenguaje. Dicho es argumento es falas, en tanto que la independencia no es otra cosa que los efectos de las obligaciones

y la causa es un elemento de la estructura del negocio, por dicha razón habría una contradicción lógica de las proposiciones.

Y cuando se habla de causa como lo que caracteriza al negocio jurídico; no es otra cosa que arrastrar la noción de causa clásica (contrato de arrendamiento, real, de transferencia), aquí también habría un contrasentido una cosa son los efectos y el tipo negocial (que es causa naturalis de la obligación); y otra cosa es la causa como elemento del negocio jurídico, que es un elemento que debe concurrir para la exista un negocio jurídico.

François Chabas dice la causa del contrato es la razón, el motivo o los motivos que ha impelido a cada uno de los contratantes a concluir el contrato y la causa psicológica constituye el móvil concreto que varía según los individuos

En los diferentes tipos de contratos la causa es:(Mazeud, 1960, 242)

1º Contrato sinalagmático: en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada una de las partes es el compromiso tomado por el otro contratante. Por ejemplo, en la compraventa, la obligación de entregar la cosa vendida encuentra por causa la obligación de pagar el precio; y recíprocamente. Las obligaciones recíprocas se sirven mutuamente de causa.

2º Contrato reales unilaterales: La causa de la obligación, en los contratos reales unilaterales, es la entrega de la cosa. En el contrato de préstamo, la causa de la obligación del prestatario de restituir la cosa prestada es la entrega de esa cosa a él.

3º Contratos a título gratuito: En los contratos a título gratuito, la causa de la obligación es la intención liberal, separado de los móviles que hayan impulsado al disponente. El donante se obliga porque quiere hacer una liberalidad al donatario

a.1 Causa Falsa

Ahora bien, si según se ha visto anteriormente al detalle, dentro de la lógica de los clásicos, la causa es el móvil abstracto, inherente a la naturaleza del contrato, que el deudor persigue necesariamente al obligarse debería decirse que existe ausencia de causa, cuando en presencia de un contrato determinado, el que se obliga no se propusiera alcanzar el fin que según la naturaleza de dicho contrato debería buscar al asumir su obligación. Así, por ejemplo, en un contrato sinalagmático, existiría ausencia de causa, siguiendo la lógica de la concepción clásica, si al celebrarlo, una de las partes asumiera su obligación sin proponerse como fin el obtener la obligación de la contraparte; pues en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de cada una de las partes, como también se ha visto en anteriores oportunidades, es la consideración de la obligación de la contraparte. (Taboada, 1996, p. 129)

Si el motivo abstracto está en la normas, como puede existir una voluntad sin intencionalidad de lograr un objeto mediante el contrato-abstracto, es posible querer y no querer.

Señalar que no existe causa cuando no se logra el fin el negocio jurídico o contrato, una causa puede ser el caso fortuito y la fuerza

mayor, o imputable a una de las partes, muchas veces esta doctrina clásica confunde estas instituciones en menciona.

Lo que es más curioso es señalar cuando existe ausencia de causa en los contratos sinalagmáticos señala la doctrina clásica que cuando no hace la obligación todo un malabarismo conceptual.

La ausencia de causa en los contratos sinalagmáticos, reales y onerosos se configura en la no ejecución de las obligaciones y en la no realización de móvil, también habla de causa errónea como una forma más de causa errónea como un caso más ausencia de causa.

Sin embargo, al igual que la noción de la ausencia de la causa, la de la falsa causa bajo la modalidad de la causa errónea supone la no realización del móvil inmediato y directo que constituye la causa de la obligación, es decir, del móvil abstracto, impuesto por la naturaleza del contrato y que determina al contratante a contraer su obligación, puesto que, el que ha incurrido en un error sobre la causa de su obligación, contraer efectivamente dicha obligación impulsado por el móvil inherente a la naturaleza del contrato, solo que, por no darse en la realidad el fin que dicho móvil representa, resulta como consecuencia el que deudor se ha obligado en vista de un móvil falso, errado, cuyo contenido no corresponde a la realidad, esto es, en virtud de un móvil abstracto que no ha llegado a realizarse. (Taboada, 1996, p. 132)

Todo sujeto contratante contrae una obligación frente a otro lo hace siempre determinado por un móvil abstracto o para

conseguir una finalidad, pero se va contra ello cuando se habla de causa ausente, salvo que sería una obra de un orate; para salvar dicha contradicción conceptual se inventa el concepto de “**causa errónea**”, es decir cree en la obligación se va alcanzar; incurre en error sobre la existencia misma de la causa de la obligación. Me parece que existe una confusión con la institución del error.

Ahora como puede haber causa falsa o motivo falso; si existe principio de legalidad es decir la pre existencia de la normatividad contractual por tanto la pre existencia de motivo jurídico siempre presente en el ordenamiento jurídico. Como va a existir causa falsa, o falso motivo, que no se da en la realidad, a qué tipo de la realidad se refiere; se refiere a la realidad normativa u otra realidad, la primera rige en principio de legalidad; y tampoco se puede invocar ignorancia del Derecho.

Si no se lleva a realizar el “móvil abstracto” es razón imputable o no las partes tiene sus propias consecuencias jurídicas, y eso no es ausencia de causa en tanto que el motivo abstracto siempre estará en la normas que regula los contratos, al fondo es una incompatibilidad conceptual.

También hablan de causa simulada: Para un sector de la doctrina clásica, con la expresión legal de “causa falsa” se hace referencia, además de la causa errónea, al supuesto de la causa simulada. “Y se considera que la causa es simulada, cuando las partes conocen la verdadera causa de la obligación nacida del contrato que han realizado, pero mantenerla oculta frente a los terceros,

manifiestan de común acuerdo que dicha obligación tiene una causa distinta de la verdadera. (Taboada, 1996, p. 133)

a.2. Existe una confusión con la institución de la simulación

No obstante, no es difícil darse cuenta del error en que incurren estos tratadistas. Al igual que los que aceptan que la causa simulada es un supuesto de causa falsa, aquellos parten de la premisa de que solamente nos encontramos frente a una causa simulada en el caso de la simulación relativa: y como la que caracteriza a esta clase de simulación es la existencia de dos causas: una aparente conocida por todos y una verdadera que permanece oculta; se afirma que la causa simulada no es una causa falsa, pues a diferencia de lo que ocurre con la causa errónea es por su inexistente y origina la nulidad absoluta del contrato, en hipótesis si existe una causa verdadera y el contrato es válido.

En otros termino, no se dice, sino que en el caso de la simulación relativa la causa no es la falsa debido a que existe una causa verdadera oculta que sustenta la validez del contrato. Pero, “este razonamiento aparentemente correcto no lo es, ya que se olvida, que cuando se afirma que la causa simulada constituye uno de los supuestos de la causa falsa, se está diciendo que la causa falsa es precisamente la causa aparente de los contratantes han manifestado de común acuerdo y no la causa verdadera que permanece oculta a los terceros. (Taboada, 1996, p. 134)

a.3. Causa Ilícita, la no existencia de la causa ilícita

Ahora bien, si conforme se ha manifestado en innumerable oportunidad, la causa según la teoría clásica es un móvil que se distingue netamente de los demás móviles que constituyen los motivos, es decir, las razones personales, contingente, variable de un individuo a otro, pues se dice de ella, que es el móvil abstracto, inherente a la naturaleza del contrato idéntico en todos los contratos de una misma categoría, por el cual el deudor asume su obligación; resulta muy difícil que en un contrato la causa de la obligación pueda ser ilícita, ya que por lo general la misma siempre será lícita debido a su carácter abstracto y permanente (Taboada, 1996, p. 135)

Cuando se identifica la causa con el motivo abstracto o típico no resulta útil, porque no se puede hablar de ausencia de causa, ni de causa ilícita.

En tanto que no se puede encontrar el tema de la causa ilícita en tanto que fue el motivo o finalidad de la misma norma; y es identificar con todo el negocio jurídico y en tanto que su ausencia de causa no existiría; y la causa ilícita tampoco existiría.

En tanto al motivo concreto varía según la perspectiva del sujeto, **y por otro lado, toda conducta tiene un fin determinado**, y este fin está inmerso en la causa, por otro lado cuando habla de un fin es una situación futura, y la causa es un elemento concurrente (aquí y ahora) para la formación del contrato o negocio, por dicha razón no puede considerar a la causa como el motivo concreto o abstracto, en tanto que los motivos ya están regulados en el

ordenamiento jurídico ya sea a través de normas imperativas o facultativas que, en este último amplía el juego de la autonomía privada.

La respuesta es porque las dos están basadas en una concepción individualista del contrato, según la cual, el contrato es el simple acuerdo de voluntades, siendo el solo consentimiento de las partes contratantes el capaz de poder producir efectos jurídicos. Las dos teorías subjetivas parten, pues de la premisa individualista según la cual la fuerza obligatoria del contrato, la razón de su eficacia jurídica está en el simple consentimiento de las partes. La voluntad es omnipotente, todopoderosa, para crear, por si misma, por su sola fuerza, efectos jurídicos, esto es la razón fundamentos, del porqué de la invención del término causa que en otro contexto filosófico social estaba en el Inglaterra o Alemania.

Siguiendo esta lógica, en un sistema contractual o negocial en el cual la voluntad declarada sea suficiente por si misma para producir efectos jurídicos, la causa necesariamente tendrá que ser referida a un aspecto que se encuentra dentro del propio sujeto, a una de sus múltiples motivaciones o razones psicologías determinantes de la celebración del contrato.

“En este sentido la teoría clásica la causa se identifica con el motivo abstracto, siempre igual en todos los contrato de una misma naturaleza, sean estos contratos sinalagmáticos, reales o contratos a título gratuito. (Taboada, 1996, p. 647)

Y por último, al hacer descansar el concepto de causa en el motivo (determinante o más próximo) de la declaración de voluntad, o en el fin (práctico, jurídico o inmediato) de esa misma voluntad, la causa viene a ser o una variante del consentimiento o del objeto del contrato o negocio, sin que pueda construirse su autonomía como requisito independiente del negocio; esta falta de independencia se revela desde esta concepción igualmente desde el tema de la causa ilícita en el que la causa-requisito viene a confundirse con el fundamento mismo del negocio, el cual ha de ser considerado como ilícito para que pueda ser acreedor de la tutela jurídica. Llevando el tema a un terreno que, si bien no deja de ser digno de tener en cuenta, le distancia notablemente de su punto de partida, perdiendo su autonomía y haciendo referencia más a la causa del negocio que a la causa de la obligación como requisito del negocio. (De los Mozos, 1987)

El legislador peruano de 1852 adoptó la doctrina francesa de la causa final en su acepción clásica, esto es, como el fin abstracto, típico y directo o inmediato, siempre idéntico, constante e invariable en todos los actos pertenecientes a una misma categoría. En el art. 1235 que fue tomado del art. 1108 del Código de Napoleón se señala a la “causa justa para obligarse” como uno de los requisitos esenciales de todo contrato (Torres, 2002, p. 289)

Esta doctrina distingue entre la causa de la obligación y el motivo de esta. Al respecto dice Ortiz de Zevallos, “supongamos que necesite yo trigo para sembrar mis tierras, y que compre la

cantidad necesaria: ¿Por qué me obligo?. 1º. Para que el vendedor se obliga a darme el trigo que necesito. 2º Para sembrar mis tierras. La primera contestación indica la causa de la obligación, porque es el fin inmediato, esencial, que se encontrara en todos los contratos del mismo género, el otro fin es el motivo de la obligación, porque no es inmediato, no es esencial, es accidental puede no presentarse en contratos del mismo género. La primera es la inmediata causa, el motivo es la causa remota, *causae causarum*"

En el Código Civil derogado de 1852 en su Art. 1235 Para la Validez de los contrato se requiere: (Torres, 2002, p. 209)

1º. El consentimiento de las partes.

2º. Su capacidad para contratar.

3º. Cosa cierta que sea materia del contrato.

4º. Causa justa para obligarse

b.- Anticausalismo Clásico

Dicha teoría afirma que la causa no es un elemento del contrato, niega el valor teórico; y propone la supresión del Code. Y su mérito fue hacer revisión exhaustiva de la causa. Precizando que la causa lo confunde con el objeto de la convención, la confusión de la causa ilícita con el objeto ilícito, en todas las hipótesis de la causa falsa o ilícita, ya el contrato es nulo ya sea por carecer de objeto o porque el ordenamiento mismo lo sanciona como la nulidad.

Para un cierto número de autores la causa de la obligación, tal como la entienden los clásicos y en el entendimiento que la noción clásica es la asumida efectiva y realmente por el legislador, no constituye un elemento esencial de validez de los contratos, por lo que el legislador hizo mal al incluirla entre los mismos al regular la materia contractual. “A estos autores se los llama “anticausalistas” en contraposición a aquellos otros que consideran que la causa de la obligación, es decir, la causa en su versión clásica, sí es un elemento de los contratos y que por ello mismo se los conoce como “causalistas” (Torres, 2002, p. 136)

Por primera vez, fue hecha por Ernest, profesor de Universidad de Lieja, cuando fue un autor póstumo, e “¿Es la causa una condición esencial para la validez de las convenciones?, que en primer momento duramente combatida y que olvidado por más 52 años fue acogida por Laurent, y posterior acogida por Baudry Lacantinerie y Barde y Marcel Planiol.

Y posteriormente se ha extendido a otras partes dicha teoría lejos de Francia, como en Italia con Giorgi, en España con De Diego y Falcón. **No tenemos antecedentes en América Latina, menos en la doctrina nacional de un anticausalismo.**

El fundamento que su posición fue atacar la inexistencia de la causa, esto implicó aseverar que la causa no es elemento del contrato, con ello la noción de causa, así mismo cuestionar los elementos del contrato, así como la noción de ausencia de causa, causa falsa y el de la causa ilícita.

Esta teoría parte que, los contratos sinalagmáticos, ello también hace referencia a contratos onerosos, se confunde la causa con el objeto del contrato que son la obligaciones [ojo en esa época no existe el objeto como elemento del contrato], refutación a esta posición, que confunde entre contratos onerosos y contratos sinalagmáticos, ya que responder a diferentes criterios de clasificación, en primero esta razón a coligación de obligaciones y el segundo a la cuantificación pecuniaria de la prestación.

Ernst tiene la confusión entre obligaciones recíprocas y prestaciones recíprocas, cuando es a la inversa la reciprocidad está en la prestación y no en la obligación.

Señalan que es falso que el objeto de los contratos es la prestaciones y la causa de la obligación de cada una de las partes consiste siempre en la obligación recíproca asumida por la contraparte.

Existe una distinción entre objeto de la obligación y la causa de la obligación, antes de eso existía una total confusión, conceptual de dichos términos.

Es, esta neta distinción entre la causa y el objeto (ya sea este del contrato o de la obligación únicamente, según la posición adoptada) en los contratos sinalagmáticos (como para todos los contratos en general) ha sido consagrada por los autores causalista con la utilización de celebre fórmula de un profesor parisiense, OUDOT, según la cual para hallar el objeto es preciso responder a la pregunta “¿*Qué se debe? (quid debetur)*”, mientras que para encontrar la causa se debe responder a la interrogante

¿Por qué se debe? (cur debetur), (Taboada, 1996, p. 141) la diferencia entre causa y objeto se presta para una gran confusión actualmente en tanto que existe dudas de la existencia de la causa y existe muchas teorías del objeto del contrato o negocio jurídico en la doctrina nacional y extranjera.

Como en los contratos sinalagmáticos las dos obligaciones nacen del mismo contrato y al mismo tiempo, existe una imposibilidad lógica de que una obligación sea la “causa” de la obligación correlativa, ***puesto que un efecto y su causa no pueden ser exactamente contemporáneas***. Si cada una de las obligaciones es el efecto de la existencia de la otra, ninguna de ellas podría nacer. ***Ese fenómeno de producción mutua es incomprensible***.

Este segundo argumento que es de PLANIOL, a diferencia del argumento de ERNST que acabamos de analizar, combate la noción de causa en los contratos sinalagmáticos aceptando como punto de partida la afirmación, establecida por los mismos causalistas, de que en dichos contratos la causa de la obligación de cada una de las partes es la obligación correlativa, esto es, que son las dos obligaciones las que se sirven mutuamente de causa. (Taboada, 1996)

En los contratos reales afirman que la entrega es la causa, esto implica confundir los términos, en tanto que la entrega es un requisito de formación de los contrato, la ausencia de causa se confunde con la ausencia de contrato. Y en los contratos gratuitos en la falta de liberalidad no es otra cosa que falta de

consentimiento y la ausencia de causa se confunde con la ausencia de contrato.

Y respecto a la moralización del derecho, ello es una premisa imposible en tanto que solo es necesario la licitud o ilicitud. Y en realidad no existe ausencia de causa, lo que ocurre es no concurrencia de ciertos elemento para la formación de contrato similar en la causa falsa.

Critica a la posición anticausalista desde la dogmática clásica

Pero, ¿es posible sostener que las obligaciones reciprocas nacidas de un contrato sinalagmático sean un elemento de formación de dicho contrato? Evidentemente no, pues, mientras el contrato es un negocio jurídico bilateral (en el que participan dos o más partes) destinadas a la creación (modificación, regulación o extinción) de relaciones jurídicas patrimoniales entre personas; las obligaciones son precisamente aquellas relaciones jurídicas de carácter patrimonial que nacen de los contratos (aunque no exclusivamente de ellos, pues nacen también de otras fuentes, sin embargo, del contrato siempre nacen obligaciones). Así pues, el contrato es un hecho jurídico (de los que conforman la especie denominada “acto jurídico”, según la doctrina francesa y el Código Civil peruano, denominado negocio jurídico por el sistema alemán y casi totalidad de la doctrina en la actualidad) mientras que la obligación es un efecto jurídico (relación jurídica patrimonial entre personas) que el ordenamiento jurídico conceden a la producción

de aquel hecho como respuesta (y que por ello mismo se convierte en hecho jurídico).

Y como es sabido y aceptado universalmente por la doctrina, los efectos jurídicos no son elementos de los hechos jurídicos, sino más bien la consecuencia de la existencia previa de los mismos.

No se puede afirmar en modo alguno que el efecto jurídico sea elemento de formación del hecho jurídico que lo ha generado, pues que exista o nazca el efecto jurídico, debe haberse formado y existir previamente el hecho generador del mismo. Ningún autor (incluido los que siguen la teoría clásica) ha sustentado la tesis de que las obligaciones sean elementos de los contratos (o requisitos, o elementos esenciales de existencia, de validez, etc., según sea la terminología adoptada), sino más bien se ha dicho y se dice siempre que las mismas son los efectos de los contratos. De ser ello, así, se estaría desconociendo que el contrato es, por excelencia, una fuente de obligación. “Por el contrario, siempre, se ha distinguido netamente los conceptos de lo que es un contrato y de lo que es una obligación. *Habría un contra sentido lógico de orden conceptual.* (Taboada, 1996, p. 143)

Por otro lado, tampoco debe olvidarse, que en cuanto a la vida de los negocios jurídicos (y por consiguiente de los contratos) la doctrina distingue cuidadosamente las etapas de formación (nacimiento, perfección, celebración, según otros) y de la eficacia de los mismos (además de una tercera fase llamada ejecución o consumación. Así, mientras del negocio jurídico se considera

formada cuando esta unidos todos sus elementos, se estima que es eficaz cuando nacen sus efectos jurídicos, cuando los produce. "Consecuentemente, la noción clásica de causa en los contratos sinalagmáticos, según la cual la causa de cada una de las obligaciones recíprocas estaría en la obligación correlativa no es verdadera. (Taboada, 1996, p. 144)

La misma lógica se aplica para los contratos reales, no es otra cosa que el cumplimiento de la ley, en tanto que en los contratos "reales", tiene como fundamento el consentimiento, y cuando nace el contrato nace las obligaciones y la ejecución es la entrega, en tanto y en cuanto la fuente de las obligaciones es el contrato y la ley, así mismo se debe recordar las fases del iter contractual como tratativas. En suma es por ello, no es la causa la entrega de la cosa, o sería una confusión entre contrato real y elemento del contrato (entrega de la cosa).

De la causa de la obligación nace el contrato y es un elemento del contrato, porque si del contrato tiene efectos obligatorios, por tanto la causa es un elemento del contrato. Esto entendido como el móvil por el cual se celebra el contrato, la parte que va a quedar obligada por intermedio o como consecuencia del nacimiento o formación del contrato, la razón abstracta siempre idéntica en todos los contratos. El problema es, en los contratos innominados y atípicos, donde la normatividad solo tiene elementos genéricos y no tiene naturaleza propiamente regulada por los contratos, sin embargo dichos contratos son la excepción y no la regla general.

Esta postura es algo que no tiene lógica, en tanto que la causa de la obligación que hace el contrato, debo de precisar como ya se dijo en líneas arriba, la obligación es un efecto por tanto es en sentido contrario; primero nace el contrato luego la obligación, **como un efecto va a ser un elemento constitutivo al mismo tiempo**, además debemos de precisar de nuevo que en esa época no se distinguía correctamente entre objeto y causa.

Otra contradicción es cuando señalan la causa de las obligaciones sinalagmáticas y reales, para salvar la figura antes críticas que no es la ejecución sino la representación de la obligación correlativa y representación de la entrega. Sin embargo esta proposición se contradice con la noción general de causa, en tanto que dicha representación sea un hecho futuro después de la celebración del contrato, y *no un elemento propiamente constitutivo concurrente al momento de la celebración del contrato, una cosa es la representación en la cerebro del contratante y otra cosa es la obligación que nacerá del contrato.*

También dicen que, en los contratos a título gratuito (intención de liberalidad) es el único que tiene coherencia con la noción general de causa, en parte tiene razón, pero al fondo tiene las mismas contradicciones señaladas anteriormente. En tanto que la voluntad de representación de las obligaciones futuras, o el fin inmediato que desean el contratante en el futuro contrato, y dicen que ese móvil es el elemento esencial del contrato.

A este último debo de señalar que ese móvil está inmerso dentro de la declaración de voluntad, caso contrario si la declaración de

voluntad es un elemento independiente de la causa, debe de señalarse su diferencia, que lo hace los que los sostienen esa postura.

Critica a la AUSENCIA, FALSA E ILICITA CAUSA SEGÚN LOS ANTICAUSALISTAS

Según se sabe, la causa de la obligación es el móvil, el móvil inmediato y directo, siempre idéntico en todos los contratos de una misma naturaleza, que ha determinado al futuro deudor a celebrar el contrato. Pues bien, si la causa es un móvil, la ausencia de causa, en puridad de términos, no sería otra cosa que la ausencia de causa sería la ausencia del móvil inmediato y directo, siempre idéntico en todos los contratos de una misma naturaleza, que ha impulsado a la parte que va a resultar obligada a declarar su voluntad contractual.

Sin embargo, como también le hemos visto, nunca podría presentarse el caso de dicho móvil pudiera está ausente en la celebración de un contrato, pues según la propia formula que utilizan los clásicos al definir la causa, no solo se trata de un móvil inmediato y directo, es decir, del móvil más próximo, sino que se trata del móvil de dichas características que es siempre idéntico, el mismo, en todos los contratos de una misma naturaleza, es decir, se trata de un móvil que siempre está presente en todos los contratos de una misma categoría.

(Taboada, 1996)

Existe una confusión entre el objeto del contrato, objeto de la obligación, del objeto de la prestación, que es propio de la época, por ello quizás hemos conceptualizado en la actualidad con mucho énfasis esa diferencias aceptado comúnmente en la doctrina actual.

La obligación correlativa no tiene objeto, por ello el contrato es nulo, en tanto que el contrato no se ha podido formar por falta de objeto o una obligación correlativa no tiene objeto y no llegara a perfeccionarse (ejemplo clásico es el contrato de compra venta, la no existe la cosa objeto de venta) la teoría clásica señala la ausencia de causa, y los anticausalistas señalan que no existe el objeto es nulo por falta de objeto.

A nuestro parecer es el origen para la conceptualización del objeto como elemento del contrato, que hasta ese momento no se había dado.

Y en el contrato real se confunde entre ausencia de causa con ausencia de contrato, en tanto que en los contratos reales en necesario el consentimiento además de ello la entrega de la cosa para la formación del contrato y si no hay entrega no hay contrato.

En los contratos reales nunca podría darse el supuesto de causa falsa, en tanto es imposible que el motivo abstracto de liberalidad o ausencia de intención de liberalidad exista.

Consecuentemente, en lo que se refiere a la ausencia de causa en los contratos sinalagmáticos, en los contratos reales y en los contratos a título gratuito (o lo que es lo mismo en lo que se

refiere a la causa falsa en las tres categorías contractuales) la teoría de la causa es inútil.

Respecto de la causa ilícita del contrato sinalagmático es ilícita cuando una de las obligaciones recíprocas nace un ilícito cuando un objeto de la obligación es ilícito y la por esta a razón es nula, es decir por tener objeto ilícito y por tanto la obligación correlativa es ilícita es nula. El anticausalismo señala contra este argumento que es nulo por tener objeto ilícito, en tanto que ninguna de la partes queda obligada frente a la otra.

En el contrato gratuito, la intención liberal es cuando la intención va contra el ordenamiento jurídico, y el anticausalismo señala, que no podría darse en tanto que la causa es el móvil abstracto independiente al móvil subjetivo por tanto no podría darse la causa ilícita.

En los contratos reales tampoco existe causa ilícita en tanto que la entrega de la cosa, por si misma no ilícito ni inmoral.

“Ahora bien, como teoría clásica de la causa no solo es inútil, sino que además es falso, podemos afirmar, para concluir nuestro análisis sobre dicha teoría clásica es falsa e inútil (Taboada, 1996, p. 189). Y hoy tener una postura anticausalista, es ser acusado de formalista o positivista, y contrario al rol moralizador de los contratos, lo cual es erróneo, en tanto que cuando se aplica el derecho prima la moral normativizada ya sea en las reglas o principios.

A diferencia del Código Civil de 1852 que se adhirió a la teoría de la causa tal como está considerada en el Código Francés, esto es,

como un elemento esencial, del acto jurídico, sancionado con la nulidad de falta de causa, el Código Civil de 1936, fue anticuasalista, es decir, prescinde de la idea de causa como requisito de existencia del acto jurídico, limitándose a sanción, en su artículo 1804, con la nulidad relativa (anulabilidad) la falsa causa cuando expresamente se manifiesta como razón determinante de la declaración de voluntad o bajo la forma de condición (Torres, 2002)

Citado por Torres, a Manuel Augusto Olachea sostiene que el art. 1075 del Código Civil de 1936 exige para la validez del acto jurídico, solo dos elementos: el Consentimiento que se confunde con la capacidad y el objeto. La forma no es indispensable sino en los casos en que los actos van producir efectos respecto de terceros. Se elimina la idea de causa por no tener independencia, de la inteligencia y el objeto y porque la causa ilícita ser un concepto inútil. La causa es el objeto; así, Yo vendo mi casa porque el comprador me paga el precio, la causa se confunde con los móviles individuales por los que el sujeto celebra el acto jurídico, los mismos que tiene importancia para el Derecho. Los que ven a la causa como el fin inmediato de la obligación, están confundiendo la causa con el objeto. La teoría de la causa es una palabrería vacua. (Torres, 2002)

c.- Neocausalismo

La teoría clásica es insostenible por sus inconsistencias lógicas, en suma es inútil, el neocausalismo, que la reacción de la

jurisprudencia francesa, para la reelaboración de una nueva noción de causa del contrato, con orientación distinta. Su criterio de vinculación del contrato es el consentimiento.

Teniendo como ya, no el motivo abstracto idéntico a la naturaleza del contrato sino se resalta ahora el motivo individual para la celebración del contrato. Como lo señala Capitant, (1997) señala que la causa es la finalidad o el propósito de la parte para asumir la obligación, como una especie de motivación para el consentimiento, y hacen la diferenciación entre la causa y el motivo, el primero entiende como la finalidad que ingresaba en el contrato contenido en la voluntad. O un motivo jurídico determinante integrante de contrato y el motivo no era parte del contrato pero también dejando un espacio para poder incorporar su finalidad de las partes.

Planiol, señala:

1º será falsa:

- a) Para los contratos sinalagmáticos, pues no se concibe que las obligaciones que nacen simultáneamente puedan servirse respectivamente de causa: la causa debe preceder al efecto;
- b) Para los contrato reales, en los que se presenta como causa de la obligación lo que no es otra que el hecho generador de esta obligación, a saber, la prestación efectuada por el acreedor; se confunde a su la causa final con la causa eficiente, la causa civilis del derecho romano;
- c) Para las liberalidades, que se atienden, en la teoría clásica, al, *animus donandi* abstractamente considerado, lo que no

significa nada, ni nada, ni permite hacer caer una sola donación, por reprehensible que fuese la finalidad.

2º Porque la teoría de la inútil, no solo, como se acaba de recordar, en materia de donación, sino también para los actos a título oneroso, sobre todo los contratos sinalagmáticos: en todos los casos en que falta la causa o la causa es ilícita, el acto es ya inexistente o nulo por otra razón, por no tener objeto o por tener un objeto ilícito o inmoral. Si dos individuos se conciertan para infracción, el compromiso adquirido por uno de los dos de cometer esta infracción tiene un objeto ilícito, esto supuesto, es inútil proclamar que la obligación correspondiente, la de reenumerar al autor del delito, tiene una causa ilícita; la operación estaba ya anulada por razón del objeto; es supererogatorio afirmar que sea nula por razón de su causa; desde el momento en que la misma prestación es a la vez objeto y causa según el punto desde el que se mire, basta que pueda ser atacada en una de sus funciones; todo lo demás no es otra cosa que literatura; la teoría del objeto ilícito quita todo interés a esta otra de causa ilícita (Josserand, 1950)

La corriente neocausalistas una primera postura es el motivo abstracto que permite el móvil impulsivo y determinante de las partes, así mismo el motivo abstracto se mantiene, pero tiene perspectivas separadas, y Taboada lo denomina Dual. Así mismo mantiene la causa como ejecución de la obligación, cambia ya no interdependencia de las obligaciones sino la ejecución misma de

las obligaciones en los contratos sinalagmáticos. Y en los contratos reales mantiene la tesis clásica y en los contratos gratuitos, sigue siendo la tendencia subjetiva o psicológica que lo clásico.

Una segunda postura del neocausalismo es la pura, que solo admite el motivo que identifica por el motivo o móvil impulsivo y determinante individual u concretas.

Tercera que hace una combinación, es decir, entre el móvil abstracto-jurídico y que permite combinar motivos determinantes entre la partes (a diferencia del dual que diferencia entre lo subjetivo y lo objetivo) en el integral es el móvil abstracto-jurídico que se incorpora móvil concreto individual, y ambas son una sola, concepción neocausalista integral que no permite desdoblar dichas posiciones sino lo entiende en su integridad.

El neocausalismo entendido la causa con un finalidad moralizador; aquí el problema la moral y el derecho, que es eterno problema de la filosofía del Derecho; y la moral en sí mismo no influye al derecho en su aplicación practica sino la moral normativizada; la moral es mi mismo influye en como argumento pre legislativo.

De este argumento de la causa, con su rol moralizador se arrastra cuando se habla de causa como fin práctico, constante y único; en tanto que el aspecto subjetivo debe tener un fin moral-normativo. Y la causa como límite de actos ilícitos, o como un filtro.

Una postura moderna del anticausalismo en la doctrina española:

Según opinión, la causa es solo es algo perfectamente inútil, y los códigos la acogen, podían haber prescindido de la misma, sin que nada cambiase por ello.

En general, quienes eso, lo hacen contemplando, en concreto, la causa de las obligaciones contractuales, y advierten que en los contratos onerosos, la causa se confunde con el objeto, (prestación de la otra parte), en los gratuitos con el consentimiento del que hace la liberalidad. La tesis anticuasalista supone una objeción contra la causa como requisito necesario autónomo, establecido por el Derecho positivo. Como tal, la causa sería innecesario, y el papel que se piensa esta llamada a desempeñar, ya se cubre de otra manera: así, su inexistencia o ilicitud coincidiría con las del objeto (del contrato) o con la carencia de la voluntad de donar; su falsedad, con la simulación; etc. (Albaladejo, 1993)

El anticausalismo ha existido desde el nacimiento de la teoría clásica, también existe en nuestra época, al final será un teoría que se impondrá con el trascurso del tiempo en tanto que el derecho poco a poco deja lo metafísico, y le vuelve a ser más objetivo como objeto epistémico.

c.1 Criterio Esencial de la Teoría Neocausalista

La terminología de dicha clasificación lo señaló el autor nacional Taboada (1996).

c.1.1 Teoría dual

La concepción neocausalista dual, entiende que en vez de una sola causa que se identifica con el motivo concreto y determinante de las partes, existen dos nociones de causa: la causa de la obligación o causa objetiva, que es abstracta y que se concibe de acuerdo a los postulados clásicos; y la causa del contrato o causa subjetiva, que se entiende como motivo común, concreto y determinante de la celebración del contrato. Según esta corriente, en vez de una sola causa, existen dos tipos de causas; la referida a la obligación y la referida al contrato.

El criterio esencial es el motivo impulsivo y determinante uno de los primeros autores Franceses en teorizar fue Josserand, que acuso a la teoría clásica como abstracta y oscura. Que conceptualiza la teoría dual, en que es necesario el motivo individual en tanto que es necesario para sancionar los fines ilícitos y inmorales.

En 1928 Josserand, publicó su libro *Les mobiles dans les actes juridiques privés* (Los móviles en los negocios jurídicos de Derecho privado). Para el ilustre decano de la Facultad de Derecho de Lyon, se debían considerar dentro del concepto de causa de la obligación no solamente a los motivos abstractos y permanentes sino también a los motivos concretos, individuales, variables que, en unos casos determinados, en la especie, han inducido a las partes a contratar y han sido, por consiguiente, determinantes (Josserand, 1950)

En realidad no hay una teoría de la causa, sino más bien dos teorías netamente distintas, y si los autores se han manifestado,

en general, incompletos u oscuros, es por no haberlas separado: esta, por una parte, la causa del Código civil, o causa intrínseca, que es abstracta y se integra en el contrato, del que es uno de los elementos constitutivos; y , por otra parte, la causa impulsiva y determinante, que es, a diferencia de la precedente, un móvil individual, una noción concreta que permanece extraña al contrato y es, en gran parte, creación de nuestra jurisprudencia (Josserand, 1950)

Mazeaud y León (1960) definen a la causa del contrato es el móvil concreto que ha determinado cada parte al contratar hace la distinción entre causa de la obligación y causa del contrato, como señala: Hay que distinguir la causa del contrato, que es el móvil que ha determinado al contratante a celebrar la convención, y la causa de la obligación, que es la razón por la cual asume su obligación el contratante. El móvil es individual, concreto; la causa de la obligación es abstracta, siempre idéntica, en un mismo tipo de contratos (Mazeaud y León, 1960)

Larroumet, (1993) señala, cuando se trata de acto jurídico, la causa es la motivación de la voluntad, esto es, la razón por la cual un deudor se compromete en virtud de un contrato. En efecto, la causa siempre es considerada por el aspecto de la deuda para justificarla y no por el del crédito. El crédito es la contraprestación de la deuda en una relación de obligación y en cuanto esté justificada la deuda lo estará también el crédito, por consiguiente y luego más adelante agrega: la causa final, y únicamente esta, es la que debemos estudiar, o sea la razón de ser de la obligación

contractual. En efecto, parece evidente que nadie se compromete válidamente sin una razón. Por tanto, la causa es un elemento fundamental de la obligación contractual a través de la justificación de la voluntad. Si la causa es inexistente o si, aunque exista, no es válida (por ejemplo, porque es contraria a la ley y a las buenas costumbres, como lo dice el Código Civil en su art. 1133, es contrario será nulo (Larroumet, 1993)

Esta teoría tuvo aceptación en los autores PLANIOL y RIPERT, RIPERT BOULANGER. PIERRE DUPONT DELESTRANT.

Hacen una diferencia entre ente causa de la obligación que señala que es abstracta y la causa del contrato que es concreta, así hace la diferencia entre causa de la obligación. Y esto la causa ilícita se relaciona con la moralidad, y dichos móviles son comunicables cosa contraria es nulo cuando dichos móviles comunicados contra buenas costumbres y orden públicos, que se inserta a través de la declaración de voluntad.

Es un sistema "más amplio" más psicológico de los móviles individual y variable (móvil fin) que tiene que ver con la moralidad, de cada uno de las intenciones que se persigue. Julien Bonnecase, lo que se propone es alcanzar cuando se obligarse cada uno de las partes, dentro de este contexto habría una confusión entre el contenido de la declaración de voluntad, y la causa y entre el ejercicio de la autonomía privada y la causa.

Para el neocausalismo dual, las dos causas, aunque distintas, se complementan perfectamente, pues mientras la causa abstracta se constituye en un elemento del contrato, la causa abstracta se

constituye en un elemento del contrato, la causa ilícita y como tal sirve de elemento de control judicial de los motivos de las partes contratantes. (Taboada, 1996)

En caso del Neocausalismo puro es la reacción al rechazo del motivo abstracto y la preferencia del motivo individual, ello empieza después que la Corte Suprema de Francia de 4 de enero de 1832 la teoría neoclásica como un elemento subjetivo individual.

Hay dos causas: el motivo abstracto y el motivo abstracto; pero ese móvil solo funciona cuando es incorporado en el contrato, para juzgar la inmoralidad o la ilicitud. No rechaza la perspectiva clásica sino mantiene y respeta; y le da una nueva valorización.

Habla de dos noción de causas, lo objetivo y subjetivo, sin embargo en la realidad solo existen una solo noción de causa, que se encuentra regulado en los diversos Código causalistas, solo fue por intento de re conceptualizar la causa ilícita.

C.1.2 Teoría Pura

Se entendió a la causa como el motivo concreto y determinante; En neocausalismo puro es una nueva visión del fenómeno causalista que rompe definitivamente con la abstracción del causalismo clásico. Se identifica la causa con el motivo concreto determinante y dicho motivo debe ser comunicable y si se trata de un motivo ilícito para el contrato sea inválido. No tiene sentido la seguridad jurídica que vaya contra la ley o moralidad pública,

mediante un fin ilícito, es decir el fin ilícito goce de protección legal; a ello se denomina causa ilícita.

De esta manera, hemos examinado al detalle la concepción neocausalista dual sobre la causa, que considera que, en vez de una causa, deben haber dos: la causa del contrato, que es concreta y subjetiva, conformada por los motivos concretos determinantes de la celebración del contrato, y cuya utilidad es permitir un control judicial de la conformidad del contrato con los fines del ordenamiento jurídico, a través del examen de los motivos determinantes; y la causa de la obligación, que es abstracta, cuya utilidad radica en establecer si un contrato ha sido celebrado reuniendo todos sus elementos de orden contractual. (Taboada, 1996)

Aceptan a la teoría clásica de la causa y tiene una doble noción de causa; la causa objetiva y subjetiva el concepto de causa debe estar conforme con las normas del ordenamiento jurídico y que debe permitir su aplicación, no solo es concepto doctrinario sino legal.

Los Hermanos Mazeud, señalaron a la causa del contrato como la razón que ha determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato y a la causa de la obligación como la razón por la cual asume su obligación el contratante. (León y Mezeud, 2004)

Siendo esto así, debe establecerse, en consecuencia, que esta orientación neocausalista, no solo señala la necesidad de dos conceptos de causa, sino que para diferenciarlas, proclama la idea que la causa abstracta debe estar referida a la obligación,

mientras que la causa concreta deberá estar referida al contrato como operación jurídica. Por ello, es que en la doctrina francesa moderna sobre la causa es típica la distinción entre causa de la obligación y causa del contrato, aun cuando, no debe olvidarse, que la causa de la obligación es un elemento del contrato. (Taboada, 1996)

Sin embargo, para finalizar el análisis de la opinión de Bonnecase es necesario determinar cuáles son los motivos que se identifican con la causa, teniendo en cuenta que al celebrar un contrato o un negocio jurídico, el sujeto o los sujetos lo hacen siempre determinados por una diversidad de motivos, unos más importantes que otros, unos conscientes, otros inconscientes, etc. Estas interrogantes es de fundamental importancia, pues no basta con decir que la causa debe identificarse con el motivo, debe precisarse con que motivos se produce esta identificación. Obviamente, ya sabemos, que no se trata del motivo abstracto, impuesto por la naturaleza del contrato o del negocio jurídico (Taboada, 1996)

En nuestra opinión es absurdo crear artificialmente una segunda noción de causa, referida al contrato, con el fin de justificar los supuestos de causa ilícita, pues la causa, de acuerdo a la regulación de los códigos civiles causalistas, es un único elemento del contrato. Más aun es ocioso atribuir a una segunda noción de causa la responsabilidad de determinar o no la presencia de una causa ilícita, pues esa misma función puede asumirla la causa, entendida como causa objetiva o abstracta, en

la medida que se permita la incorporación a ella de los móviles concretos y determinados de la celebración del contrato,. En tal sentido, desde nuestro punto de vista, la concepción neocausalista dual, al igual que la pura, debe ser rechazada. (Taboada, 1996)

La teoría pura es una postura psicológica motivo concreto determinante de la voluntad de las partes, ello nace como rechazo de la postura clásica.

La concepción neocausalistas pura identifica plenamente la causa con el fin práctico, es decir, con el motivo concreto y determinante de la voluntad, rechazando la tradicional distinción clásica entre la causa y los motivos. Para esta orientación la causa es una noción completamente subjetiva. Esta corriente no ha tenido mucho existo en la doctrina causalista en general, debido a la captación, casi total, de la diferencia entre causa y motivos. (Taboada, 1996)

Cabe preguntarse, cualquier motivo, en tanto que los motivos para contratar es diversos y inclusive para quien según su perspectiva tiene jerarquías de motivos, dentro de esto contexto cabe preguntarse ¿Qué cualidad de motivos debe exigir para que sea causa?. O es parte del contenido de la declaración de voluntad.

Hay dos causas: el motivo abstracto y el motivo abstracto. La presente teoría francesa, señala que la causa es el motivo determinante de la celebración del contrato (negocio jurídico de origen alemán), es decir el móvil impulsivo determinante, por dicha razón se confunde el motivo con la causa, en tanto que el

motivo es subjetivo, contingente, variable de sujeto a sujeto. Así mismo no existe ausencia de causa.

C.1.3.- La teoría integral

Corresponde ahora examinar el origen y el significado de la última de las corrientes neocausalistas, que al igual, que las otras dos, fue también consecuencia de una interpretación de la noción jurisprudencial de causa impulsiva y determinante, en base a la insatisfacción que produjo en la doctrina francesa la noción clásica de la causa, fundamentalmente en materia de causa ilícita. Esta tercera corriente nació como producto del pensamiento de HENRI CAPITANT expuesto en su célebre obra denominada *De la causa de las obligaciones*. Como ya hemos adelantado brevemente, el pensamiento de CAPITANT, dio lugar a la tercera tesis neocausalista, que nosotros hemos denominado “*concepción neocausalista integral*”, y que ha alcanzado en la moderna doctrina sobre la causa del contrato y del negocio jurídico, una notable importancia, debido a la gran influencia que ha tenido en el desarrollo y evolución del moderno concepto de causa. Debemos recordar, que en la actualidad prevalece el concepto de causa, según se trata de un único elemento con un doble aspecto: un aspecto objetivo, en cuyo caso la causa se caracteriza como la función o finalidad misma del negocio jurídico y un aspecto subjetivo, que se entiende en el sentido que los motivos, de las partes contratantes, han sido comunes a las partes y determinantes de la celebración del contrato o del

negocio jurídico, a pesar de no ser en sentido estricto elementos de la estructura negocial o contractual, deben pasar a integrarse a la causa, ejerciendo por ello mismo influencia sobre la validez de los mismos.

En otras palabras, el neocausalismo integral, ha tenido y tiene el mérito de hacer comprender que los motivos no son completamente ajenos al concepto de causa del contrato y del negocio jurídico, pudiendo incorporarse a ella en algunas circunstancias, obviamente cuando hayan sido la razón única y determinante de la celebración de los mismos y se hubieran incorporado a la estructura contractual y negocial a través de del (sic) consentimiento y de las declaraciones de voluntad de las partes. (Taboada, 1996)

La teoría integral tiene un solo concepto de causa, diferente a la dual, lo que pasa dicha perspectiva subjetiva y objetiva tiene funciones distintas. Por otro lado esta teoría fue minoritarias.

Ruiz Serramalera señala: Separados los simples motivos particulares, que son indiferentes para la calificación del negocio, de aquellos otros que tienen una trascendencia legal, que afectan a su característica jurídica, corresponde al Derecho determinar con exactitud el resultado social del negocio, atribuyéndole una naturaleza específica. La causa subjetiva y la causa objetiva se unen, formando un conjunto armónico y constituyendo una causa concreta, que será la que fije definitivamente la configuración (naturaleza) y alcance (efectos) del negocio celebrado. La razón por la que el Derecho toma en cuenta los motivos para

incorporarlos a la causa varía según la consideración de estas apreciaciones subjetivas, pero con independencia de aquellos supuestos en los que el propio ordenamiento jurídico es quien los recoge de manera directa (como los de causa ilícita), en los demás se hace preciso que sea quien hace la declaración de voluntad el que las incluye como esenciales para la celebración del negocio (se deja, pues, a su voluntad), pero con la condición de que manera expresiva (ya sea declarándolo expresamente, ya sea dándolo a entender implícitamente) y sin lugar a dudas así se puede deducir de su conducta; en caso contrario no podrán ser tomadas en consideración, y por mucha importancia que se les conceda, quedaran reducidas a simples motivos sin relevancia jurídica especial. (Ruiz, 2003)

Finalidades de los contratantes esto en concordancia con el ordenamiento jurídico y la conciencia social. Acepta los motivos concretos que con la causa permite el ingreso y convierte en la razón o propósito práctico de los mismos.

Parte de todo contratante busca un fin esto lo representa en fin que determina al sujeto a contraer su obligación, ello forma parte integrante de la manifestación de voluntad (Capitant), es el elemento de ello, es decir, la causa forma parte de la manifestación de voluntad.

La manifestación de voluntad tiene dos elementos: 1) el consentimiento 2) el fin que se desea alcanzar mediante la obligación, teniendo en cuenta que es un medio para alcanzar un fin (causa-fin) ahora bien el primero se subsume al primero.

Si bien el todo es la manifestación de voluntad y parte integrante es la causa, al final lo que importa es el todo, donde se encuentra la causa como elemento autónomo o independiente del contrato.

Si la causa se expresa en la manifestación de voluntad, como puede ser la causa netamente psicológico, como impulso determinante del consentimiento y por ende de la celebración del contrato.

En esta línea de ideas se hace distinción entre motivo y causa, el primero son los motivos diversos y, a veces contradictorios que tiene el contratante que no conforma el contrato y la causa es el motivo determinante que impulsa esto que conforma en el consentimiento y por ende forma parte del contrato.

A este argumento debemos de precisar que es confuso, entre parte y todo, y la confusión entre elemento del contrato y el contrato.

La teoría subjetiva depende de la causa de la obligación a la vez de la naturaleza del contrato, el motivo subjetivo se incorpora a la causa a través de la manifestación de voluntad se integra al contrato y este a la vez tiene un motivo abstracto. Así para castigar la inmoralidad expresada en finalidades ilícitas.

No se habla de cualquier finalidad sino una finalidad específica, es donde se habla de finalidades económicas que se puede perseguir y lograr a través del negocio jurídico y esto que tenga coherencia con el fin jurídico que se incluye a través de la manifestación de voluntad. Es decir la combinación de motivos

concretos que es objeto en el consentimiento y determinante de ello para la celebración del contrato.

La esencia del neocausalismo es que incorpora las motivaciones particulares, determinante para la celebración del contrato.

Dejo de buscarse la solución al problema de la doctrina de la causa en una opción meramente subjetiva, o, por el contrario, en una alternativa totalmente objetiva. Y este cambio, que ha sido progresado, ha sido y es muy importante, por cuanto durante mucho los autores causalista pensaron que una de las dos alternativas podía resolver única y excluyentemente el problema sobre el significado y los alcances de la causa en los sistemas jurídicos casualistas. (Taboada, 1996)

Los Españoles Diez Picazo y Antonio Gullón señalan: La teorías sobre la causa siempre se han empeñado en distinguirla adecuadamente de los propósitos empíricos de las partes. La voluntad de estas, se dice, se dirige hacia un fin abstracto (por ejemplo, adquirir el dominio de la cosa en la compraventa o en la permuta) o hacia un fin socialmente útil (cambio de cosas por precio, cambio de uso o goce de una cosa por una merced, enriquecer al donatario, etc.). La razón o razones que hayan movido a esa voluntad fuera de la consecución de aquel fin son irrelevantes. (Diez y Gullon, 2003)

Sin embargo, lo cierto es que esta concepción abstracta y aséptica de la causa no es siempre lo real. Cuando una persona compra, arrienda o toma en préstamo una cantidad, lo hace por algo. Cuando las partes celebrar el negocio, afirmar la

jurisprudencia, para alcanzar fines ilícitos o socialmente reprochables, el negocio tiene una causa ilícita (s. de 26 de abril de 1962). Entonces, ¿Por qué no predicar que también los fines lícitos son causa negociales? ¿Por qué el fin o móvil ilícito tan solo?. Agregando inmediatamente: "Situándonos en el terreno de los propósitos empíricos de las partes es posible dar adecuada respuesta al tema de la causa y también comprender porque hay causa ilícitas que anulan el negocio (art. 1275). Permaneciendo anclados en los fines abstractos, en cambio, se nos escapa la esencia del problema.

El motivo abstracto señala como un concepto analógico a la finalidad jurídica del negocio, que buscan el resultado empírico pero debemos dejar de precisar esta finalidad no es constitutivo para la formación como elemento de ello. Y en cuanto al propósito genérico debemos de precisar ello se refiere al supuesto de hecho que regula la norma jurídica.

Cuando se habla de motivo determinante y concreto como propósito empírico que quiere alcanzar mediante el negocio jurídico [ello es parte de la eficacia del negocio, y no un elemento concurrente necesario para que el negocio se forme] y el propósito que tiene que ser común [cuando se habla de propósito común es el contenido de consentimiento], y ello es otro elemento.

Decir que el motivo puede ser concreto o abstracto a falta del primero queda el motivo concreto dicha afirmación no es cierto por lo señalado anteriormente.

Aquí la pregunta tiene sentido diversos según que el tema del interrogante se refiere a la causa determinante o eficiente del negocio o a la razón que justifica la tutela jurídica o la fuerza vinculante del negocio. En seguida nos damos cuenta de que ambas cuestiones enfilan perspectivas completamente distintas. La primera pregunta es porque se realiza un negocio; la segunda, porque un negocio vale como tal, cual es la causa de que reciba la protección, como tal negocio, del ordenamiento jurídico. Las teorías objetivas enfilan solo este segundo orden de cuestiones al equiparar la causa con la función económica social. Un negocio jurídico es protegido porque es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento. Pero esto no es “causa del negocio”, sino “función del negocio”. Valdría la pena situar junto a la causa en sentido estricto la función como elemento distinto. (Diez, 2003, p. 174)

La única fuente de tutela del contrato es el ordenamiento jurídico, no es que sea positivistas sino el límite de la autonomía privada es la ley, y por tanto no es la causa, la causa es un elemento que señala la ley como elemento genérico del contrato y del negocio. El autor hace una crítica a la teoría de la función económica social.

Hace una diferencia entre causa como finalidad jurídica y otra cosa es la función económica social, y hace una severa crítica a la teoría de la función económica social

Y habla de las finalidades ilícitas que lo entiende como las finalidades inmorales o el propósito que contra la ley, como ya señalamos y el único problema es el fraude a la ley (seguir repensando)

Ahora bien, algo diferente de la inmoralidad o la ilicitud del propósito de las partes que trata de conseguirse a través de un negocio objetivamente moral y lícito. Al valorar este propósito práctico de las partes es menester no olvidar que una motivación o un propósito solo adquieren relevancia jurídica cuando, siendo común a ambas partes, ambas lo han considerado como básico de un negocio. Aquí hay que colocar, a mi juicio, la causa en los hemos llamado “negocio iniciales”: en el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener o, si se quiere, en la presentación material por la que las partes se han dejado guiar al concluir su negocio. Esta es la única respuesta coherente al tema de la causa. Un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico. (Diez, 2003)

Existe una confusión entre propósito práctico con el consentimiento, siendo así la causa deja de ser elemento autónomo.

a) Que así entendida la causa es algo distinto de los motivos. El motivo o móvil es algo individual subjetivo, interno. La causa, o es común en el negocio de dos o más partes, o aun siendo individual en el negocio de una sola parte ha sido a conocer a los

destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.

b) El propósito común del resultado empírico ha de ser elevado por ambas partes a la categoría del presupuesto básico de su negocio. Ambas partes se han guiado, al concluir el negocio, por el propósito de conseguir este resultado empírico.

c) Cuando no existe un propósito específico y definido, común a ambas partes, la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad típica genérica del negocio, pero, en tal caso, la causa no es un elemento especial y distinto y se confunde con el consentimiento o con la voluntad negocial (*sunt causa sui ipsus*) (Diez, 2003)

Con el tiempo dicha teoría se volvió dominante, lo defienden los autores Manuel García Amigo, Manuel Albaladejo, José Castan Tobeñas, José Luis De Los Mozos, Enrique Lalaguna, Lacruz Bedejo, Jaime Santos Briz, María Del Carmen Gete Alonso, José Puig Brutau, Aurelio Candian, Massimo Bianca, Aldo Checchini, Luigi Ferri.

Esta teoría fue base fundamental para la construcción de la teoría objetiva que deja totalmente los motivos personales y sin embargo la doctrina francesa es fiel a la tesis subjetiva.

El neocausalismo integral, y en mucho menos medida las otras dos orientaciones neocausalistas, han desempeñado un importante rol en la evolución y cambio del concepto de causa, pues se entiende ahora que la causa no es únicamente un motivo,

y tampoco únicamente una función o finalidad jurídica o social.
(Taboada, 1996)

En nuestro concepto las opiniones sin fundamento, muy comunes y frecuentes, en nuestro medio sobre lo absurdo e innecesario de la doctrina de la causa, responden entre otros factores, no solo a un comprensible rechazo por un tema sumamente complejo, y mayoritariamente poco estudiado, sino a que lamentablemente hemos estado muy próximos a la teoría clásica de la causa de la obligación, debido a la gran influencia que ejerció la misma en todos los sistemas causalistas, sobre todo sudamericanos; teoría que, como es sabido, contribuyo decididamente a oscurecer la noción y la propia utilidad de la causa, dando lugar también como reacción a la denominada corriente anticausalista, confundiéndose de esta manera aún más a los juristas; y a que el Código de 1936 no se ocupara de ella, siguiendo el ejemplo del Código Civil alemán, que ha optado únicamente por el sistema de la causa de la atribución patrimonial, y que desentiende de la causa como elemento del negocio jurídico y del contrato.
(Taboada, 1996)

Tiene un elemento negativo de dicha teoría analizada en tanto que no evoluciona en distinguir entre el motivo y la causa, sigue considerando el aspecto subjetivo como el móvil impulsivo y determinante, lo único rescatable es su aspecto subjetivo con la finalidad de encontrar ausencia de causa y causa ilícita.

De esta forma, y dentro de la lógica de esta concepción individualista sobre el contrato y sobre la causa, esta última se

convierte o se tiene que identificar necesariamente con alguna motivación de los particulares al celebrar o concluir contratos. Por consiguiente, debe quedar claramente establecido, las dos teorías subjetivas de la causa son consecuencia directa del individualismo en materia contractual, del individualismo en materia contractual, del principio individualismo de la eficacia jurídica del simple consentimiento de las partes contratantes.

En segundo lugar, y como consecuencia lógica también de esta concepción individualista, la causa se convierte en un fin individualista, en el fin que persigue el deudor al contraer una obligación, o en el fin que persigue las partes contratantes al celebrar el contrato. La causa representa únicamente el fin de las partes, de cada una de ellas o de ambas. (Taboada, 1996)

No existe un querer sin un fin determinado; toda acción o conducta también existe una finalidad, esto es implícito en la declaración de voluntad su finalidad, en tema donde está la causa, que diferencia existe entre causa y declaración de voluntad, y el contenido de este.

No puede ser un instrumento moralizador en tanto que la moral siempre es relativa, la equidad es un criterio de ponderación. En legislación aun todavía existe, Código que acogen dicha teoría como: Como en el Código Civil Español, sección 3ª capítulo II, título II, libro IV, de las causas de los contratos en su Art. 1262y siguientes, similar situación en el Código Civil Uruguayo.

Estos códigos, tiene el propósito practica propulsor de los negocios jurídico o contratos; (lo que anima la voluntad), pero

debemos de señalar que todo ello es anticuado y no la causa de la obligación puede elemento que configura el negocio jurídico.

B.- TEORIA OBJETIVA DE LA CAUSA

Cada teoría de la causa tiene una perspectiva del contrato o negocio jurídico (concepto de contrato o negocio), y la teoría objetiva parten que el negocio jurídico es un supuesto de hecho, *fattispecie astratta* o en alemán *tabesntand*, en contraposición del contrato o negocio como declaración de voluntad. Aunque ambas teoría es criticables. Y dicha teoría rechaza el dogma de la voluntad y el fundamento del reconocimiento del contrato o negocio está en la causa y como razón justificadora; y, distingue entre causa y motivos. Y lo entiende a la causa como la función, como síntesis de los elementos o totalidad del contrato o la síntesis de sus efectos.

La teoría objetiva señala que la causa es un elemento del negocio y rechaza radicalmente el elemento subjetivo (móviles individual subjetivo, en tanto que el derecho no está en intereses predominantemente individual, fútil son importancia social, pero tampoco debe olvidarse por completo) sino se justifica en el mismo negocio jurídico, y lo entiende como razón de ser del propio negocio jurídico ya sea como función económica social o como una función jurídica-social-individual.

Existen dentro de la concepción objetiva de la causa del negocio dos grandes orientaciones o teorías: la de la función económico social, que entiende que la causa es la función económica social

del negocio jurídico, concebida como la razón justificadora de su reconocimiento y eficacia jurídica y la teoría de la función jurídica, que entiende que la causa es la función o finalidad jurídica del negocio, entendida como el esquema legal de la operación comercial, es decir, como el tipo de cada figura de negocio. (Taboada, 1996)

a) Teoría de La Función Económica Social

Su origen se lo imputan en la doctrina a León (2004) hace una crítica severa al derecho subjetivo, desde una perspectiva ideológica y filosófica al individualismo del derecho, y propone un derecho realista con función social –socialista- fundamentado que la sociedad tienen roles de cada ciudadano, en tanto que se imposible la vida del hombre individual sino en una interdependencia social y solidaria para vivir a través del trabajo social y también una gran división de las funciones de la interdependencia social por sus semejantes; por ello no existe derechos subjetivos y derechos colectivos no existe y es una falacia, solo existe funciones que ejecutar en función al rol dentro de la sociedad; y esto no son estados de cosas probados o lo que sucede en la sociedad.

En la misma línea es de anotar también en la gestación de la teoría objetiva de la causa, su influencia y el precedente fue de Duguit. El cual viene a ser considerado por algunos, exageradamente, como el padre de esta orientación. En definitiva, esto viene a poder a relieve un cambio fundamental de

perspectiva, una nueva actitud metodológica en la construcción de la teoría del negocio jurídico. (De los Mozos, año, p. 195)

El autor Francés tiene una posición controlista del Derecho o un derecho socialista que contrario con el sistema liberal, que este sistema da mucha importancia a la libertad y la propiedad. Es decir la función social tiene una connotación socialista (política) mas no en términos sociológicos o científicos de entender el Derecho, es decir ya desde sus fundamentos tiene yerros. Por otro lado su termino de función social era para la crítica del derecho subjetivo -el derecho de propiedad-, específicamente al derecho de propiedad como derecho subjetivo, contra el sistema liberal imperante en esa época, es decir el derecho de propiedad tenia utilizarse sin dañar interés ajenos, y no era un derecho absoluto, y que en sí mismo no cumple una función social sino una utilidad al propietario y que este no debe ejercerlo quebrando otros derechos. En suma el término función social nació para otro constructo teórico, y no para una crítica a la causa del negocio jurídico.

Lo consideran al padre la orientación de la causa como función económico social del negocio jurídico, todo su esfuerzo teórico fue para criticar al derecho subjetivo desde una perspectiva ideológica –anti individualismo-, y metodológica –anti metafísico y desde una perspectiva de la sociología-; para proponer la teoría de la interdependencia social en oposición al individualismo, el derecho es relación que regula la sociedad y no del individuo aislado y propone la función social del individuo, dentro de la sociedad.

La función social similar a la teoría del rol social, y en relación a la interdependencia social en tanto que cada individuo tiene una determinada función social en la sociedad. La independencia social o la solidaridad es en toda sociedad desarrollada para satisfacer las necesidades individuales, en tanto que el hombre es un ser social, por sí mismo no puede satisfacer dichas necesidades. Por ello se llama la interdependencia social por semejanza y la interdependencia social por la división de trabajo.

Por otro lado reconoce a la autonomía privada como base de los contratos y descarta la autonomía de voluntad y prefiere tomar en cuenta el consentimiento. Y con referencia a la causa señala:

Para que un acto de voluntad pueda producir un efecto en derecho, es preciso siempre que tenga un objeto lícito. Pero esto no basta: es preciso también que sea determinado por un cierto fin, que ese fin sea un fin de solidaridad social, un fin que tenga valor social conforme al derecho objetivo del país considerado. Y eso es también una consecuencia evidente de la socialización del derecho. He aquí un nuevo elemento que penetra en el Derecho tradicional y que produce en él una transformación. (De los Mozos, año)

Para empezar en ningún momento se refiere, al elemento de causa como elemento del negocio jurídico; por otro lado en el sistema francés de conocer a los contratos como eje principal de transferencia de bienes y servicios; se refiere en general que el fin del derecho tiene que ir de la mano con la solidaridad social es decir un derecho con tendencias socialistas, además hablas de un

sistema controlista de los contratos, como su función para la transformación social.

El autor francés habla del acto de voluntad (y no de acto jurídico) tiene que tener un fin de solidaridad y esto un valor social; y apunta a la socialización del derecho; y todo ello como un nuevo elemento del derecho; ello es una afirmación contra el derecho individual que persigue interés individuales y no solidarios; importa el interés individual antes del interés colectivo; y Duguit inspirado en tesis socialista; y nada tiene que ver con un teoría concreta de la causa o del “acto jurídico o contrato”; por otro lado si acogeríamos dicha tesis y aplicarlo a la causa eso, si es correcto pero no, es primero teórico de causa desde la perspectiva objetiva, por otro lado toda teoría responde a un tiempo y espacio, si tendríamos que asumir su posición de Duguit, tendríamos que ir contra la metafísica de la construcción de la causa actual, y abrazar instrumentos metodológicos actuales y serios, como en su época y lo hizo; y también ir contra corriente, como lo hizo en su tiempo, el autor francés.

Sin embargo como el derecho es una constante transformación del lenguaje, Taboada en su tiempo señalo respecto de Duguit, En consecuencia, la presencia de un fin social en la concepción de Duguit apunta directamente a que se trate de un acto jurídico dirigido al cumplimiento de la función social que ese individuo le corresponda en la sociedad, para la satisfacción de las necesidades de los otros miembros y lograr así la cohesión social. El fin de la solidaridad social deberá entenderse, dentro de esta

orientación, consiguientemente, como un fin correspondiente a la función social que corresponda ejecutar a cada individuo que permita que se cumpla la interdependencia social o la solidaridad social al interior de cada sociedad. (Taboada, 1996)

Esto más tiene que ver, a los fundamentos del negocio jurídico, y no con un elemento de la estructura del negocio; cierto es que entre Betti y Duguit, existe cierta similitud en perspectivas ideológicas, ambos tenían una perspectiva controlista de la asignación de recursos de una sociedad.

Scialoja inicia la teoría de la función económica social de la causa, sin hacer referencia al término “utilidad social”, que dicha proposición tuvo varias acepciones como se desarrolla en líneas siguientes.

La causa se comienza a redefinir con la distinción entre motivo y causa; y Scialoja entiende a la causa que determina que un negocio sea o no reconocido por el ordenamiento; es decir es la base para su reconocimiento y eficacia jurídica, esta idea fuente y base para la elaboración de Betti. Y además dice que la causa es aquello lo que caracteriza al negocio, esto es porque sigue arrastrando la ideas de la teoría clásica; o la representación de lo objetivo, de los subjetivo y tiene su enfoque en el ámbito social.

También señala Stolfi (2004) que el negocio no sea la simple expresión de una promesa o de una obligación, sino que pone de relieve al mismo tiempo la operación económica que constituye el fin de la promesa o de la obligación, porque parte de que nadie obliga sino para la finalidad como la indica.

Coviello también define la causa; "Obtiene el verdadero concepto de causa considerando que las declaraciones de voluntad privada para producir efectos jurídicos deben tener un objetivo práctico; mas una, en cuanto un fin práctico está reconocido y protegido por el Derecho, la declaración de voluntad que tiende a conseguirlo, asume la figura y la eficacia de negocio jurídico. A este lo caracteriza, pues, su función práctica, en cuanto protegida por el Derecho. Todo el que enajena, renuncia o asume una obligación, no se propone enajenar, renunciar o transmitir el derecho patrimonial *sic et simpliciter*, sino hacerlo con este o aquel fin; por ejemplo, para donar para satisfacer una obligación anterior, para otorgar crédito, para efectuar el cambio de una cosa por otra. Pues bien, este fin práctico es la causa del negocio jurídico la cual puede definirse diciendo que es la "razón económica jurídica del Negocio" (Coviello, 1949, p. 458)

Dicha perspectiva tiene aún sigue conteniendo concepciones clásicas como motivo típico y abstracto, y hace la distinción entre motivo y causa. Pero también a la vez un rechazo al principio de la voluntad como fundamento de la eficacia de los negocios jurídicos; y el rechazo de la causa de las obligaciones fue posición que asumió la doctrina francesa para la elaboración de la teoría clásica de la causa.

La posición de NICOLAS COVIELLO es solo una posición intermedia entre la teoría clásica de la causa y la concepción objetiva de la causa como función del negocio jurídico, que entiende la causa como función, pero sin destacar el significado

social de la misma. En tal sentido, su consideración no es igual a la SCIALOJA y resulta muy distinta a la de EMILIO BETTI. (Taboada, 1996)

“La causa es la razón económica-jurídica del acto en el sentido de fin típico el cual el negocio recibe la tutela legal. (Stolfi, 2004, p. 39)

Pero también lo que ayudo al sustento de la teoría de la función económica social, fue el desarrollo de la teoría preceptiva del negocio jurídico.

Como se ve pues, en esta concepción se mezcla puntos de vista de dos concepciones de la causa diferentes, la antigua doctrina individualista de la causa *finalis*, con la nueva doctrina que aporta fundamentalmente una visión sociológica del problema al hacer consistir la causa en la función económica-social del negocio jurídico. Es claro, pues, que en pleno siglo XX el elemento consensualista o voluntarista pierde valor en provecho del otro hasta quedar casi anulado, o al menos oscurecido por él. Así ocurría en la doctrina dominante, consagrada por el nuevo Código civil de 1942. Pero, por otra parte, es interesante resaltar como en la génesis de esta concepción, y en la que confluyen dos ideas diferentes del concepto de causa, queda que referida una tercera idea, la que responde a la concepción clásica de la causa en DOMAT y POTHIER, y aun en los primeros comentaristas del Código, próximo, si bien diferente, por otra parte, a la causa de la atribución alemana. (De los Mozos, 1987)

Señalar que la causa es la razón determinante de la voluntad ello es tomar elementos subjetivos o psicológicos es volver a no distinción entre motivos y causa, esto es causa subjetivas y personales, y decir que el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial, ello hace alusión a un fundamento extra jurídico es decir social, económico, ético, religioso y de otra índole; pero esto no está dentro de la estructura del negocio he aquí otro contra sentido.

La tendencia de esta teoría, está en su distinción entre causa y motivos; por otro lado causa como razón económica, se debe precisar quizá en cuando a los contratos quizá tenga sentido; pero no para los negocios jurídicos en tanto que existe negocios jurídicos extra patrimoniales, como el caso del matrimonio, la adopción, reconocimiento de hijo; y estos no tienen contenido patrimonial, por tanto dicha construcción de la causa no tiene coherencia lógica.

Según dice esta teoría de la función económica social; tiene su desarrollo en la doctrina italiana, y lo define a la causa como la razón justificadora de la existencia y de eficacia jurídica; y dicen, si la, no existencia de la causa no habrá efectos jurídicos; eso es falso ya que lo efectos lo da las normas de un determinado ordenamiento jurídico dan los efectos jurídicos y no la causa.

La causa es conceptualizada como un fin social que merece protección jurídica, y no llega a la tipicidad social. Ello se debe criticar que el Derecho siempre tiende a proteger intereses generales y relevantes para el sostenimiento de la sociedad; con

excepción de intereses individuales y absurdos o de pequeños grupos, pero en suma el derecho siempre busca finalidades sociales y económicas. El negocio jurídico es un acto de autonomía privada, y que ha merecido el reconocimiento del ordenamiento jurídico.

Este acto de autonomía es una operación en la vida social, es decir un hecho que acontece en la vida social, y que es relevante socialmente y por ello merece reconocimiento el Derecho. Por ello dice, que el negocio como supuesto de hecho contiene un precepto social.

El negocio es un supuesto de hecho contiene un precepto social consistente en una autorregulación de intereses privados, que antes del reconocimiento jurídico, en la vida social son considerados ya como vinculantes, no existiendo la posibilidad de retractarse y que son reconocidos como figuras negociales protegidas y tuteladas jurídicamente, es decir, como negocios jurídicos, por el ordenamiento jurídico, en vista de estar dirigidos al cumplimiento u obtención de una determinada función económica y social.

La causa es pues la función económica y social del negocio que justifica su reconocimiento como figura negocial. El derecho solo otorga su amparo y protección a los actos de la autonomía privada que están dirigidos a la obtención de una función socialmente relevante, teniendo en cuenta los principios en que se inspiran los diferentes ordenamientos jurídicos. La causa es pues la razón de ser del reconocimiento jurídico de una

determinada figura de negocio jurídico. La función económica y social, considerada relevante por un determinado ordenamiento jurídico y que se convierte en consecuencia en la base de la eficacia jurídica del negocio.

Los actos de autonomía privada solo son considerados negocios jurídicos cuando están dirigidos al cumplimiento o logro de una función socialmente importante y por ende considerada jurídicamente relevante, merecedora de la tutela legal. (Taboada, 1996)

Lo que señala el autor nacional, tiene muchas incoherencia describiremos término por término, proposición por proposición, que es como sigue:

Precepto social: son la unión de dos términos “precepto” según la Real Academia de Española es:

(Del lat. *praeceptum*). 1. m. Mandato u orden que el superior hace observar y guardar al inferior o súbdito. 2. m. Cada una de las instrucciones o reglas que se dan o establecen para el conocimiento o manejo de un arte o facultad. 3. m. por antonom. Cada uno de los del Decálogo o mandamientos de la ley de Dios. ~ afirmativo. 1. m. Cada uno de los del Decálogo en que se manda hacer algo. ~ formal de obediencia. 1. m. precepto que en las órdenes religiosas usan los superiores para estrechar a la obediencia en alguna cosa a los súbditos. ~ negativo. 1. m. Cada uno de los del Decálogo en que se prohíbe hacer algo. Cumplir alguien con el ~. 1. loc. verb. Cumplir con la Iglesia. V. (Diccionario de la Real Academia Española, 2013)

De lo podemos inferir, que hace alusión reglas o instrucciones y cuando señala social es lo Perteneciente o relativo a la sociedad, por tanto precepto social son las reglas sociales, dicho proposición es género, en tanto que una especie es los preceptos jurídicos, y el supuesto de hecho es una parte del ordenamiento es decir la especie de la especie.

Autorregulación de intereses, hace referencia a la autonomía privada, dicha es una institución que su ejercicio se expresa mediante la declaración de voluntad con contenido preceptivo y a veces dentro de ella tiene un contenido preceptivo, y ello como un proceso comunicativo-normativo es decir es un factum.

Por otro lado cuando se señala *antes del reconocimiento, en la vida social son considerados ya como reconocimiento*; muchas de las normas existente son productos de una necesidad social, pero existe una excepción que es, por imposición y criterio políticos económicos de quien posee el poder, por ello no es criterio valido decir que todo norma nace por necesidad sino también nace por expresión de la fuerza impositiva dominante, y los negocios solo es reconocido desde de su regulación genérica o específica en tanto que el límite de la autonomía privada es el mismo ordenamiento jurídico.

Señalar que los negocios jurídicos están dirigidos a cumplir dirigidos a cumplir una determinada función económica y social ello implica que existe una especie de dirigismo negocial del ordenamiento jurídico de determinados intereses políticos-

normativos, y quebrando la libertad contractual o la autonomía privada, como fue la base ideológica que lo inspiró en esa época.

De la causa como función económica y social, es decir la finalidad que cumple el negocio jurídico dichas finalidades muchas veces esta fuera del ordenamiento jurídico, está en razones políticas que se da norma jurídica, muchas veces son ideológicas políticas, económicas, las razones que se da una norma, no es homogénea están en función al tiempo y espacio de una determinada sociedad, **es decir la causa no existe, entonces que es la causa, cual definición?**

Y decir, que la causa es la razón de justificación del reconocimiento de la figura negocial (Señalar que la causa es la razón de la razón de ser del reconocimiento jurídico) , es decir hay un intermedio entre un hecho social relevante no reconocido aun por el derecho y otro hecho relevante, la causa sería como un elemento de filtro, para que sea o no reconocido por el ordenamiento; caso contrario sería un elementos esencial y determinante, que un hecho irrelevante sea reconocido por el ordenamiento, en ambos casos, donde está la causa, como elemento concurrente para la formación del negocio jurídico.

Cuando se habla de función socialmente relevante, cabe preguntarse cuáles los límites y presupuesto de su relevancia en ningún parte de su libro lo responde; por ello es una proposición es ambigua, en tanto que hace referencia a criterios axiológicos, y esto siempre es variable y nada científico.

El acto de autonomía privada solo, es relevante cuando están dirigidos a cumplir una terminada finalidad o logro de una función social ello implica un contra sentido con la libertad, y esta es expresión de la autonomía privada, en lo más lo relevante o no socialmente es muy variable desde la perspectivas o concepciones económicas.

Señalar que el negocio jurídico es una supuesto de hecho especial; no se precisa con exactitud que contenido cual es el contenido de lo especial o el contenido de este supuesto de hecho que está en función a los valores imperante en determinada sociedad, ello es una mira externa del Derecho y no interna, que maneja la dogmática civil.

Afirmar, que la causa es la consecuencia de la función económico social, ello implica que existe una relación de causa y efecto, es decir son cosas distintas, y volver a decir que la causa es la función económico social y por ello ha mismo ha merecido el reconocimiento de la norma jurídica como función jurídica, (Taboada, 1996) es un contrasentido en tanto que en líneas arriba hace diferencias entre causa y función; y en otra parte señala que es lo mismo; y otra proposición que contradice señala que justificación del reconocimiento por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado la razón de reconocimiento, es un tema de política legislativa, son las razones del porqué de la dación de una norma, muchas veces los criterios de política legislativas está en función a la composición de partidos políticos en el congreso, en nuestro país a la fecha nunca ha existido política legislativa.

Al profundizar el concepto de negocio jurídico, modificándose, esta teoría profundiza también la concepción objetiva de la causa, no viendo en ella única y exclusivamente la función establecida por la norma jurídica para cada figura de negocio jurídico, sino la función o finalidad jurídicamente relevante sobre la base del reconocimiento de una función socialmente relevante y por ello mismo considera merecedora de tutela legal. La causa es en consecuencia la función económica y social, relevante, elevada a la categoría de función jurídica por la norma jurídica. (Taboada, 1996)

En esta parte el autor nacional, hace una crítica a la teoría de la función jurídica; sin embargo dicha objeción no es muy coherente en tanto cuando se cuando habla de finalidad jurídicamente relevante hace alusión a lo que está regulado en el ordenamiento jurídico, sobre la base de un reconocimiento de una función socialmente relevante, esta función no es otra cosa que una mirada externa del Derecho, cuando se habla en esa última parte no es la expresión de dirigismo negocial por las circunstancias políticas ideológicas; y por otro lado cuando hablamos de finalidad propiamente dicha no es otra cosa que el contenido de la declaración de voluntad, que también pueda entenderse como el aspecto psicológico.

Aunque Stolfi (2004) precisa, en que la causa y el consentimiento con una misma cosa no son una misma cosa no siempre tiene en cuenta que en los contrato, especialmente en los nominados, a los cuales se considera en demasía, la causa va de tal forma

incorporada al complejo del acto que no es fácil distinguirla del consentimiento, pero no es obstáculo para se la pueda distinguir. Si en verdad se piensa que el consentimiento para la donación se manifiesta en decir “quiero donar”, no se consigue separar las dos partes en que la formula se descompone ni constatar lo que la misma comprende: a) la voluntad que mira o tiende a producir el efecto de efectuarse una transmisión patrimonial; b) y la finalidad para que es querida esa transmisión, que es efectuarla sin recibir nada a cambio; el problema es dicha finalidad es subjetiva, solo se refleja en los estados mentales, y no en el contenido del negocio jurídico.

Y sobre todo porque la causa es la finalidad, no solo típica, sino constante, para todo tipo de negocio jurídico, mientras los motivos pueden ser más o menos numerosos, más o menos diversos, pero en su ejemplo hace la confusión entre causa y motivo. (Stolfi, 2004)

También se señala: Para esta teoría la causa es consecuencia un límite de la autonomía privada, distinto al de la licitud, porque no solo merecen la calificación caracterización de negocios jurídicos, aquellas declaraciones de voluntad que sean lícitas, sino las que además de ello estén dirigidas a la obtención de fines socialmente relevantes, merecedores de la tutela legal. Es por ello mismo, que señalamos hace unos momentos, que esta teoría de la causa consolida definitivamente la verdadera idea que la declaración de voluntad por sí misma es impotente para producir efectos jurídicos, pues según esta orientación no merece la calificación de

negocio jurídico cualquier declaración o conjunto de declaraciones de voluntad, sino solo aquellas que estén dirigidos a la obtención de fines socialmente relevantes. (Taboada, 1996)

Señala que la causa es consecuencia del límite de la autonomía privada, por otro lado, en la dogmática civil, es dominante que el límite es el ordenamiento jurídico, ahora la autonomía privada es una situación jurídica de ventaja activa de poder normativo que se ejerce con la declaración de voluntad, y esta declaración con requisitos intrínsecos a él y más otros requisitos concurrentes para la validez del negocio de forma válidamente el negocio y tiene inmediatamente sus consecuencias, el problema como se entiende que la causa es consecuencia de la autonomía privada, y si esta esta no es elemento concurrente del negocio solo una situación jurídica antes del negocio, y la causa es un “elemento concurrente” al negocio jurídico, como puede haber causa y efecto.

La declaración de voluntad su reconocimiento, solo es por el ordenamiento y no depende de la causa; ahora que es lo, relevante socialmente si, en una sociedad tiene mucho conflicto axiológico es decir hay muchos valores de cada grupo social aún más, una sociedad como la nuestra con muchas lenguas maternas y multicultural; como precisar cuál es lo relevante socialmente. ¿Qué debe entenderse como fines socialmente relevante? Acaso no es una proposición ambigua, con poco significado objetivo en nuestra realidad, es una entelequia sin sentido.

El tema de la relevancia social, como requisito del reconocimiento jurídico, cierto es que el hecho es primero para que sea regulado por el derecho mediante normas; pero una vez regulado tiene su propia lógica al estudiarse el Derecho y otra cosa es su aplicación a casos concretos.

Los negocios tipificados son las función social elevado a la categoría de función jurídica e incorporados al ordenamiento jurídico por normas específicas; sin embargo, una que tenga tutela jurídica, lo que importa es solo la función jurídica en qué medida tiene relevancia la función social, son proposiciones sin sentido.

Los negocios atípicos, la causa solo es una función económica y social, considerado de manera genérica, entendiéndose como “negocios con tipicidad social” o que están tipificados socialmente. Dicho de otro modo, los llamados negocios atípicos, ya están tipificados en la vida en relación, por el grupo social y en consecuencia merecen la calificación, no de negocios atípicos, sino de negocios tipificados socialmente, desde este punto de vista.

“Evidentemente, al afirmar que la causa es la función económica y social del negocio, en vez de su finalidad jurídica, se está señalando que todos los negocios, sean típicos o atípicos, tienen una causa y por ende se está justificando jurídicamente la admisión de los negocios atípicos, aceptando en toda su dimensión el fenómeno privado. Cosa que no sucedía con la función típica (...) (Taboada, 1996, p, 403)

Negocios típicos en contraposición de negocios tipificados socialmente, no existen negocios atípicos.

Cuando hablamos de disposición genérica implica existencia de normas jurídicas con supuestos de hechos genéricos así como el Art. 140 del Código Civil nacional. Cuando señala la inexistencia de negocios atípicos ello implica la causa como elemento genérico.

En necesario e importantísimo los negocios atípicos, es allí es donde se expresa con mayor intensidad la autonomía privada, la no existencia sería quebrar la misma libertad de las persona, y se impondría una autoritarismo negocial y contractual.

Con la siguiente cita señala, que solo la ley reconoce al negocio jurídico, y no a la causa, es una contradicción terrible y una afirmación lo que veníamos sosteniendo, con ello se confunde con el tipo negocial o contractual que según la doctrina define: El tipo legal por tanto no es otra cosa que un abstracto esquema reglamentario que contiene en si la representación de una operación económica recurrente en la práctica comercial; y casi siempre en la doctrina italiana se confunden la causa con el tipo, terminología abstracta muchas veces sin contenido semántico. (Gebrelli, 2013)

El negocio jurídico y por ende el contrato, no puede entenderse como una declaración o conjunto de declaraciones de voluntad, emitidas por los particulares con el propósitos de producir efectos jurídicos, sino como actos de la autonomía privada que producen

efectos jurídicos atribuidos por la ley en atención a su función económica social, considerada merecedora de tutela.

No son los particulares los que deciden cuando un acto produce o no efectos jurídicos, ni tampoco la ley en forma abstracta y arbitraria, sino que es la ley que los atribuye valorando el fin social perseguido con el negocio. (Taboada, 1996)

Por otro lado un autor nacional al causa tiene varias funciones: Respecto al acto o negocio jurídico: a) la función discriminadora, que permite distinguir entre lo que merece consideración de negocio jurídico (i.e. contrato vs. Compromiso sociales); b) la función calificadora, que permite calificar los negocios innominados o atípicos y atribuirle los efectos jurídicos que le corresponda (i.e., contratos mixtos); c) la función controladora, que permite distinguir entre los negocios lícitos e ilícitos, morales e inmorales (i.e. negocio con fraude a la ley); d) la función de la atribución patrimonial, es decir, la justificación del paso de un bien de un patrimonio a otro, que permite distinguir entre los contratos causales y los contratos abstractos y establecer las condiciones por falta de causa (i.e enriquecimiento indebido); d) la función reparadora, que permite eventualmente repararlo mediante su conversión en otro negocio; y e) la función de interdependencia, que permite la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y que justifica la resolución del contrato. (Zusman, 2007)

CRITICA A BETTI

El problema central de la teoría de la función económico social es que entiende a la causa temporalmente anterior al

hecho jurídico; y diferencia entre los elementos del negocio jurídico son diferentes a los elementos de la función jurídica.

Betti parte de la definición de negocio jurídico como acto de autonomía privada, se cómo actos de autorregulación o autodeterminación de la interés privada, y además el negocio como supuesto de hecho especial, y dicho supuesto de hecho con contenido preceptivo, para que puedan autoregular su esfera jurídica, entendido como se repite, acto de autonomía privada.

Extraño es que tiene un tipo de estructura especial del negocio que lo señala: En el análisis de los elementos de que consta, o mejor, en el análisis de los aspectos bajo los que se le considera en esta definición, el negocio da lugar a tres distintas cuestiones: a) como es (forma); b) que cosa es (contenido); c) porque es (causa). Las dos primeras cuestiones atañe a la estructura (que es forma y contenido); la tercera a la función. A la primera cuestión se debe responder que es un acto consistente, ora en una declaración (...) A la segunda se responde que contiene y da vida a una disposición, un precepto de autonomía privada en orden a concretos intereses propios de quien la formula (...) (Betti, p. 57)

Como se puede observar, **la causa no lo considera como parte de la estructura del negocio jurídico, y la causa lo entiende como la función económica social**, es el factor fundamental del negocio jurídico que lo caracteriza, que lo individualiza, distinguiéndolo de los demás actos de autonomía privada.

Y que la causa distingue entre los negocios intrascendentes y reprobados; lo que cabe de precisar es existe entre la finalidad del ordenamiento jurídico, y **como ha dicho Betti, la función socialmente trascendente es algo externo al negocio jurídico y no forma parte de la estructura del negocio jurídico.**

Obsérvese también que según Betti (2000) la causa no forma parte de la estructura del negocio jurídico, pues los únicos elementos de su estructura son la declaración de voluntad o el comportamiento concluyente y significativo, y el contenido preceptivo. Es, pues, desde este momento que en la doctrina italiana se hace la distinción entre estructura y función. La causa pues no forma parte de la estructura del negocio jurídico en la concepción de Betti. Ella corresponde al aspecto funcional. Este aspecto es obvio, será retomado después. (Taboada, 1996)

Debo de precisar que el pensamiento tiene un tiempo y espacio, una cosa es la forma que pensó Betti, y otra cosa que el pensamiento es acogido por otro jurista para fusionarlo en otra perspectiva teórica.

En tanto que la función económico social Betti considero como la razón justificadora del reconocimiento jurídico del Negocio jurídico, ello es entendido como punto funcional externo a la estructura del negocio, por ello su noción de causa en una noción netamente social, lógicamente que tiene una relación con la estructura.

En tanto que en otra parte lo que señalamos. Es competencia de los individuos determinar, en las relaciones entre ellos, los fines

prácticos a alcanzar, y los caminos para seguir sus propios intereses. Siendo competencia el orden jurídico valorar, cotejándolas con las finalidades generales, las categorías de fines prácticos que los individuos suelen proponerse, prescribiendo modalidades a sus actos y los requisitos de su validez y eficacia, y enlazándoles, por fin situaciones jurídicas adecuadas que realicen con la máxima aproximación las funciones sociales a que aquellos fines correspondan. Ciertamente es que también la propia competencia privada está determinada por el orden, en el sentido de que le asigna límites e impone cargas. Pero el punto saliente es que respecto a la iniciativa privada el orden jurídico no tiene más que una función negativa, limitadora y ordenadora, y no es concebible que pueda sustituir al individuo en el contenido que es propiamente suyo, o sea, el dar existencia a aquello que es el contenido del negocio jurídico, (Betti, 2001)

Que la idea que la causa como finalidad económica social fueron fruto de las ideas alemanas que la finalidad, que fue recogida por Betti, que en cita que señala Flume (1998, p. 82): la experiencia de los que obran jurídico-negocialmente a menudo no son conscientes de en qué figuras influyen el Ordenamiento jurídico su reglamentación negocial, sin duda ha contribuido de forma esencial a la opinión de que en las declaraciones de voluntad negocial la voluntad solamente se dirige a un resultado económico o social, y no a uno jurídico, que solamente existe una intención "empírica", o como quiera de que otra manera se haya formulado, las ideas que desarrolla son parecidas, lo curioso

señala a la finalidad de la declaración que luego lo confunde con la causa del negocio jurídico como finalidad económica social, que más adelante volveremos con dicha precisión. Y en Alemania no existe la causa.

En los fundamentos del ordenamiento y no de causa para dar relevancia jurídica; y reafirma lo señalado: Se afirma así la exigencia de distinguir entre el contenido del negocio y los efectos jurídicos de él, en correlación a las diferentes esferas de competencia a que el uno y los otros están sujetos. El contenido preceptivo del negocio se somete a la competencia dispositiva de los individuos, dentro de la órbita en que esta es admitida y circunstancia por la ley; los efectos jurídicos, en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa (Betti, 2000)

La pregunta es donde está la causa, si dentro de la lógica del autor este, está fuera de la estructura del negocio jurídico.

En esta distinción entre contenido y efecto del negocio lo que resalta la función calificadora y limitadora del ordenamiento jurídico; y que contrapone la definición de causa que la señalado el mismo autor; la causa entendido como razón que justificada del negocio jurídico.

Los Códigos que tienen influencia Francesa y Italiana, están construido por el principio de causa, distinto del Sistema Alemán, como es el caso nuestro, sin embargo hay encontrar la relación entre sus elementos estructurales del negocio; la relación entre declaración de voluntad y la causa.

El contenido económico social e individual del negocio se encuentra identificado y compenetrado con el tenor de la declaración en otras palabras, la causa está inmersa en la declaración, en otros términos en la declaración esta la causa como finalidad practica que persiguen las partes, y dicha finalidad tiene que tener trascendencia social como señala Betti: A la teoría de los límites de la autonomía privada, por lo que afecta a la necesaria correspondencia de los efectos a la causa del negocio, pertenece la teoría misma de causa, considerados los motivos ideales de su génesis histórico dogmáticos. La ley no permite a la partes separar la declaración preceptiva de la causa en que se basa, del fin practico típico que inmediatamente la determina y socialmente la justifica. Ello significa, que el contenido del negocio tiene sus límites fijados por la ley y no está en la facultades de las partes la de separar, según su variable juicio, los elementos indefectibles que por su función constituyen parte integrante de el (...) La teoría de la causa se apoya sobre la idea de que la delimitación del contenido del negocio esta sustraída a la autonomía. (Betti, 2001)

Ahora la relación entre autonomía privada y causa; en un complemento en tanto que la límite de la autonomía privado y razón de los efectos jurídicos es la Ley; en cambio la causa está inmerso dentro de la declaración sin embargo de este párrafo citado en la doctrina nacional lo entiende de otra forma que dice; "...que la causa constituye uno de los límites de la autonomía privada (...) (Taboada, 1996, p. 289) sino solamente aquellos que

tengan una causa, esto es, una función socialmente relevante y por ello mismo considera merecedora de la tutela legal con esa misma líneas de ideas más adelante vuelve a señalar; A la causa corresponde en el agente le interese y la proyección de la voluntad hacia un práctico, que se identifica normalmente con la actuación de la función típica (causa) del negocio en cada caso, pero que en supuesto anormales puede también diferenciarse de ella. (Betti, 2000)

Consideramos que es una apreciación errónea del autor nacional, y si aún, así fuese donde queda el rol del ordenamiento jurídico, entonces la causa se reemplaza a todas las normas que lo regulan al negocio jurídico. Y aún más grave es afirmar que la causa, según se entiende modernamente, no es un simple aspecto más del negocio o del contrato, sino que es el requisito fundamental que determina cuando un acto de voluntad es negocio o no y cuando produce o no efectos jurídicos, dicha afirmación es negar el rol del ordenamiento jurídico, expresión ideológica individualista.

Existe una relación directa entre la definición de negocio jurídico y los elementos que lo componen y su respectiva definición de cada uno de ellos; como señala un sector de la doctrina nacional, la concepción de causa del negocio jurídico, dependerá siempre de la noción de negocio jurídico que se acepte; existe pues una íntima vinculación entre causa y negocio jurídico. Esto significa igualmente que no se puede construir una adecuada y satisfactoria noción de causa negocial, sin tener una visión clara

del concepto de negocio jurídico (Taboada, 1996); lo que falta a esta perspectiva, es que tiene estar justificado metodológicamente y epistemológicamente dichas definiciones, en tanto que en el derecho civil mucho se han dicho por decir, o sin ninguna base meta teoría.

Y esto tiene que ver con las teorías del negocios tanto: perceptiva y normativa; aunque lo confunde: Del mismo modo, debe señalarse también, que las dos orientaciones sobre el negocio jurídico examinadas llegan a conclusiones distintas sobre la noción de causa del negocio jurídico. Si se acepta únicamente la idea del negocio como supuesto de hecho, lo lógico es entender la causa desde el punto de vista estrictamente legal y entenderla como la función o finalidad jurídica. Por el contrario, si acepta que el negocio jurídico es un supuesto de hecho, pero con un contenido preceptivo, lo consecuente es señalar que la causa es una noción social, que adquiere un aspecto o carácter jurídico una vez que la misma haya sido recepcionada por el Derecho. (Taboada, 1996)

Betti hace una crítica a la teoría clásica y a la atribución patrimonial de la causa; Perspectiva unilateral es, ante todo, la de quien identifica la causa con el elemento subjetivo del negocio, ya con el consentimiento en los contrato (...), ya con la voluntad y sus motivos en los negocios unilaterales. Aquí, evidentemente, se confunden dos aspectos distintos que aun en el negocio a título gratuito se mantiene bien diferenciados: El aspecto de la estructura (contenido) y el aspecto de la función (causa), a los

corresponden dos actitudes subjetivas igualmente diferentes. La atribución patrimonial, o en general, la definición de intereses, si bien es dispuesta por la parte o estatuida por el acuerdo de ambas partes, ¿para qué fin lo es? Ella no encuentra una justificación suficiente en sí misma, escindida de un interés plausible que la determine. La voluntad de las partes no se limita solo a la atribución patrimonial, puesto que esta no es fin en sí misma, sino que abraza también el interés determinante y en la realidad no es concebible desnuda e incolora, privada de este interés, el cual luego, atendido a su constancia y normalidad (y con respecto a su legitimidad) se identifica con la causa del negocio, considerada bajo el aspecto subjetivo. Ni siquiera en el negocio gratuito la atribución patrimonial es fin en sí misma, sino medio para un fin, instrumento de un interés que la anima y vivifica. Solo que el fin, el interés, no es aquí un cambio o una compensación (como en la noción utilitaria de la *consideration*), sino el enriquecimiento ajeno sin una compensación. Ni tal fin o interés, de carácter objetivo, apreciable y entendible, debe ser confundido con los simples motivos individuales que en el caso concreto pueden haber determinado la intención de liberalidad (reconocimiento, remuneración de servicios, de caridad, aspiración a la benevolencia, etc.). Una confusión entre causa y motivos individuales es inadmisibles en el negocio a título gratuito no menos que en el negocio a título oneroso (...) (Betti, 2000, p. 77)

Cuando se habla de atribución la doctrina alemana tiene otra connotación, como señala Flume, El negocio causal y el abstracto son clases de negocios de atribución. En este contexto por negocio atribución todos aquellos por medio de los cuales una parte atribuye algo a otro, bien sea al otro contratante, bien a un tercero (...), o las partes del negocio jurídico recíprocamente se atribuye algo. La atribución puede consistir en la ejecución de una prestación, o solo en que se constituya un derecho a una prestación. Por tanto, también son negocios de atribución los contratos obligatorios. Por el contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor obtiene, en cuanto surge para él una pretensión por el precio de la compra, y de la misma manera, el comprador, e cuanto nace para él la pretensión a la entrega de la cosa.

Todos los negocios jurídicos de atribución necesitan un fundamento jurídico, una causa, por virtud de la cual la atribución se justifica como atribución en relación a la otra parte del negocio. La atribución jurídico negocial puede obtener su sentido de una regulación jurídico negocial o legal. Tomemos la transmisión de la propiedad como paradigma del negocio de atribución. La transmisión de la propiedad necesita una causa por virtud de la cual se justifique que, en vez del transmitente, sea propietario el adquirente. La transmisión de la propiedad no se produce a causa de sí misma. La causa puede ser una reglamentación jurídico negocial, en cuanto por ejemplo el transmitente haya vendido la cosa al adquirente, o una legal, en cuanto el

transmitente este obligado en virtud de la ley a transmitir la cosa al adquirente. El concepto de causa, según esto, se ha de definir diciendo que la causa es el fundamento que en el negocio de atribución justifica la atribución como conforme a Derecho, tanto si está justificado se fundamenta inmediatamente en la ley como en un negocio jurídico reconocido por el Ordenamiento. (Flume, 1998)

El autor italiano tiene como fuente de inspiración a la que pueda construir su doctrina de la función social, a la doctrina alemana, dentro este contexto se entiende la causa como razón de justificación de negocio jurídico, en tanto que según la doctrina germana-romana, señala que la atribución causales y abstractas deriva de la distinta configuración técnica jurídica adoptada por el Ordenamiento en cuanto a la conexión de la reglamentación contenida en el negocio de atribución con la causa que le da sentido y la justifica. (Flume, 1998) La atribución patrimonial no debe entenderse como causa, son institución de dos sistemas diferentes: Aleman y Frances.

Betti considera al negocio jurídico y a la causa una noción social, que se encuentra dentro de la sociedad como una operación social: (...) Así contrapuesto, los dos elementos objetivo y subjetivo, terminan por aparecer extraños entre sí, más o menos como si el uno se colocara junto a otro para hacer resultar el negocio de la suma de ambos. La verdad es, por el contrario, que la causa es el interés normal determinante de la voluntad individual y que este se nos presenta, por lo regular, vuelta hacia

la causa como a su fin práctico inmediato (en ello reside la consideración que justifica la otra concepción antes descrita). La causa del negocio jurídico no es causa ni concausa del “efecto” jurídico naturalísticamente entendido, sino razón determinante normal de la voluntad que establece el precepto de negocio. El Derecho –y ya antes que de la conciencia social- aprueba y protege a la autonomía privada, no en cuanto sigue el capricho momentáneo, sino en cuanto procura un típico interés en el cambio del estado de hecho y se dirige a funciones sociales digno de tutela (...) La función de cambio que es causa de la compra o del arrendamiento justifica la protección social y jurídica otorgada a la voluntad individual que en el caso específico se dirige hacia aquella causa. Mientras las “circunstancias concomitantes” serían algo que permanece fuera, la causa, en cambio, se convierte en el interés determinante de la misma voluntad, en suma, un elemento del mismo proceso volitivo el elemento principal y normal. (Betti, 2000)

El autor italiano critica la causa como motivo, ya que es variable en todo sujeto empero desde el plano subjetivo esta se encuentra en la intención o en el interés determinante, o en el mismo proceso volitivo y esto en la declaración o precepto negocial, sin embargo, debe dejarse claro cuando la declaración se expresa, solo a partir de esa declaración el derecho lo regula, como se puede estudiar algo subjetivo caso contrario nos estaríamos equivocando de objeto epistémico. Como señala la doctrina alemana.

Así mismo se pronuncia respecto de la causa en los contratos onerosos, y señala: Finalmente, es a todas luces erróneas la también unilateral visión de quien identifica la causa con otros elementos especiales del negocio, ya con el objeto, ya con un aspecto de él, como se ha mantenido con respecto a los contratos a título oneroso. En realidad, en los contratos sinalagmáticos, para limitarnos a estos, la causa no es uno u otro de los dos objetos cambiados o atribuidos, aisladamente considerados cada uno en sí, sino la relación conmutativa o asociativa que se establece entre ellos y se expresa en el cambio o en la puesta en común a entrambas (sic) partes de todo negocio bilateral y, por tanto, idéntica para las dos (Betti, 2001); en esta parte hace una severa crítica la causa que confunde con el objeto ello en referencia a la teoría clásica, y parte de neo clásica.

Sin embargo en otra parte ha señala que la causa no es elemento fundamental del negocio jurídico; y la causa está relacionada a la declaración como parte integrante; es por ello dice que la causa es la razón de justificación del negocio en tanto que sin declaración no existe negocio jurídico.

Rechazada estas varias formas de reconocer la causa es un elemento especial del negocio, como producto de perspectivas unilaterales y ello es erróneo, es fácil concluir que la causa o razón de negocio se identifica con la función económico-social del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus elementos esenciales indispensables de la función típica que, es su característica. Su

síntesis, representado el tipo de negocio, en cuanto negocio causal, representa igualmente su función típica. Función económica-social del tipo del negocio como ejercicio de la autonomía privada, que es un fenómeno social antes de transformarse, por virtud recepción, en un hecho jurídico. En efecto, si la causa fuese simplemente la función jurídica, no sería la síntesis funcional de los elementos del negocio, sino la de los efectos que el Derecho le une y no existiría acto jurídico que no tuviese una "causa" en este sentido precisamente por producto de efectos. (Betti, 2000)

Lo que coincide en la crítica a la teoría de la función jurídica; reiterar según Betti la causa no es un elemento esencial del negocio, en tanto que hace una separación entre el hecho social y el hecho jurídico, como si fuesen con entes incompatibles, así separa entre el negocio jurídico que pertenece al hecho jurídico y la autonomía privada y la función económica social pertenece al hecho social, y estos existen antes que existe negocio jurídico ; lo cual es un error metodológico y epistémico, en tanto tiene una visión estrecha de la realidad. Por otro lado en otra parte de su libro se contradice en tanto que señala que la autonomía privada es parte del hecho jurídico, en razón que la autonomía se expresa en la declaración de voluntad y el contenido es el precepto de regulación de interés, y esto a la vez es el contenido del negocio jurídico, y esto tiene relación justificado y como lo sostiene Betti, la causa está inmersa en la

finalidades prácticas con trascendencia social o en la conciencia social, con esta última parte sería el aporte del autor italiano.

La causa como síntesis funcional del negocio y no son efectos (no de la estructura del contrato), ello siendo coherente con la crítica a la función jurídica de la causa, pero ello tiene sustento de la perspectiva de la separación entre hecho jurídico y hecho social.

Considera bajo su aspecto social, hecha abstracción de la sanción del Derecho, la causa del negocio es, propiamente, la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido.

Comencemos desde este último punto. El contenido de cada tipo de negocio (supuestamente siempre un negocio causal) ofrece límites y contornos definidos justamente por la figura típica de aquellos fines prácticos normales y constantes a los que se proyecta la autonomía privada al proveer a la circulación de los bienes, a la prestación de servicio y, en general, a la cooperación de las actividades y económicas individuales. La declaración preceptiva (por ejemplo: promesa, disposición, renuncia, aceptación) aparece ligada por un nexo necesario, de índole psicológico y de trascendencia social, aun interés objetivo, aun fin práctico típico, que constituye su determinante normal, la "causa". Por lo que el orden jurídico no puede, en vía de principio, abandonar al arbitrio de las partes el romper tal nexo, separar la declaración preceptiva de la causa que en cada caso le sirve de base. (Betti, 2000)

Su social "social" de causa, que no descarta totalmente el aspecto subjetivo, con intención de rellenar vacíos de la teoría clásica o subjetiva completa la llamada función económico-social que es la síntesis elementos esenciales o lo que caracteriza a cada tipo negocial, como acto de autonomía privada con esta afirmación los que se refiere el autor sería que la causa no es otra cosa que el contenido de negocio, pensando desde la perspectiva del negocio como supuesto de hecho. Y respecto de la intención practica debe estar unido que coincide con los interés que se desea regular, debe tener relación con los intereses sociales trascendentes de la sociedad; esta afirmación no es otra cosa que un control solapado de la libertad.

Y otra grave contradicción de esta teoría es confundir la autonomía privada de los negocios jurídicos, con elementos y con el contenido del negocio y la causa; en tanto como ya lo hemos afirmado que la autonomía privada se expresa en la declaración de la voluntad y esto contienen muchas veces el interés o finalidades que persigue el autor del negocio y que esto tenga trascendencia social es relativamente cierto en tanto que lo interés individuales muchas veces difiere con los interés sociales, y por otro lado solo tiene coherencia en tanto que la causa no forma parte de la estructura del negocio, aun es parte del negocio tampoco tendría sentido en tanto que estaría fuera de la teoría del negocio jurídico.

Y más adelante señala una terrible contradicción (...) esta función económica social que caracteriza del tipo que se considera, y que

el Derecho protege, no es otra que su causa. Así, los elementos esenciales de la compraventa son las dos partes, el doble objeto (cosa y precio) y la relación conmutativa que se ha establecido por contenido del negocio con el acuerdo de operar el cambio; pero estos son precisamente los elementos concretos de la función de cambio característico de la compraventa, de la función que es causa del negocio y el Derecho tutela (...) la causa es distinta para cada tipo de negocio y sirve para diferenciar de uno de otro (...).(Betti, 2000, p. 165)

La causa se confunde con el fin práctico y según dice que esto debe estar en relación con la trascendencia social, pero este fin solo es coherente si se considera como el contenido de la declaración, aun así ya está inmerso en el todo o en la parte y así perdería identidad, y en esta última parte existe una confusión entre el tipo negocial y la causa, entre el supuesto de hecho abstracto y causa, entre el supuesto de hecho concreto y la causa, y lo que dice con la función caracterizadora.

Lo cual es un error, en tanto que el tipo legal no es otra cosa que la norma genérica o específica que regula a un determinado negocio jurídico.

Ahora en lo subjetivo, en el interés práctico a lo que se dirige (la voluntad de la parte) ello es subjetivo y psicológico socialmente trascendente del negocio tipo, ello es contradictorio en tanto que el interés que la norma es diferente al interés del autor del negocio jurídico.

Dentro de ello Betti manifiesta: Ciertamente, al prestar su tutela a la autonomía privada el orden jurídico no atiende al capricho individual, sino solo a la función socialmente trascendente del negocio tipo, en sí y por sí considerada; y la naturaleza general de una función es cosa distinta que el individuo pueda tener en su actuación en el caso específico, (Betti, 2000) como ya hemos señalado esto es una pleonasmos caricutesco sin base científica, en tanto que la realidad expresa cosas diferentes.

El autor tiende a reactualización de la teórica clásica y esta postura que repite muchas veces en su libro, como lo señala en su ejemplo en la simulación y la reserva mental, como señala el autor italiano "...La intención práctica –ya se vio- es a la voluntad del acto como una voluntad-fines a la voluntad-medio en virtud de la cual actúa; como nexo lógico y psicológico entre una y otra voluntad funciona la conciencia del contenido y significado del acto. En realidad, quien tiene la plena conciencia del significado social de un acto que quiere y realiza, quiere por lo mismo, normalmente, también el que es resultado práctico del acto. En realidad, quien tiene la plena conciencia del significado social de un acto que quiere y realiza, quiere por lo mismo, normalmente, también el que es resultado práctico del acto en el ambiente social. Y puesto que, tratándose de negocio causal, la causa se identifica con la función típica del negocio, reconocida en la síntesis de sus elementos esenciales, resulta claro que la determinación de voluntad, en cuanto dirigida a la causa, como esta normalmente, comprende, por lo mismo, tales elementos

(ejemplo: objeto, persona contemplada) en la medida en que sean eficaces e integrantes de ella. (Betti, 2000)

En esta parte señala la voluntad-fin y la voluntad –medio, ello debe quedar en claro que el resultado que se alcanza a través del negocio jurídico; no es parte de la estructura del negocio jurídico, esto para aquellos que siguen considerando que la causa es parte de la estructura del negocio jurídico, y para Betti es coherente en tanto que no lo considera en contrario, así mismo si, no es parte integrante del negocio tampoco sería parte de la teoría que explica el negocio jurídico.

Y por otro lado existe una relación entre el contenido y el efecto en la conceptualización de causa: Conforme a la rigurosa distinción entre contenido y efectos jurídicos del negocio, las indicaciones de efectos jurídicos hechas directamente por las partes no pueden servir como indicios de valorización de la relación jurídica, la que está reservada a la ley y entra, por tanto, en la competencia del juez. Tales indicaciones son susceptibles de una *duples interpretatio* y de una diferente apreciación según que se consideren desde el punto de vista práctico de las partes o desde el del orden jurídico. Doble punto de vista que es también cuando contenido y efectos parecen confundirse, como en la promesa; en efecto, promesa (hecho) y deuda (efecto) son dos entes distintos. (La ecuación que se establece entre ellas por el valor vinculante de la promesa –“toda promesa es debito”- expresa, no una mera identidad, un juicio analítico, sino un juicio

sintético desde el punto de vista de un sector social y de las normas que lo rigen).

La distinción entre contenido y efectos es necesario también para comprender un aspecto ulterior en que puede ser considerado la causa: el de su valoración política-legislativa. (Betti, 2000)

Por otra lado, muchas de los contratos existe confusión entre contenido y el efectos, en la práctica es lo mismo.

Por otro lado cabe resaltar que el autor en comentario, entiende a la causa como un ente extrajurídico y razón que justifica la norma que regula el negocio; por tanto como se repetido varias veces no forma parte de la estructura del negocio: "... Así la causa, sin cesar de ser por ello una entidad social y extrajurídico, se convierte en el fundamento, la *ratio juris*, de la norma que declara el reconocimiento jurídico" (Betti, 2000, p. 82)

Por otro lado, la razón del porqué de una norma siempre tiene variables aristas y nunca es uniforme, más aun cuando estamos en un país multicultural multilinguístico y multiétnico, y en proceso de desarrollo.

La proposición conciencia social, en tanto que los criterios de valoración normativa son diversos, en tanto que la aprobación o desaprobación social no es un criterio de solución de un conflicto con relevancia jurídica.

De la causa ilícita o ausencia es un total contrasentido, señala que solo tiene sentido si, la causa está unida al precepto del negocio, influye en la eficacia, sin causa que lo justifique es nulo el negocio, lo mismo cuando es ilícito.

De ello existe una grave confusión entre el contenido del precepto y la causa, y si no es parte de la estructura del negocio no puede ser causal de nulidad, salvo que es parte de la estructura del negocio jurídico, similar es la causa ilícita, decir que la causa es limite; esto es una confusión con la autonomía privada ello implica que la causa se confunda con la ley, además tiene su propia confusión entre ratio iuris y la norma; y otra grave contradicción es señalar que la causa es parte del presupuestos de validez como señala Betti: El orden jurídico, en efecto atribuye eficacia a un negocio cualquiera, sino solo al que se conforme a un modelo preestablecido, aun cierto conjunto de requisitos que pueden afectar a la estructura y función interna del negocio o ser externos a ella. Es decir, la intervención del orden jurídico puede manifestarse en un doble sentido: O en exigir que los elementos constitutivos del negocio (forma, contenido, causa) sean configurados de determinada manera, o en disponer que el negocio, pese a que su estructura interna responde al tipo establecido, no despliegue eficacia si no acompaña ciertas circunstancias. Estas si bien son extrínsecas al negocio en si considerado, se integran en el seno de una compleja situación de hecho (inicial) de la que forman parte y en la que el negocio se inserta. Cuando tales circunstancias integradoras deben estar presentes en el momento en que el negocio se realiza o alcanza vigor, se llama presupuestos (presupuestos de validez) del negocio, mientras, que si su presencia es requerida en un

momento posterior, pueden designarse, en sentido amplio, con el nombre de condiciones. (Betti, 2000)

Otro de los problemas es la tipicidad social, no sé si, será un concepción sociológica del Derecho aplicada al negocio jurídico o será una falacia argumentativa pero para ello hay que partir de sus propias proposiciones: La configuración por tipos no se opera necesariamente mediante calificaciones técnico-legislativas puede producirse también mediante remisión a las que son concepciones dominantes en la *conciencia social* de la época, en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral. Este parece, en efecto, el camino preferible apenas la necesidad de tutela de la autonomía privada se haga sentir en una esfera tan amplia que convierta las denominaciones tradicionales en inadecuadas e insuficientes para cubrir su campo. Entonces, en el punto de la rígida tipicidad legislativa apoyada sobre un número cerrado de denominaciones, subentra otra tipicidad que, cumpliendo siempre la finalidad de limitar y orientar la autonomía privada, es, sin embargo, comparativamente a aquella, bastante más elástica en la configuración de los tipos, y en cuanto se opera mediante remisión a la conciencia social o ética, se podría llamar *tipicidad social*. (Betti, 2000)

El autor señala que no basta la tipificación para su tutela sino tiene que tener trascendencia social del negocio, ello implica la función económica social, si fuese así la compra venta de marihuana sería un contrato que necesita tutela, que no es así en nuestra sociedad, partiendo de ello muchos de la interés son

distintos de lo que regula en el ordenamiento y los intereses sociales; eso de tipicidad social es una falacia.

Taboada comenta y señala: Dicho de otro modo, el criterio de BETTI, sobre la necesidad de una tipicidad de causas en el derecho moderno, hace referencia a que, en su opinión, todos los negocios jurídicos deben ser típicos en la medida que respondan a una función socialmente útil, o trascendente, o que responda a un interés social duradero; no siendo necesario en cambio que se trate en todos los casos de negocios tipificados legalmente, es decir, previstos en esquemas o moldes legales. En opinión de Betti todos los negocios jurídicos deben ser típicos, pues, aun cuando no estén previstos en esquemas legales, será suficiente con que se acomoden a esquemas establecidos por la conciencia social, sobre la base de una función que responda a un interés social. Pues bien, aun cuando la doctrina posterior a Betti acepto de muy buena gana el concepto de la tipicidad social, como una realidad innegable en los diferentes sistemas jurídicos, no acepto sin embargo la idea de Betti en el sentido que todo negocio jurídico, deba estar siempre, en caso de no estar previsto en esquemas legales, tipificados socialmente. Pero, como insistimos, este tema será desarrollado nuevamente y aclarado definitivamente, cuando examinemos el concepto de causa como función económica social en la doctrina italiana posterior, y también en la anterior a Betti. (Lizardo, 1994)

Otro de las falacias es de los negocios no causales; junto a los negocios en cuya estructura la causa se revela como elemento

indefectible, caracterizando su tipo (negocios causales), surgen otros cuya estructura, consistente siempre (como creemos en formas taxativamente prefijadas, no corresponde de manera unívoca a una función económica o social constante, ni refleja el fin práctico específico al que el negocio puede concretamente servir (...) en los negocios abstractos, la estructura típica no corresponde a una función económica o social constante, y es muda acerca del fin práctico al que el negocio sirve en concreto (fin que, de otro lado para la plena eficacia del negocio, debe ser idóneo según la apreciación del Derecho. (Betti, 2000)

A que existe una contradicción, en tanto que todo negocio tiene una finalidad, como el mismo lo refiere: Ciertamente que en la práctica de la vida tampoco un negocio abstracto se presenta nunca aislado, sino encuadrado se una concreta situación de hecho. No se realiza jamás sin un fin práctico determinado, que constituye parte integrante de él y al que las partes pueden –si el Derecho no lo prohíbe– hacer mención en el negocio que concretamente concluyen, de suerte que vuelvan a hacerlo causal. Sería un error creer que en el negocio abstracto la causa sea absorbida y sustituida por la forma. No se concibe, por ejemplo, un negocio cambiario que no tenga un fin práctico, tal como garantizar el cumplimiento de una relación fundamental, satisfacerla, novarla, dar crédito, donar, etc. Todo negocio jurídico está, por su naturaleza proyectada hacia uno de los fines típicos de la autonomía privada. (Betti, 2000)

Entonces un negocio jurídico abstracto también tiene causa es totalmente erróneo. Como el mismo lo asevera: por consiguiente, la diferencia entre los negocios abstractos y los causales manifiesta su principal trascendencia en esto: Que la causa del negocio tiene, en los negocios causales, una influencia directa, en los negocios abstractos una influencia solamente indirecta, respecto a los efectos jurídicos del negocio. (Betti, 2000)

Cuando se hace una crítica se dirige a la base teoría o a los fundamentos que justifica tu teoría, dentro de esto contexto Miro Quesada, señala que Betti no estaba informado sobre las técnicas de análisis conceptual basadas en el manejo de los lenguajes simbólicos que, en aquella época ya habían desarrollado un buen trecho. Por eso sus textos son, con frecuencia, barrocos, por no decir engorrosos. Este defecto de estilo se debe a que, en muchas partes, bucea hondo en la problemática hermenéutica y, para comunicar lo que encuentra tiene que servirse del lenguaje natural, más algunos términos técnicos usuales en el lenguaje jurídico. Si hubiera conocido los recursos analíticos disponibles en su época su lenguaje habría sido más preciso, y sus libros más breves. (Miro, 2000)

Otra crítica a Betti en sede nacional es Nuñez, que señala: la función social por la teoría preceptivista ha sido criticada justificadamente, ya que con el concepto de utilidad social se pretenda restringir excesivamente el principio de autonomía privada. Ya en este contexto también debemos mantener la debida distancia de aquellos otros teóricos que utilizan los

términos, como: “fines socialmente razonables”, “no absurdos”, “dignos de tutela”; puesto que son construcciones conceptualmente viciadas o tan iguales como otra, huecas de contenido jurídico y profuso en carga política. En la actualidad, carece de objeto esgrimir un requisito adicional para la validez y eficacia negocial; es decir, exigir que los negocios sean celebrados en forma razonable y no absurda, ya que dicho fundamento, en todo caso, ya se encuentra inserto en los requisitos formativos del negocio, nos referimos a la capacidad de obrar o negociar. Recuérdese que es indispensable el presupuesto de la capacidad para la celebración de un negocio jurídico, en el entendido de que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona con esta capacidad, la de ser razonable y realizar actos con madurez. Realmente, lo que estos términos “razonabilidad o no absurdos” quieren encubrir es simplemente, otro límite a la autonomía de la voluntad, que realmente es lo que políticamente se entiende por útil para la comunidad (como lo entendía las tendencias socializantes) (Nuñez, 2004)

Los términos funcionalistas nada tiene que ver, con perspectivas funcionalistas que tiene otra base epistémica y metodológicas.

b) Desarrollo de la Teoría de la Función Económica Social Posterior a Betti

Un autor italiano Francesco Santoro Passarelli, en su obra *Doctrina Generales del Derecho Civil*, desarrolla la definición de negocio jurídico como expresión del acto de autonomía privada,

encaminada a un fin que el ordenamiento considera merecedor de tutela jurídica y en relación al concepto de causa como el fin que pone relieve su aspecto funcional o como razón determinante del sujeto para realizar el negocio (Santori, 1964) como se podrá interpretar, el autor no deja el lado psicológico que nada tiene que ver con el negocio jurídico menos con la causa entendido como elemento estructural del negocio.

A diferencia de Betti, es coherente es señalar que la causa es un elemento fundamental y objetivo; lo que es contradictorio, al contenido de objetivo, en tanto que en realidad no es objetivo sino subjetivo, porque se refiere a la finalidad individual del sujeto.

Santori deja los conceptos trascendencia, relevancia, o utilidad social, solo acoge la función del negocio, tampoco deja la conciencia social, sola que los negocios tienen fines o funciones socialmente oportunos, con ello se aparte de Betti.

Además señala que ordenamiento jurídico recoge los datos sociales, los diversos intereses de la sociedad, ello es relativamente cierto, es una crítica severa contra Betti en tanto que separa como si fuese dos campos distintos lo cierto es que la circunstancias sociales están en permanente relación con las normas, ya que todo ordenamiento su finalidad es regular las conductas de una sociedad.

El concepto de causa está construido sobre el concepto de necesidad social dejando de lado los términos de conciencia social, normalidad y relevancia o utilidad social

Señala en los contratos innominados existe la causa genérica, lo que no diferencia con tipicidad que cosas diferentes. En los contratos innominados no se necesita de tipicidad social, solo de causa genérica que se entiende como esquema legal genérico como razón que justifica su reconocimiento y eficacia

Hasta este instante de nuestro análisis de la opinión de Santoro Pasarelli, se puede observar que sigue la teoría de la función económico social, pero no con el mismo significado, ni en la misma medida y forma como lo Betti. *Se trata de un concepto distinto de función económico social, que haciendo de la causa la razón social justificadora del reconocimiento jurídico del negocio, se limita únicamente a señalar que deberá tratarse de una función socialmente oportuna y considera merecedora de la tutela legal. Socialmente oportuna por responder a la necesidades efectivas del ambiente y del momento.* (Taboada, 1996, p. 321)

Otro autor que analizaremos es Alberto Trabucchi (1998) en su obra Instituciones de Derecho Civil señala; la causa, así entendida, como fin inminentemente típico, como razón y función económico social de todo negocio, no debe confundirse con el fin individual o idea que movió a cada contratante a realizar el negocio (interés o motivo). (Trabucchi, 1998)

El autor solo reconoce la función económico social solo está basado en la colaboración social.

C) Crítica a la Teoría de la Función Económica Social

Uno de los primeros críticos fue Gino Gorla en su obra *El Contrato. Problemas fundamentales tratados*; y parte de la precisa que la función de los contrato es evitar conflictos y buscar el orden y la paz social, y el único límite de posible de protección del interés público es la ilicitud.

El contrato más que una finalidad social generalizada abstracta social generalizada; cumple una función de ser instrumento para los interés privados, que cumplen una función de los privados, en relación a los interés generalizados aceptados por cierta mayoría, es decir hay interés individuales a veces coincide o discrepa con los interés generalizados; ello es un constante vaivén.

Y a veces lo primero prima que lo segundo, en sistema liberal o alguno de sus matices; y no hay un equilibrio absoluto en lo particular. Hablar de interés fútil, es una acción valorativa y siempre una cuestión valorativa es relativa y no absoluta. A veces el interés fútil es la perspectiva de terceros y no para los contratantes mismos mientras satisfaga su necesidad y sean lícitos o permisible dentro del ordenamiento jurídico, en suma el autor italiano discrepamos en todos sus extremos sobre este punto.

Además habla de contratos innominados allí es aplicable la tipicidad social, ello ya se critica en otra parte, pero solo que hace es repetir las posturas de Betti.

Y lo que si coincidimos en la no existencia la causa como función económica individual: No creemos que el requisito de la función económica social, así entendido, exista en el civil law

moderno y mucho menos en otro sistema jurídico. No creemos, a pesar de ciertas proclamaciones de nuestro Código, que dicho requisito tal como ha sido tratado y ejemplificado sea susceptible de aplicación práctica que lo distingue de la ilicitud en ciertos casos especiales o de otros de la posibilidad de eliminar esta ilicitud en ciertos casos especiales o de otros casos que pueden y deben explicarse sin necesidad de recurrir a dicha teoría. (Gorla, 1959)

La postura del autor, la inexistencia de la causa, en tanto que razones de justifiquen la tipicidad; parte que fue un error histórico en tanto que el contrato romano no se ha conocido el elemento de función económico social; en tanto que se regía dentro de una estricta legalidad.

Además del aludido error histórico, otros errores han contribuido a la formación de la moderna teoría económica social. Concretamente, al parecer, los siguientes errores: 1. Ha habido ante todo una confusión, facilitada por la ambigüedad de la expresión "función social", entre la función social como utilidad social de un contrato y como función típica de un contrato en la sociedad. En este último sentido se trata de la función que sirve para determinar el tipo o los caracteres típicos de un determinado contrato; por ejemplo, la compra-venta realiza la función típica del cambio de dinero por bienes distantes de este. También esta función típica ha sido llamada "causa". (Gorla, 1959)

Cuestiona la ambigüedad del término función económica social, que puede referirse a la función socialmente útil, o a la función típica.

Taboada hace su distinción conceptual; una cosa es la función socialmente útil y otra cosa la función típica, permanente, que cumple un contrato en la sociedad, en la vida social. Insistimos, la distinción hecha por el autor comentado nos parece sumamente valiosa e interesante, por cuanto una cosa es decir que la causa del contrato es la función con trascendencia social, función socialmente útil y otra muy distinta la función permanente que cumple un contrato en una determinada sociedad, es decir, una función típica (Taboada, 1996, p. 403)

El autor italiano, define a la causa como una función típica que individualiza al contrato y deja de lado la causa como socialmente útil, dicen que permite resolver el problema del reconocimiento jurídico de la calificación del negocio jurídico; y se acusa de la ambigüedad del término "función social".

Por otro lado si acepta el término causa pero sin la función social típica dejando de lado la razón de reconocimiento jurídico, y por otro lado habla la inutilidad práctica de dicha teoría.

Si pasamos a examinar la verdadera importancia practica de esta teoría, a la vista de los ejemplos propuestos y de las aplicaciones hechas por sus autores y por los redactores de nuestro Código, se advierte que la teoría queda vacía de todo contenido práctico (el único que nos interesa). Tales ejemplos o aplicaciones contiene una nueva serie de errores y pueden explicarse sin

necesidad de recurrir al pretendido requisito de la función económico social. . (Gorla, 1959)

Por otro lado hace alusión a su sustento ideológico y nos dice: la teoría en cuestión parece estar influida por la idea de que el Estado admite o permite el cambio privado de bienes o servicios típicamente económicos (la llamada iniciativa privada) en vista de la utilidad social que tal cambio representa como medio apto para la producción y la distribución de aquellos bienes con miras al “bienestar social”. Idea que se desarrolla paralelamente a la evolución del estado moderno, como ente o legislador racional, y de la que fueron precursores los economistas más que los juristas. (Gorla, 1959)

La ideología que dio inicio, estaba orientado a una posición controlista de la vida de los individuos; o busca en aquella época de una economía dirigida; y no tiene una situación clara respecto de las proposiciones.

Solo existe inconvenientes en tanto como justificar respecto de los contratos atípicos.

Otro autor, como Renato Scognamiglio, hace la distinción entre causa y función del contrato o negocio; precisando que la función es fija o inmutable, por no nunca puede faltar o ilícito; solo es posible en los contratos innominados la causa ilícita y por ello eso implica abandonar la teoría de la función económica social. *Con ello tiene una postura anticausalista.*

Siendo así, resulta claro, que SOGNAMIGLIO es un autor anticausalista, porque niega la existencia de la causa como

elemento del contrato y del negocio jurídico, partiendo de la premisa que la causa es la función, y en su concepto ello no puede ser porque no puede haber casos de función o de función ilícita, porque sencillamente no habrá contrato o negocio jurídico. En breves términos, el autor comentado postula una posición anticuasalista porque no acepta la identificación entre función y causa, y considera que es suficiente con hablar de función, como algo que se constituye en el fundamento de los tipos de contratos y negocios, en la razón de su reconocimiento jurídico, pero que no se puede hacer de la función un elemento del contrato o del negocio, por identificarse con los mismos en su totalidad. (Taboada, 1996)

Cuando se habla de función del contrato es el contrato mismo en su totalidad desde el punto de vista funcional. (Taboada, 1996)

Otra postura parecida que niega la existencia de la causa es Messineo, que señala: son enunciados exactísimos, pero no concluyentes, porque, cuando se cree identificas la causa del negocio en un elemento del mismo (función económica social), en realidad se identifica todo el negocio en sí, o sea, que se define su contenido complejo y el efecto que de él deriva. Así, por ejemplo, cuando se dice que el contrato de compraventa ejercita la función de provocar el intercambio económico de una cosa contra un precio, no se necesita mucho esfuerzo para darse cuenta de que, de ese modo, se da la definición (aunque sumaria) del típico contenido del contrato de compraventa, visto en su integridad y no en un elemento. Causa, en este primer sentido, equivale a noción

concreta, funcional (no meramente estructural), del contenido de determinado negocio y, como tal, no puede faltar nunca, si faltase la causa, faltaría el negocio *in toto*. (Messineo, 1964)

El autor entiende, la causa como el resultado jurídico objetivo; ello es un error en tanto que el resultado no es otra que la satisfacción de la necesidad logrado a través de contrato o del negocio jurídico; partir de esa opinión es volver a seguir pensando en la perspectiva de la teoría clásica. El autor comentado sigue siendo causalista pero con diferente perspectiva, entiende la causa como una finalidad del individuo y no como función económica social, causa como finalidad que perciben las partes a través de los contratos.

Ferri, parte de una concepción normativa, y se ajusta a la postura neocausalista, en tanto que habla de la causa como función económica social y causa como voluntad concreta y objetiva del negocio jurídico como acto con contenido normativo.

Lo que es rescatable, del cual sustenta que el único límite de la autonomía privada y de los negocios es la licitud, es decir el ordenamiento jurídico, entonces ya lo tiene sentido sostener que la causa es el límite de la autonomía privada.

Por ello es, que nuestro concepto, la opinión de Ferri, sirve para confirmarnos que una concepción exclusivamente objetiva de la causa, es inadecuado para entender el real significado y función de la causa en el ámbito negocial y contractual. (Taboada, 1996)

Solo así existe forma para salvar y formar definiciones abstractas para sostener el causalismo, al fondo llego de contradicciones; en

tanto que imposible encontrar una causa ilícita, ello implica reemplazar el rol del ordenamiento, y reemplazarlo a la causa, contradictoriamente es un elemento del contrato.

La imposibilidad de encontrar un supuesto de causa ilícita en el ámbito de los negocios típicos es, en definitiva, uno de los puntos débiles más saltantes de la teoría de la causa como función económico y social, pues de manifiesto no solo por los críticos de esta teoría, sino también por los autores que se adhieren a ella. (Taboada, 1996)

El problema para la solución de esta contradicción es volver a la perspectiva clásica y la teoría neocausalista. Y decir que la causa es la base del reconocimiento es un ex ante, es decir no un elemento de la estructura negocial, y la sanción de un negocio innominado o atípico está en función a normas generales o normas con supuesto de hecho abierto con límites de la norma imperativo y la con respecto a la eficacia, es un situación después que se ha celebrado el contrato o negocio jurídico, y no un elemento del contrato.

Razón justificadora del reconocimiento jurídico de las manifestaciones de la autonomía privada; esta proposiciones abstracta y ambigua en tanto, en el razón que reconocen siempre son estáticos; ello es retroceder a los fundamentos del derecho a inicios del siglo XX, en tanto que a la caída del formalismo romano, fue explicar porque la voluntad por sí mismo genera efectos, y que el fundamento de la consecuencias estaba en el dogma de la voluntad y se admite a la causa como fundamento

psicológica allí la causa como razón de justificación y de reconocimiento; y dentro de la perspectiva clásica fue el motivo abstracto o concreto; en tanto que la voluntad en sí mismo no crea efecto jurídico sino solo con una causa o motivo razonable. Y dicho motivo es impuesto por la naturaleza del contrato.

Por otro lado establecer como la causa como síntesis funcional de su elementos esenciales o representa el tipo de negocio; esto es confundir entre todo y parte y la confusión de los demás elementos y como señala de Castro y Bravo: “se ha acusado de superflua toda referencia a la causa, por su identificación con el negocio mismo, ya que, se dice, no es otra cosa que “el mismo negocio su perfil funcional”, que “el reconocimiento en abstracto del negocio”; por lo que se entiende que el negocio abstracto tiene también una causa propia y constituye un tipo de negocio. Observación exacta frente a la concepción de la causa, conforme a la que se le identifica con los esquemas formales de los negocios; a los que, en cuanto formales, se les ha vaciado de todo significado causal (indiferencia respecto al resultado perseguido). Por tanto, ella no afecta ni poco ni mucho a la figura del al causa tal y como se recibiera en los Códigos y la aplican los tribunales (De Castro y Bravo, 2001)

d) Función Económico Individual

La presente teoría, señala que las partes persiguen interés privados y no el bienestar general e interés público; buscan

funciones económico individual, en tanto que busca intereses individuales o interés en concretos.

La finalidad económico social es externo a la estructura del negocio jurídico, en tanto que expresa su sociabilidad y el negocio jurídico individual; y otros señalan que la causa como función individual es la síntesis del intereses; ello no es otra cosa que el contenido o el objetivo de la regulación de las partes.

Es equivoco hablar de la función económico-social del negocio; en realidad este desarrolla, en cuanto acto individual, una función económico-individual: la correspondiente operación expresa aspiraciones e intereses de uno o más individuos. No siendo indispensable que tales aspiraciones e intereses con un determinado interés del procomún; basta que la postura individual no sea opuesta a las normas imperativas de la moral social (buenas costumbres).

Como dice De Castro "las teorías objetivas quedan encerradas en un callejón sin salida. Cuando se entiende que el fin, interés o función económico-social del que se trata es el buscado o querido, se recae en la teoría subjetiva. Cuando se define como la función económica-social o practica del negocio mismo, se le identifica con el contenido del negocio. Cuando se le considera como la síntesis de la función jurídica, se le confunde con el negocio en su totalidad. Con el resultado que de uno a otro modo se viene a coincidir con la teoría anticausalista, al confesarse implícitamente que la causa no es requisito ni un concepto con propio significado (La Cruz, 1994)

La posición de Missineo (1964) en su obra *Doctrina General del Contrato* que señala: El legislador italiano ha adoptado decididamente la que suele llamarse doctrina objetiva de la causa, reconociendo está en la función económico social, que el contrato cumple; y consiste en la modificación de una situación existente que el derecho objetivo considera importante por sus propias finalidades:

Se aparte de la finalidades sociales solo le importa que la función económico social responda a un interés provechoso o ventaja de las partes y no contrario a los intereses generales, con ello está esta teoría da un giro radical. Y en caso de los contratos atípicos la causa lo pueden generar las partes no admite la tipicidad social. Galgano (1992) señala: La causa es la función económica social del acto de la voluntad; es, como la define los informes que acompaña al Código Civil. “la justificación de la tutela autonomía privada”; un vínculo al poder de la voluntad individual”; un “vinculo al poder de la voluntad individual”. Para constituir, regular o extinguir una relación patrimonial no es suficiente la voluntad de las partes interesadas: para que un bien se transmita de un sujeto a otro, para que nazca la obligación de un sujeto frente a otro, no basta un acuerdo en tal sentido entre el enajenante y el adquirente o entre deudor y acreedor. El bien no se transmite y la obligación no surge, si falta una causa, una justificación económica social del acto de autonomía contractual. Así la causa de la venta (art.1.470), es decir la función económico social de este contrato, es el cambio de cosa por precio: en este caso la

propiedad de la cosa se trasmite no solo por razón, subjetiva, querida por los contratantes (requisito necesario pero no suficiente), sino también por la razón, objetiva, de que a la transmisión del bien por el vendedor al comprador corresponde la obligación de este último de pagar el precio. (Galgano, 1992)

Existe una confusión entre el efecto y contenido del negocio, y otra confusión es entre la razón justificada de los efectos es justificado en el ordenamiento jurídico, no es otra cosa que la repetición del pasado en tanto que señala la causa no es otra cosa que la contraprestación.

En los contratos a título gratuito señala es el ánimo de liberalidad, pero ello no es cierto en tanto que es parte de declaración perceptiva.

A todo ello lo denomina causa típica, a aquellos esquemas pre constituidos de negocios u operaciones económicas, ello se confunde con las normas que tienen un supuesto de hechos genérico; es decir cual existe la causa o supuesto de hecho genéricos abstractos (parte de una norma); y ello se puede evidenciar cuando señala que cuando falta un elemento de un contrato (por ejemplo la cosa en el contrato de compraventa y la inexistencia de deuda en los contratos de fianza) es nulo; dice el autor en estos supuestos no existe causa por tanto es nulo; aquí equivoca un elemento del contrato con la causa; es decir la causa o es otra cosa otros elementos.

El problema de la causa también se plantea bajo el primer aspecto respecto de los contratos innominados o atípicos, no

previstos por la ley. Respecto de ellos el Juez deberá de verificar, en aplicación del criterio citado (...) deberá de verificar si en el modelo de operación económica, no previsto por la ley, al que las partes han conformado la regulación de un interés, concurre el requisito de la causa (la llamada causa atípica). El juicio sobre la aptitud de los intereses para ser merecedores de tutela jurídica (...) desempeña de este modo la función de prescriba respecto de la admisión de esquemas contractuales atípicos en el ordenamiento. (Galgano, 1992)

Y dicha interpretación del Juez debe responder a la protección del más débil es decir la función económico social digna debe estar basado en la protección de las partes y en especial consideración de la parte más débil.

Un caso ejemplar en el que se manifieste evidente la nulidad del contrato por falta de causa es el siguiente. Un contratante transfiere al otro la propiedad de un bien inmaterial de gran valor, sin que en el contrato se prevea ninguna contraprestación por la transmisión: no es una venta puesto que falta de precio, ni puede ser una donación, puesto que el transmitente no dice que dona ni porque, en todo caso, entre los contratantes existen solo relaciones comerciales lo que impide que se posible la existencia del ánimo liberal. Es un contrato atípico, de transmisión de la propiedad a título gratuito: nulo por falta de causa (ninguna "interés merecedor de tutela" justifica, a la falta de un ánimo de liberalidad, la transmisión gratuita de un bien). En este caso es evidente la función de protección del contratante más débil que

desempeña el requisito de la causa: ¿Quién consiente en transmitir la propiedad de un bien de su propiedad sin contraprestación si no quien sufre la prepotencia de otro?. (Galgano, 1992) El ejemplo claro de la confusión total, respecto de lo que hay entre los elementos y la causa.

Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli y Natoli, los autores en su obra conjunta señala la posibilidad que en los contratos atípicos puede existir la tipicidad social.

Y dicha decisión no tiene por qué sorprender, si se tiene presente que la noción de causa ha sido vinculada estrechamente al resultado práctico al que se orienta la operación negocial específica en cuanto tal. Así se explica que, queriéndose traducir el *nomen* "causa" en expresión más próxima al lenguaje común, se haya hablado en general de razón de justificación o de función económica del negocio. (Bigliuzzi, 1995)

El autor, señala como la causa a la finalidad subjetiva que desea alcanzar, y como ya se ha señalado reiteradas veces, lo subjetivo no forma parte de la estructura del negocio, o en caso contrario es parte del contenido de la declaración de voluntad.

La identificación de una razón justificativa del acto de autonomía suficiente como parte relevante objetivamente y en concreto, de conformidad con la intención, pero también de la eventual coligación, entre la función económica del negocio y las motivaciones psicológicas específicas que impulsaron (a la parte o las partes) a perseguir en concreto ese determinado resultado

practico mediante aquel esquema negocial o típico. (Bigliuzzi, 1995)

Y más adelante, señala la causa como función económico-social. La causa –se dice es la función económico-social del negocio, con lo cual se quiere subrayar que la función debe ser apreciable en su mérito, o sea que debe tener una relevancia social, si bien sometida a un control sobre la “futibilidad” de la operación ejecutada. Lo que, por lo demás, debería inducir a considerar que una normatividad jurídico económico como la actual, una vez reconocida la relevancia “económica” del acto de autonomía, no puede contraponer a la intención de los sujetos una no mejor definida “socialidad” inherente al sistema. (Bigliuzzi, 1995)

Cuando se dice que la causa es la “función económica”, la expresión debe ser en realidad entendida en el sentido de que aquella se vincula a interés humanos concretos y relevantes, sin los cuales carecería de todo “sentido” jurídico. Así, se explica, por ejemplo, que se pueda hablar de “causa” aun con referencia acuerdos interpersonales (por ejemplo: convenciones entre cónyuges separados), acuerdos no siempre o no exclusivamente, relevantes en el plano económico.

Pero, el aspecto conceptual quizá más importante y complejo de la posible distinción entre el fundamento económico de un acto negocial y su función intrínseca, también, esta, si se quiere, económica, pero en un acepción practico-jurídico amplia). Se manifiesta en el seno de la propia categoría de los negocios que tiene carácter patrimonial. (Bigliuzzi, 1995)

Existe una similitud entre los fundamentos económico del negocio o contrato y la función económica social del acto de autonomía privada. Entonces si la causa es fundamento, entonces la causa no forma parte de la estructura del negocio jurídico.

El equívoco nace, por tanto, del uso persistente de dos nociones distintas de causa: la una se refiere al elemento esencial de todo acto de autonomía privada; la otra evoca la idea de antecedente de un efecto, aunque con el significado práctico de un fundamento justificativo del desplazamiento patrimonial. En especial, cuando parece prescindir del título (o fuente o hecho constitutivo) de una situación jurídica contemplada en una declaración o conectada con ella de modo variado, es preciso preguntar primero por la razón justificativa de la declaración en cuanto tal. Aun en el caso de comprobar una razón justificativa de esa índole, quedaría pendiente un problema de vinculación entre fenómenos conexos. Dicho problema solo puede ser enunciado descriptiva en términos de una interferencia o de una interdependencia (relativa o absoluta) entre una "causa" externa (en el significado no codificado de presupuesto del acto de autonomía privada) y una causa interna (en sentido propio). El hecho de que un presupuesto externo de esa clase pueda contribuir de modo variado a la identificación de la función del negocio en su conjunto con repercusión sobre la suerte definitiva de los efectos, no justificaría mezclas indebidas de planos. (Bigliuzzi, 1995)

Cuando toca el tema de los negocios abstractos, se toma en cuanto a los títulos valores y también define el tema de la causa ilícita.

El negocio es nulo, no solo cuando la causa es contraria a una expresa disposición imperativa de ley (o sea –como se anotó- a una norma no derogable por las partes), sino también cuando entra en contradicción con un principio general o fundamental del sistema (orden público) o con las reglas de conducta deducidas de la moral común (buenas costumbres). Para distinguir las tres hipótesis –todas las cuales entran en la categoría de la ilicitud ilegal y de negocio inmoral. (Bigliuzzi, 1995)

De esta manera, se observa como Bigliuzzi Geri, Brecci, Busnelli y Natoli, rechazan el concepto de función económico social de Emilio Betti, y construyen su noción de causa como referida a una función socialmente relevante de acuerdo a la valoración objetiva del ambiente social, en el sentido de no ser fútil, absurdo, irracional o sin sentido. En otras palabras deberá tratarse de una función socialmente seria de acuerdo a la valoración objetiva del ambiente social, y por ende oportuna y digna de tutela legal. Queda claro, en consecuencia, como la doctrina italiana que acepta la noción objetiva de la causa como función económico social del negocio jurídico, no solo rechaza o no le da ninguna importancia al aspecto subjetivo de la causa; rechaza también la necesidad de una tipicidad social para justificar la existencia de los negocios atípicos o innominados: sino que rechaza también el concepto de función económico social elaborado por Emilio Betti

sobre la necesidad de una trascendencia o utilidad social en todos los casos previamente aprobada por la conciencia social como merecedora de protección y tutela. La doctrina italiana posterior a Betti por el contrario, aceptando el concepto de causa como razón justificadora del reconocimiento jurídico de la autonomía privada y como límite de esta, ha construido un concepto diferente de función social, referido al aspecto social, pero dándole el mismo valor a su significado jurídico, y entendido el aspecto social como referido únicamente a que se trate de funciones prácticas serias, dignas, oportunas, en vistas de la protección de los particulares, de forma que se evite la prepotencia o el abuso de la parte más fuerte respecto de la más débil. En una deberá de una función seria de acuerdo a la valoración objetiva del ambiente social. Se trata pues del criterio objetivo de seriedad en una determinada sociedad sobre la finalidad o función de un negocio jurídico. (Taboada, 1996)

Posterior a ello el jurista italiano Giovanni Battista Ferri parte de la superación de la causa como función económica social del acto de autonomía privada, y esta causa define al tipo negocial y afirma que se debe de pasar a la función económica individual.

Según este autor hace una separación entre causa y tipo contractual o negocial, desaparece la superposición entre causa y tipo, entre causal abstracto y causa en concreto del tipo contractual; ello es un gran avance, pero no suficiente en tanto que aún queda dudas en tanto que la causa abstracto y causa típica; no es otra cosa que la regulación específica o genérica; la

final sigue siendo regulación ambas, el último está contenida en mayor proporción de norma facultativas o proposiciones normativas que puede interpretarse extensivamente. Como repito con todo y todo sigue habiendo regulación.

Y Gabrelli, aún se contradice en tanto que sigue confundiendo causa y tipo, El contrato, todo contrato, es en definitiva lo que resulta de su causa en concreto y el tipo expresa solamente un modelo de organización de interés, (Gebrelli, 2013) en tanto que el ordenamiento jurídico lo que tutela interés, y estos se hace a través de norma y principios, y un confundo de norma a veces hace un tipo negocial o contractual en tanto que regula operaciones económica específicas.

Y señala más adelante: La valoración del acto desplaza entonces del plano de la causa y del tipo al plano del interés, puesto que la tipicidad de un contrato no representa de por sí un seguro revelador de su protegibilidad. Este cambio, se debe hacer referencia a la naturaleza del interés perseguido en concreto y; operando de este modo, se lograría también separar el problema de la ilicitud de la causa del negocio típico, dado que la tipicidad termina de individualizar – y especialmente en el esquema (también socialmente) típico- no un aspecto de protegibilidad del interés sino un aspecto de la regulación a aplicar para la realización de tal interés.

La causa se vuelve entonces la función económico-individual del contrato “en cuanto refiere una operación que expresa exigencia e interés de uno o más individuos”.

El problema de la causa y del tipo, planteada bajo el particular ángulo visual del interés, supera el aspecto del tipo y de sus clasificaciones, puesto que “en el caso concreto el negocio jurídico, en el conjunto conformado por sus elementos esenciales y no esenciales, forma un bloque unitario y como tal –es decir, unitariamente- deberá ser valorado por el ordenamiento jurídico; en efecto, solo de esta manera se puede apreciar el sentido y la amplitud de la operación económica que el negocio expresa.

El surgimiento de la teoría de la causa en concreto ha puesto entonces en evidencia, que a veces la pluralidad y la diversidad de los interés subyacentes al acto de autonomía no se agotan en un contrato singular y unitario, sino que, caracterizando en concreto la función perseguida por el autoreglamento de intereses, hacen necesario de tal complejidad se exprese en la unidad formal de la operación económica la cual, en cuanto técnica de construcción conceptual del hecho jurídico concreto, esta es una posición preeminente respecto a la calificación, en el sentido de la tipicidad a atipicidad, del esquema negocial por las partes. (Gebrelli, 2013)

El problema es que parte de otra perspectiva teórica, el interés, es una categoría fundamental para la construcción de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas; empero no lo desarrollan profundamente, y eso es acogida por la teoría del proceso.

Y sigue confundiendo el tipo entendido como un modelo de organización y como se distribuye el riesgos de las partes

contractual, esto lo confunde con el motivo, y la causa e incluso con el interés que regula el ordenamiento jurídico.

Y entiende a la operación económica: la noción de operación económica, como categoría conceptual, identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en si al reglamento, a todos los comportamiento que se vincula a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación subjetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamiento se colocan, puesto que tal situación también concurren a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada. (Gebrelli, 2013)

Existe una confusión de institución como ordenamiento jurídico, motivos subjetivos de los sujetos negociales, y la causa; y conductas objetivas relevantes para el derecho.

La causa ilícita está relacionada, con la relevancia de la causa en concreto y el efecto del interés de las partes, está en relación con ilicitud de la función negocial así entendido la variabilidad según la operación económica; también en este parte se confunde con el tipo, y los elementos del negocio jurídico ya seas concretos o genéricos, esto en relación con la valorización del interés y la función unitaria.

e) La Causa del Negocio como Función Económico y como Función Social Digna de Tutela Legal

La definición de la doctrina italiana después de Betti, Lizardo Taboaba llega a la siguiente conclusión: La causa sigue siendo la razón justificadora del reconocimiento y de eficacia jurídica del negocio. En tal sentido, se señala por todos que la causa es la

función económica social que caracteriza al negocio jurídico. Se dice por consiguiente que la función económica social es la razón justificadora del reconocimiento jurídico del negocio, la base de su sanción, y por ende, el fundamento de su eficacia jurídica. (Taboada, 1996)

Decir que la causa es la “razón justificadora del reconocimiento”, es una redundancia, en tanto que la razón es lo que justifica por sí mismo, es el fundamento sin aquello no existe y por otro lado su reconocimiento depende de los principios del ordenamiento jurídico la causa no puede ser base del ordenamiento jurídico; es decir existe de redundancia y confusión entre la principios generales de ordenamiento jurídico de una determinada noción y razón de reconocimiento, es la propia necesidad social y económica que empuja para que sea reconocido en el Derecho. Y por otro lado “la función económica social que caracteriza al negocio jurídico” en esta parte existiría una confusión entre tipo negocial y causa; y base de sanción es decir lo que reemplaza el tipo; y “fundamento de su eficacia jurídica”; la eficacia depende de los factores externos del contrato o negocio, además una vez.

La razón justifica por sí mismo, la eficacia depende de las circunstancias contractuales, que tenga trascendencia social; la economía es uno de los ejes cual se mueve la sociedad, solo que tenga trascendencia económica y social, el poder legislativo para su reconocimiento mediante la dación de leyes pero esto es un hecho social que esta fuera de la estructura de negocio jurídico.

Dentro de esa lógica, en base del reconocimiento de la autonomía privada solo tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico y no en la causa.

La eficacia se sustenta en las circunstancias contractuales y predisposición de las partes, para cumplir el programa prestacional dentro de la buena fe y no en la causa, ya que este último es parte de la estructura del negocio, solo tendría coherencia y no es parte de la estructura del negocio.

Existe la confusión entre la sanción de la causa o el ordenamiento jurídico sanción al negocio, este tiene una estructura y este uno de ellos es la causa.

El límite de la licitud está en el ordenamiento jurídico y no en la función social, este al final es un término ambiguo.

Función económica social está relacionado con la función práctica, el Derecho en sí mismo busca regular finalidades de interacción social-practico o de interacción social sino no existe el derecho.

La relación de la causa y la autonomía privada; en realidad no existe una relación conceptual directa en tanto que la causa es un elemento de la estructura del negocio jurídico como lo regula en el Art. 140 del C.c.

Lo subjetivo y lo objetivo de la causa se hace referencia al propósito practico típico lo que tiende a ser solo objetivo el concepto de causa defiende el lado objetivo y lo que queda es terminar con la función económico social. En suma no existe la causa.

f) Teoría de la Función Jurídica

Dicha teoría es una respuesta a las deficiencias de la teoría de la función económica social, entendido como la síntesis de los efectos jurídicos de un determinado contrato o negocio jurídico, es decir la función o finalidad jurídica del negocio. Dejando de lado la síntesis funcional de los elementos esenciales del negocio jurídico.

La causa como expresión de la finalidad del negocio abstracto por el esquema legal o dejando de lado la perspectiva social, o la terminología de la función social o la utilidad social. Y mantiene la distinción entre causa y motivo; solo queda el término función. En decir, la causa es el esquema negocial, e identifica la causa con el esquema legal o tipo, es decir la causa como una función jurídica que se observa y extrae directamente del esquema legal, y la razón justificadora del reconocimiento y eficacia jurídica está en cada tipo negocial o en el ordenamiento jurídico

Habla de la voluntad de la norma, como una voluntad objetiva, en tanto que las partes siempre quieren una voluntad subjetiva o práctica que esta fuera del negocio jurídico, los motivos no armonizan con los motivos de la norma.

Esta teoría parte del esquema negocial, esquema determinado por la ley, las figuras de los contratos especiales o genéricamente como lo regula el Art. 140 del Código Civil nacional, en tanto que recordando que el negocio jurídico es el mismo, es un supra concepto; o en otros términos, son como

moldes rígidos y otros flexibles que tienen que rellenarse para que tenga validez un contrato o negocio determinado, el problema radica cual debe ser límite de los moldes flexibles, de nuestro parecer debe ser, los límites axiológicos-normativos del ordenamiento jurídico o en otros términos los principios jurídicos del ordenamiento jurídico.

Por otro lado Carnelutti, señala como se forma el tipo; “Este trabajo de formación de los tipos jurídicos (...) Quien se dispone a observar con paciencia, deberá tener en cuenta que la formación del tipo se forma el tipo de hecho y el tipo del efecto. Quiere esto decir que los tipos jurídicos se traducen en tipos de hecho y tipos de situación jurídica; por ejemplo, la venta o el hurto son tipos de actos jurídicos; la propiedad o la obligación son tipos de situación. Pero convendrá tener presente que estos dos aspectos de la formación están destinados a integrarse, especialmente el tipo de la situación está hecho para integrar el tipo del hecho, que se separa de la situación y se resuelve en la situación, por lo cual figura de la venta y del hurto, entre otras, reclama la figura de la propiedad” (Carnelutti, 1995)

Por dicha razón señalan que la causa como síntesis unitaria de los efectos tal como resulta establecido en la norma, y cuando señala ello, se están refiriendo al tipo o esquema negocial.

Desde la perspectiva práctica tiene razón, o desde la perspectiva de funcionalidad tiene coherencia, pues no existe separación, en la parte general del Derecho; pero en la parte especial de los contratos, donde las partes regulan su esfera jurídica y pueden

incorporar norma individuales-negociales, ya no tendría similitud o correspondencia con el tipo en concreto sino con todo el ordenamiento jurídico; allí será distinto entre el tipo en concreto y el efecto.

La noción de causa como función o finalidad jurídica viene a identificar en gran medida, la causa con el tipo negocial o contractual en la síntesis unitaria de los efectos jurídicos de una determinada figura negocial. (Taboada, 1996)

Equilibran entre el supuesto de hecho norma y el negocio jurídico, como una similitud, está referida al esquema legal que lo regula el negocio o los contrato, y la autonomía sobre determino hecho y la causa recoge dicho hechos y le da el efecto respectivo, es decir la causa está siempre es la misma ley. Si fuese así la causa no es otra cosa que la representación de la categoría legislativa, no tendría ningún valor científico su estudio, ni importancia.

Al poner énfasis en el aspecto legal o normativo de la causa, en cambio la teoría de la función económico social pone énfasis en el aspecto social; otro problema de esta teoría en los contratos atípicos e innominados (esto son expresión de la autonomía privada), en tanto que no tienen una tipificación especial, por dicha razón las partes solo podrían celebrar negocios típicos, y le dan la solución en la combinación de dos o más tipos legales, que lo denomina causa mixta.

Lo que impera son los contratos típicos, porque estamos ante una económica globalizada, y una económica muy dinámica, allí

se necesita contratos estándares, y muy poco o casi excepcional son los contratos innominados o atípicos, por otro lado, cuando hablamos de negocio, es la abstracción de los contratos especiales, e incluso existe el teoría general del contrato, es decir el concepto del concepto, por dicha razón cuando se regula el negocio jurídico ya está estableciendo esquemas generales, o supuesto de hechos abiertos con el limite mismo del ordenamiento jurídico, entonces no tendría razón de ser el termino negocio atípico.

Y mucho menos lo que denominados causa mixta, por otro lado en la fusión de sistemas jurídicos por la globalización de la económica y la tecnología, la fusión de esquemas normativos es común, y casi la mayoría de contrato modernos producto de dicha fusión, y esta muchas veces están regulados como en nuestro caso el Leasing .

De esta manera, queda claramente establecida, que la figura de la causa mixta, es creación de la doctrina que identifica la causa con el esquema legal representado en la síntesis de los efectos jurídicos de cada figura del negocio jurídico, y elaborada con el único fin de mantener el concepto de causa como función jurídica en el ámbito de los negocios jurídicos, por cuanto los negocios atípicos en cuanto no reconocidos en un esquema legal no tendrían una causa. Haciéndose necesario proporcionarles una causa que sea constituida también por un esquema legal, pero tendría que ser necesariamente producido de la mezcla o

combinación de los esquemas legales de algunos de los negocios tipificados. (Taboada, 1996, p. 542)

Y dentro de esta teoría no habría distinción entre acto y negocio, en tanto que ambos tendrían causa, a ambos determinan los efectos del negocio jurídico, y existiría una limitación de la autonomía privada, por la imperatividad de la legalidad. O una limitación misma de la libertad de los particulares y teniendo en cuenta que una realidad social es muy cambiante.

Los postulados de la teoría de la función jurídica nos lleva directamente a identificar la causa con el esquema legal o tipo negocial, de modo que podríamos prescindir de la noción de causa como elemento del negocio jurídico; mientras que los postulados de la teoría de la función económica social llevan, según se recordara, a identificar la causa con el negocio jurídico en su totalidad, pudiendo prescindirse también de la noción de causa como elemento del negocio jurídico. En primero caso hablar de causa, sería lo mismo que hablar de esquema legal o tipo, es decir, del reconocimiento en abstracto de una determinada figura de negocio, y en el segundo caso, hablar de causa, sería lo mismo que hablar de todo el negocio, considerando en su totalidad. Y en ambos podría prescindirse del concepto de causa como elemento del negocio jurídico. (Taboada, 1996)

Dentro de la lógica de esta teoría también sería imposible de hablar de causa ilícita o ausencia de causa, en tanto que todo

negocio está previsto sus efectos y todo negocio siempre tendría causa.

Otro autor italiano, Trimarchi, habla de la causa como operación económica o negocial dirigidos a realizar operaciones que sean lícitas y que cuente con una base de valoración típica, o aparecen dignas de tutela.

Causa es el esquema de operación de la operación económica jurídica que el negocio realiza inmediatamente: ella es la razón justificadora del negocio, sea desde el punto de vista de los sujetos que lo celebran (porque cada uno de ellos promete, o dispone del suyo, a fin de realizar la operación negocial en el propio interés), sea del punto de vista del ordenamiento jurídico (puesto que se trata de una operación lícita y digna de tutela).

Cada fin ulterior es extraño a la causa y viene designado como motivo en sentido técnico, así, la causa del contrato de mutuo es la transferencia al mutuario de una determinada cantidad de dinero (o de otras cosas fungibles) con el compromiso del mutuatario de restituir posteriormente. El uso que el mutuatario entienda hacer de la suma y la razón por lo cual el mutuante concede el financiamiento pertenecen a los motivos. (Trimarchi, 1983)

El autor hace una distinción entre causa y esquema legal, en el primero como el motivo de las partes o causa, en el segundo caso se habla de la razón justificadora de los efectos legales o del negocio mismo.

En consecuencia, Trimarchi (1983) define la causa como la ausencia de los efectos jurídicos esenciales del negocio jurídico, como la hace PUGLIATI. Sin embargo, a diferencia de este último, TRIMARCHI llega a identificar definitivamente la noción de causa con la de esquema o tipo negocial. Recuérdese que para PUGLIATTI la causa es la función jurídica del negocio jurídico tomado en cuenta o descrita en el esquema legal para cada figura de negocio jurídico. La causa es en su opinión la función descrita en el tipo de cada negocio jurídico, en la medida que cada uno de ellos describe su función jurídica, representada por la síntesis de los efectos jurídicos esenciales. (Taboada, 1996)

Y esto significa también que la causa debe ser entendida o definida, según esta orientación de la función, como el tipo negocial, o el esquema legal que define cierto tipo de negocio jurídico, o como la finalidad típica y abstracta del negocio, o como su función jurídica o como el negocio reconocido en abstracto por la norma, etc. (Trimarchi, 1983)

Es decir la causa se llega a identificar con el tipo legal de cada contrato o tipo negocial, y el tratamiento de la ausencia de causa, se da en ausencia de uno de los efectos jurídicos esenciales del negocio o cuando no se da los resultados de la operación negocial, o cuando dichos efectos no se producen o no se puede verificar.

Por otro lado, debe observarse también, que en estos casos, la ausencia de causa no es la ausencia del tipo o de esquema negocial establecido por la norma jurídica, sino la falta de

acomodamiento del negocio concreto al tipo negocial justamente por no poder producir uno de los efectos jurídicos esenciales correspondientes a dicho tipo. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa su la cosa vendida pertenecía ya al comprador. Y, en consecuencia, al no poder verificar la transferencia de propiedad que es uno de los efectos jurídicos esenciales del contrato de compraventa, habrá ausencia de causa, por cuanto la causa, es decir, la función jurídica del negocio dentro de esta concepción, es la transferencia de la propiedad a cambio de un precio.

Sobre la causa ilícita, según esta teoría, cuando se entiende, cuando es contraria al ordenamiento jurídico, buenas costumbres, y a veces se confunde con el objeto ilícito o la prestación que objeto de las obligaciones, es decir es como una repetición de objeto ilícito, y con las causales de nulidad del negocio jurídico.

La causa entendida totalmente objetiva y no hace ninguna concesión a lo subjetivo, solo él se acepta la ilicitud del objeto, y desvincula totalmente el motivo, es decir solo lo reduce a la ilicitud del objeto o contenido del negocio ilícito.

Y de los contratos innominados se hace referencia a la noción de causa como la función económica social, incurriendo en evidencia contradicción o que para la condición que esté dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento es decir las operaciones deben estar dirigidas a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, partiendo de la misma premisa, sobre la impotencia de la voluntad para producir consecuencias jurídicas, la teoría de la función jurídica señala que el fundamento de la eficacia jurídica de la misma lo constituye su reconocimiento legal en esquemas legales. Es el esquema legal lo que convierte a una persona en negocio jurídico y la hace capaz por lo tanto de producir consecuencias jurídicas. Dicho de otro modo, la función establecida para cada tipo de negocio en su esquema legal, es lo que justifica su reconocimiento y eficacia como negocio jurídico (Trimarchi, 1983) El autor nacional da lo punto de vista lo que para el mas resalta.

Lo único importante para la teoría de la función jurídica es que el negocio, para ser jurídico, este dirigido al cumplimiento de una función jurídica prevista en un esquema legal (causa típica) o que se trate de una función jurídica resultante de la combinación de algunas de las funciones jurídicas establecidas en los diferentes esquemas legales (causa mixta). Los aspectos extrajurídicos son irrelevantes.

Por ello es que, en consecuencia, mientras la teoría de la función social acepta la existencia de los negocios atípicos, es decir, no previstos en esquemas legales, en la medida que se encuentren tipificados socialmente, o de los que siendo completamente atípicos estén orientados al logro de una función socialmente útil, para la teoría de la función jurídica, siendo consecuencias con sus propios postulados, los negocios atípicos solo puede resultar de la combinación de los esquemas legales pre establecidos para los

negocios jurídicos tipificados legalmente y por ello se les denomina “negocios con causa mixta”.

Esta teoría limita mucho, a la autonomía privada en tanto que los particulares tienen limitación para la creación de contrato que no esté regulados en el Código Civil, en tanto que la causa es netamente objetiva, entendido como esquema legal, las partes ya no pueden crear nada que no esté fuera del ordenamiento jurídico.

Cuando habla de función jurídica es similar al motivo abstracto o típico, desde la perspectiva clásica, es revivir las orientaciones neocausalistas. Por otro lado, la teoría de la función jurídica no es predominante en la doctrina.

La teoría de la función jurídica deja de lado el reconocimiento de los negocios atípicos, la causa está en razón al acto particular y no con relación con el esquema legal, en tanto que existe la diferencia entre tipo y causa. Una cosa es un esquema abstracto y otra cosa son la autonomía privada que desea regular a través de las normas facultativas que lo permiten este punto descuida dicha teoría analizada.

En otras palabras, la noción de causa como esquema legal no solo no permite sancionar supuestos de ausencia de causa y de causa lícita, sino que tampoco permite la admisión y justificación de los negocios atípicos, a menos que se trate de negocios mixtos. (Trimarchi, 1983)

Cierto es que es una teoría extremadamente objetiva y deja de lado un significado social, tiene dificultades de explicar

los negocios atípicos, solo trata de salvar con la causa mixta, y otra dificultad en el causa ilícita o ausencia de causa; pero también lo valioso es de que las declaraciones de voluntad tiene efectos jurídicos cuando están reconocidas en el ordenamiento jurídico, es decir la voluntad por si misma no tiene efectos jurídicos. Dicha teoría, no hace otra cosa que revivir las ideas de la teoría clásica del motivo abstracto o típico en tanto que único límite es la licitud.

La causa no puede entenderse como el tipo legal no solo porque estaría dejando de lado la posibilidad de admitir y justificar los negocios atípicos, salvo el caso de los negocios mixtos, además que sería imposible encontrar un supuesto de causa ilícita, siendo también muy difícil de hablar de ausencia de causa, salvo refiriendo al negocio en concreto, sino también porque el negocio jurídico no es únicamente esquema legal o tipo, el negocio jurídico es además un hecho, una conducta, un comportamiento social, que se, cuando está tipificado legalmente, previsto en abstracto por la norma jurídica, pero en modo alguno puede decirse que el negocio jurídico sea únicamente ese mismo esquema o tipo. *El tipo legal es en todo caso, el criterio de valoración establecido por el ordenamiento jurídico para la admisión y justificación de los negocios tipificados legalmente, es decir, un modelo de conducta comercial y, como tal, totalmente abstracto y formal (forma intrínseca), pero en modo alguno puede señalarse que dicho esquema sea exclusivamente el mismo negocio. Como es evidente de ello todo negocio es un hecho, es decir, una*

conducta, obviamente social. El negocio jurídico se celebra en la vida social y en la medida que se acomode al esquema legal, tendrá carácter jurídico y como tal producirá efectos jurídicos y será una conducta jurídicamente vinculante. Todo esto significa que el negocio jurídico y, por ende, la causa tiene un doble significado: social y el jurídico, no se puede concebir y observar el negocio y la causa únicamente desde el punto de vista social o jurídica. Cualquier concepción u orientación sobre el fenómeno negocial y causalista desde uno de dichos puntos de vista exclusivamente está condenado al total fracaso, por tratarse de una visión unilateral del problema. El tipo legal constituye una de las maneras como el derecho ordena y valora las conductas de los individuos que producirán efectos jurídicos en casos específicamente predeterminados. Pero en modo alguno, puede identificar el mismo con el negocio jurídico, ni siquiera con el que se encuentra tipificado legalmente. Es como confundir el molde de una pieza de plata con el mismo objeto hecho de plata.

(Trimarchi, 1983)

Es una crítica certera, respecto de la debilidad fundamental, la causa debe ser distinto del tipo; sino la causa sería un remplazo de la norma específicamente el supuesto de hecho que parte de la norma jurídica; por otro lado, sobre la definición de negocio jurídico que el mismo autor define como supuesto de hecho lo que no precisa, de qué tipo de supuesto de hecho estamos hablando, en concreto (conducta concreta) o abstracto; en esta parte, parece que toma partida por el supuesto de hecho concreto como

negocio jurídico; es decir como un *factum* o un acto comunicacional. **Lo no coincido en la causa desde la perspectiva social; es forzar o una aplicación errónea de la fusión de visiones o perspectivas interna y externa del Derecho.**

En efecto, si la causa fuese simplemente la función jurídica, nos sería la síntesis funcional de los elementos del negocio, sino de los efectos que el Derecho les une, y no existiría acto jurídico que no tuviese una “causa” en este sentido, precisamente por producto de efectos. (De los Mozos, 1987)

Nuestra noción de causa, en su aspecto objetivo, no está basada, como es evidente, únicamente en su aspecto legal del negocio, ni tampoco en su aspecto social, exclusivamente, está fundamentada en los dos aspectos. Recuérdese que con una visión formalista del negocio y de su causa, que ponga atención únicamente en el esquema legal del mismo estableció por la norma jurídica como razón justificadora de su eficacia jurídica, no se llega a ningún resultado, porque se desconoce el factor social del negocio jurídico y daría lo mismo hablar de causa del negocio que del negocio que del acto jurídico en sentido estricto. La causa ya no sería un requisito de existencia del negocio jurídico, sino en general de todo hecho jurídico voluntad. No debe olvidarse que la función establecida en el esquema legal es causa jurídica en la medida que hace referencia a una función social de un acto de la autonomía privada encaminado a la obtención de un propósito práctica amparado por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo,

con una noción meramente social, se desconoce la función ordenadora del derecho, organizadora de la realidad social en realidad jurídica. (Taboada, 1996)

Con dichas crítica se evidencia la inutilidad de la teoría de la función jurídica; lo única rescatable es que lo negocios jurídicos y contratos tiene su razón de justificación en el ordenamiento jurídico y rechaza al dogma de voluntad y consentimiento.

2.2.2. OTRAS TEORIAS DE LA CAUSA

A.- Teoría Unitaria

Uno de los exponentes es el autor De Castro y Bravo; que definió la causa como el propósito comercial, a ello debemos de precisar que el propósito no es aspecto subjetivo de la declaración de la voluntad o otras veces el contenido de la misma; y también señala que la causa como propósito que es medida por la regla legal para medir; como la causa va a medir los efectos; la causa tiene una escala de efectómetro; y cuál sería el criterio de medición, y que pasa en los contratos con ejecución continuada, y se modifica una norma que regulación o se produce la modificación contractual; la causa puede prever el futuro; me parece fantasioso dicha afirmación.

La causa como puede medir los alcances; y es un elemento concurrente para que nazca efectos; es decir, es un elemento y a la vez un efectómetro; y esta teoría señala la causa ilícita cuando es contraria ley o a la moral; el gran problema que la moral (siempre fue y es), relativa en función al tiempo y espacio

histórico; y la falta de causa, cuando falta un elemento de la causa, no hace otra cosa que confundir con un elemento negocio jurídico con la causa.

La causa subjetiva y objetiva; tiene que fusionarse, como lo señala también Taboada la causa como doble aspecto, es decir subjetivo y objetivo, es decir el propósito práctico objetivizado y la norma jurídica como aspecto objetivo; y que la finalidad sea controlable desde la moralidad y licitud; en esa línea de pensamiento parte Anibal Torres Vasquez.

La causa fin sincrética o unitaria está integrado por la finalidad objetiva, dado a que constituye requisito de validez de todo acto jurídico no solamente el fin típico y abstracto, sino también los motivos determinantes comunes, o, al menos conocidos o que han debido ser conocidos por los agentes. (Torres, 2002) Lo pretenden son cuestiones unitarias.

No compartimos esta opinión del codificador. El sentido que se debe dar a la causa fin regulado por el Código debe ser el que corresponde a la teoría sincrética o unitaria de la causa fin, por cuanto las teorías objetivas y subjetivas no son opuestas, sino complementarias, pues, el sujeto al realizar un acto jurídico lo hace con el propósito de alcanzar los efectos que le son típicos y constantes, lo cual no le impide que, además, se proponga lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explícita en el acto y que lo tanto la calidad de voluntad común que merece ser tutelado por el Derecho. (Torres, 2002)

B.- Teoría de la Causa como el Interés Concreto

Morales (2011) define a la causa del contrato es el interés concreto que el contrato está dirigido a realizar; el autor nacional hace una definición diferente pero al mismo, sigue en una perspectiva metafísica en tanto el término interés en el derecho es ambiguo y no tiene una definición exacta, además los intereses pueden ser relevantes para el derecho o contra el ordenamiento jurídico.

Y partiendo de una definición objetiva, es decir partiendo del objeto de representado; el problema es el interés es un término, multívoco. Como definir algo pero sino no se tiene limitado con exactitud el objeto representado, como definirlo.

La relación entre causa y interés, tiene que existir una correlación de definiciones, y sobre todo una coherencia lógica. Y definen, el interés es un efecto de la necesidad de un bien, y el interés tutelado por el derecho se concreta en relación al bien idóneo para satisfacer tal interés. El concepto de interés se complementa con los conceptos de bien y necesidad. El concepto de bien se identifica con todo lo que puede satisfacer una necesidad y el concepto de necesidad es una exigencia, un menester, que proviene de la falta de ciertas cosas por lo que tiende a la propia satisfacción, y postula, conscientemente, al bien. (Morales, 2011)

Cuando se habla de interés, es la interacción del sujeto frente al bien para satisfacer su necesidad: no se puede hablar de interés si no se parte del sujeto del derecho y la necesidad en concreta; y por otro lado la interacción del sujeto frente al bien (desde una

perspectiva material o inmaterial); muchas veces esa interacción se da después del contrato, en tanto el contrato es un instrumento para la asignación de recurso para satisfacer una necesidad; es decir el interés esta antes y después, y un modo de satisfacer es el contrato, y desde otra perspectiva las necesidades es ingentes y los recursos escasos para satisfacer, ese fenómeno mejor lo ha estudiado la economía que el Derecho. Por otro lado no todos los derechos tienen como objeto de regulación los bienes, sino son las conductas que recaen sobre los bienes.

Descubriendo el contenido del interés identificaremos la promesa vinculante y la certidumbre de un vínculo jurídico que permita confiar en la promesas.

Existe una confusión en tanto que, el interés está contenido en la declaración de la voluntad, muchas veces lo que se regula es la forma como satisfacer el interés no es otra cosa que el contenido de la declaración de voluntad o el consentimiento. Por ello, señalan: Causa no es el interés de cualquier particular, sino el conjunto de los intereses relevantes de ambas partes, que en su conjunto define el sentido de aquella operación, la razón justificativa de aquel contrato a los ojos de las partes misma y de ordenamiento; (Morales, 2011) aún más consideran la causa como interés, pero el termino interés de otra perspectiva tiene otra connotación.

Por eso, dice Carusi que la definición de *causa como interés de las partes objetivado en el contrato*, puede quizás todavía ser, mantenida, pero se enriquece de significado el termino *objetivado*,

en el cual deberá verse implicado –además del resultado del contrato- la no necesaria correspondencia al interés efectivo de los contratantes . “Objetivado” en este sentido el interés de ser “subjetivamente” referible a cualquiera de las partes; se convierte, si se quiere, en “imagen de un interés”. En consecuencia, los términos “interés” y “funciona” se complementan en el sentido de la operación contractual concreta. Esta definición es “objetiva” del contrato en el sentido que la causa es expresión de interés de las partes y función objetiva, en cuanto objetiva, objetivamente individual. (Carusi, 1999)

La causa representa el elemento de cohesión entre estos dos elementos; de expresar la tensión de la voluntad a través de un bien, es decir, el interés que a través del negocio se quiere realizar, es decir la función que el negocio tiene para los sujetos. Un aspecto funcional es dado por eso en la causa, pero este debe estar referido a los individuos autores del negocio. Función económica individual indica, por consiguiente, como la causa desarrolla un rol unificador de los varios elementos que componen. La causa como función económico individual precisamente por indicar el valor y el alcance de la operación económica en su globalidad que la partes mismas le han dado. (Morales, 2011)

Señalar que la causa, es un elemento que se fusionan elementos del negocio, es erróneo, en tanto que, sería un elemento secundario que solo tiene una funciona de unir y no es un elemento mismo concurrente del negocio, y por otro lado, si se

afirma la causa como intereses, se hace referencia al contenido de la voluntad en tanto que se fusiona la perspectiva de causa como función económica individual.

Por otro lado a la causa no solo consideran como un elemento concurrente al negocio jurídico o contrato sino, lo consideran antes de la existencia del contrato o negocio; en la formación entendida causa como interés de las partes y como fundamentos de los efectos. En este sentido opina el autor nación en las siguientes proposiciones.

Con la concepción de la causa concreta o la causa como la función económica individual no solo la sanción de ilicitud es importante, sino también otros efectos jurídicos de invalidez o de ineficacia aplicables. El interés es determinante como elemento estructural y como función concreta en la económica de la operación contractual. La operación económica no contempla el conjunto de efectos esenciales, sino solamente el conjunto de los intereses, Institutos como la teoría de la presuposición (criterio de compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento), el contrato en fraude a la ley y la conversión del contrato se explican mejor con el concepto de causa concreta o de causa como la función económica individual. La justicia correctiva cobra importancia en los contratos. No será el concepto de reciprocidad laboneano, sino el concepto aristoniano para explicar el "juicio de producción". Se exigirá mayor intensidad de tutela a los contratos. (Morales, 2011)

De ese modo, la causa es el interés que la operación contractual está dirigido a satisfacer (o la síntesis de los intereses) y es el fundamento objetivo de los efectos jurídicos (justificación de la constitución de situaciones jurídicas subjetivas y de relaciones jurídicas).

Además, la causa no solamente es relevante en el plano genético o de la formación del contrato. También lo es en el plano funcional cuando el contrato produce las consecuencias jurídicas pero acaecen hechos jurídicos que perturban la funcionalidad del contrato. (Morales, 2011) Con ello afirma que la causa una contradicción en tanto que señala que es elemento que une a otros elemento es como la goma negocial, es elemento y a la vez no lo es, y por otro lado es un super elemento que está en todas a etapas del iter negocial y contractual, e implica como fundamentos de justificación de la dación de la norma que regula un determinado negocio o contrato, en tanto que está en el plano genético y funcional como programa de la funcionalidad o funcionamiento, ello implica, que la causa reemplaza al ordenamiento jurídico y a la reglamentación contractual o negocial de las partes.

Y otra postura entienden a la causa como elemento que enriquece la interpretación de la autonomía privada, para precisar que la autonomía privada es una situación jurídica de ventaja activa, y no se interpreta solo se interpreta desde la perspectiva jurídica la norma y la declaración de voluntad.

Señala la causa como función y razón de justificación del mismo, a atribuir el reemplazo de la causa al ordenamiento jurídico o a los hechos, necesidades sociales que justifica la regulación. Y aun mas confundirlo con el interés es otra contradicción, en tanto muchas veces se confunde el intereses con el motivo objetiva o subjetivado, integrado o no al contrato a través del contenido de la declaración de la voluntad.

La razón de justificación de un contrato determinado, en si mismo, es la finalidad que persiguen las partes, como utilidad final es decir el contrato o negocio solo son un instrumento para la realización de sus interés, eso es cierto, eso es la razón que justifica su existencia y su regulación en el ordenamiento jurídico, pero ello es un discurso externo al contrato o negocio y no interno desde la perspectiva definición o constitutivo del negocio.

Por ello hablan mucho de interés practico e individual, es en la lógica se prefiere hablar de contenido subjetivo del interés del sujeto y objetivado es parte de la reglamentación negocial. Por ello coincide el efecto con el propósito, y confunden hablando de causa como efectos y razón de justificación de los efectos, allí habría una incongruencia de las proposiciones.

Y dentro de nuestro sistema erróneamente se confunde la finalidad, en los artículos: 1485,1486, 1495, 1505, 1509, 1510, 1512, 1513, 1524, , 1572, 1689, 1733, 1962 del Código Civil, usado el termino finalidad con la perspectiva.

2.2.3. LA CAUSA EN LA LEGISLACION COMPARADA

A) EN EL CODIGO CIVIL FRANCES DE 1804

El artículo 1108 del Código Civil Francés exige entre los requisitos esenciales para la validez de un contrato o convención una causa lícita en la obligación: Artículo 1108.- Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: El consentimiento de la parte que se obliga. Su capacidad para contratar. Un objeto cierto que forma la materia de acuerdo. Una causa lícita de la obligación.

Artículo 1131.- la obligación sin causa o con falta causa o con causa ilícita no puede producir efecto alguno.

Artículo 1132.- La convención de deja de ser válida cuando su causa no haya sido expresada.

Artículo 1133.- La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

B) EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO DE 1869

El código argentino, lo regula en la fuente de las obligaciones, solo regula la causa de la obligación mas no, causa como elemento del contrato.

Artículo 499.- No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles.

Artículo 3119.- Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la Republica, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y

en las formas dispuestas por el art. 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipoteca, en el término de seis días contados desde que el juez la protocolización de la obligaciones hipotecaria. Pasada este término la hipoteca no perjudica a terceros. La hipoteca constituida desde pis extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la Republica.

Artículo 500.- Aunque la causa no está expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Artículo 501.- la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera.

Artículo 502.- la obligación fundada en causa ilícita, es de ningún efecto. La causa, es lícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público.

C) EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

En el Código Civil chileno, de Andrés Bello, promulgado en el año 1855, donde regula como requisito del acto jurídico en su Art. 1445 y dispone: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea capaz, 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita

Artículo 1467.- No se puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarlo. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

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

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

D) EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

EL Artículo 1261 No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º Consentimiento de los contratantes

2º Objeto cierto que sea materia del contrato

3º Causa de la obligación que se establezca

Artículo En los contrato onerosos se entiende por causa, para cada contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor

Artículo.- Los contratos sin causa, o con una causa lícita, no produce efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se oponen a las leyes o a la moral.

Artículo 1276 La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad y que es lícita mientras el deudor no pruebe verdadera y lícita.

Artículo 1277. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Artículo 1305.- Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia de contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta

Esta disposición es aplicable al caso en que solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes, pero el no culpable podrá reclamar lo que hubiere dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

Artículo 1306.- Si el hecho en qué consiste la causa torpe no constituye delito ni falta se observaría las reglas siguientes:

1º Cuando la culpa este de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiese ofrecido.

2º Cuando este de parte de un solo contratante no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido. El otro, que fuere extraño a la causa torpe podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiere ofrecido.

E) EN EL CODIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

Artículo.- Requisitos del contrato. Los requisitos del contrato son:

1º el acuerdo de partes

2º la causa

3º el objeto

4º la forma, cuando resulta prescrita por las leyes bajo pena de nulidad

Artículo 1343.- Causa ilícita.- La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas al orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1344.- Contrato e fraude a la ley. Se reputa también ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio de eludir la aplicación de una norma imperativa.

Artículo 1345.-Motivo ilícito. El contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambos.

F) EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO

Similar al italiano, el código boliviano parte de la alienación cultural europea

Artículo 452.- Son requisitos para la formación del contrato:

- 1) El consentimiento de las partes
- 2) El objeto
- 3) La causa
- 4) La forma siempre que sea legalmente exigible

Artículo 489. Causa ilícita. La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa

Artículo 490 Motivo ilícito. El contrato es ilícito cuando el motivo que determina la voluntad de ambos contratantes es contraria al orden público o a las buenas costumbres

2.2.4. CONSTRUCCION DE UNA NOCION DE CAUSA EN LA DOCTRINA NACIONAL

Se ha descrito, toda la evolución histórica desde roma, hasta la época moderna y las teorías que lo sustentan, cada quien con su propio sustento como también con sus propias contradicciones, y la descripción del sistema alemán que impera el principio de separación y abstracción en el negocio jurídico.

Pero el cambio de fundamento de la razón de reconocimiento del acto de declaración de voluntad, es importante, en tanto que primero fue por sí mismo, después la causa y luego la norma, que se registraron parte del desarrollo histórico de la dogmática, dentro del sistema frances.

En la actualidad, nadie acepta al negocio jurídico definido como declaración de voluntad o el consentimiento, o identificar como declaración de voluntad, y que está por si misma crea efectos jurídicos, es decir el dogma de la voluntad es ya histórico, sin embargo a veces lo tradicional impera.

El concepto fundamental es la declaración de voluntad, es el acto racional comunicacional, que tiene contenido preceptivo y a veces

normativo, basada en la misma satisfacción de un interés o finalidad subjetiva a través del ordenamiento jurídico.

Por otro lado hablar de negocio jurídico como supuesto de hecho, explicada que la conducta del hombre es valorada por el ordenamiento jurídico; y esto a la vez que da los efectos en función al principio de legalidad. El límite de la autonomía privada y de los negocios jurídico es el ordenamiento jurídico.

Y desde el plano meta teórico partimos de la teoría analítica, debemos de partir de un posición modera, aceptando la integración relativa entre la moral y el derecho y respetar su independencia entre ellos. Y la integración relativa de la moral y el derecho desde el contenido de las necesidades sociales y la moral positivizada en tanto que en el Perú, como país en vía de desarrollo, no tenemos conciencia de un sentido moral generalizado, impera la cultura de la no moral.

La ética en america latina, no hay cultura ética, si antiética, en tanto que en todas las esferas de la sociedad está dominada por la corrupción y esto domina a los actores jurídicos y políticos ¿Cómo controlar la moral en los contratos?, como relacionar la causa, con moral sino no tenemos cultura de moral solida?, tiene sentido que la causa sea un elemento del negocio jurídico, por otro lado la moral siempre es relativa. Eso no implica negar la moral sino de impulsar pero por ahora debe imperar la legalidad a fin de moralizar la sociedad.

A) Derecho, Sociedad y Negocio Jurídico (Contratos)

Si se pretende estudiar, el Derecho, la Sociedad y el Negocio jurídico, se debe hacer desde un punto de vista de la filosofía, epistemología y teoría del derecho, sociología del derecho.

El adagio, *ubi societas ubi ius*, es innegable, es una relación entre la sociedad y el derecho es inescindible, existe una relación dinámica y la relación que prima más, es una cuestión muy discutible.

Otro aspecto que es innegable, es que el Derecho es eminentemente social, allí los límites de la teoría analítica o sus dificultades para ser herramienta epistémica completa.

La finalidad del Derecho es social, político, económico, el Derecho al final es el reflejo de lo que sucede en la estructura económica, política y social, el Derecho en sí mismo es inútil. Y el poder político-económico a través del poder legislativo recoge dichos intereses que deben tutelar o los intereses dominantes económicos y/o políticos de una determinada sociedad imperan y lo convierte en leyes o normas jurídicas.

A partir de allí se convierte en lícito o ilícito, la utilidad social es una proposición abstracta a veces irreal, la utilidad social en sí mismo no existe, lo que existe en concreto/objetivo es la utilidad al poder dominante. Donde impera la moral sectorial que se impone como una moral generalizante a través de las normas jurídicas.

Todas las teorías objetivas (en su mayoría), entienden que la causa es una noción social y extra jurídica, a la vez, por ello se

define **como función económico social, excepto la función jurídica. Como sienta extrajurídico puede ser jurídico?, es decir puede ser parte de un supuesto de hecho (como elemento del negocio jurídico).**

Y ratificar los intereses en esta forma que influye lo social, histórico y cultural, es variable y es predio para un reconocimiento jurídico, pero también olvida lo político y lo económico, que a veces determinan como argumento pre legislativo. Desde esta perspectiva si es posible utilizar los métodos del Derecho y la Sociología para una mejor investigación en tanto que el Derecho es eminentemente social, además el Derecho tiene un objeto epistémico heterogéneo.

El Derecho es influido por la sociedad; y la sociedad es influida por el Derecho (el derecho es toda situación de vida del hombre consiente e inconscientemente, por el mismo hecho que sea el hombre un ser social, solo varia el tipo de normas según el espacio y tiempo que se vive; en suma no puede haber sociedad sin derecho, el derecho "trata" de asegurar la convivencia social, dijo trata porque no asegura absolutamente, Y la función ordenadora del Derecho es relativo y no absoluto; aunque a veces uno influye uno más que otro. Ahora es repensar la causa dentro de esas líneas de ideas, teniendo en cuenta la función ordenadora del derecho.

También hablan de la función ordenadora del derecho y cuál es el nexo inescindible entre el derecho y la sociedad?; dichas interrogantes se debe resolver con una perspectiva científica,

filosófica, filosofía del derecho, epistemología, teoría del derecho, solo con dichos instrumentos tendremos una dogmática productiva, y ayude a resolver problemas prácticos y no construir teorías, alejadas de la realidad.

Y se debe primero definir el objeto epistémico, es decir el DERECHO, y dicha labor es arduo, que se puede decir que existe definiciones como autores existen, es un situación tormentosa para la conciencia de los juristas, pero para hacer buena dogmática debemos de tomar postura, y para ello debemos de tener postura de los instrumentos teórico ya mencionados: científica, filosófica, filosofía del derecho, epistemología, teoría del derecho.

Cierto es la función ordenadora del derecho como vínculo entre el derecho y la sociedad; pero la ordenación es relativa, en tanto que el derecho no resuelve todo los problemas, en tanto que la sociedad es cambiante raudamente y las normas no estáticas temporalmente, por otro lado en las democracias formales de estados de derechos formales o en países en vía desarrollo como el nuestro no existe una seguridad, y el poder judicial no existe predictibilidad de la resolución jurídicas, sin embargo la función ordenadora del derecho se materializa a través de norma.

De allí hace su análisis de la concepción de la causa desde la perspectiva social, señalando la concepciones subjetivas de la causa tiene como límite la licitud, y se confunde con el contenido de la declaración de la voluntad, esto entendido como una

acción comunicativa racional expresado en un lenguaje implícitamente donde esta insertado sus interés de los sujetos que celebran el negocio jurídico, y aceptar el dogma de la voluntad como razón de reconocimiento de los efectos jurídicos, es retroceder la historia hacia un individualismo como ideología; y por otro lado, la teoría de la función jurídica también tiene como límite a la licitud de la autonomía privada, además es confundir la causa con el supuesto de hecho abstracto de las normas negociales y contractuales del ordenamiento jurídico.

La teoría objetiva rechaza el dogma de la voluntad y la concepción individualista de los contratos y la de que sustenta que el efecto lo da el ordenamiento jurídico nacional que debidamente tipificados los negocios jurídicos, ***y la causa es un elemento que al final no tiene un contenido conceptual específico y dentro de la práctica de la poco se ha entendido y aplicado con precisión para dar predictibilidad de la resolución judiciales y encontrar seguridad jurídica.***

Que la función económica social, acepte también lo jurídico y lo social (utilidad social o trascendencia social), para su fundamento de reconocimiento, eso no significa la función jurídica no la tenga, lo que pasa sus perspectivas de ver distinto el objeto epistémico del negocio jurídico; es decir un punto de vista interno o externo del Derecho. La teoría de la función económica social solo enfoca el punto de vista externo, pero la fusión de punto de vista interno y externo, el problema es

metodológica, en tanto que no es adecuada y coherente para construir la definición de causa.

Ello implica repensar ius filosóficamente, desde el formalismo y anti formalismo; hasta qué punto puede aceptar la causa desde la perspectiva social; o como se puede re conceptualizar la causa desde una mirada interna y externa del Derecho, y cuál sería su definición, pero para nuestra perspectiva es una tarea predestinada al fracaso. Un esfuerzo que no tiene sentido.

La causa del negocio jurídico debe estudiarse para una utilidad práctica, y no es estudiar solo un elemento de la estructura del negocio debe ser relacionado con los demás elementos, también tiene relación directa con la misma definición del negocio, sino a explicar las razones de fundamento del mismo porque una declaración de voluntad tiene efectos jurídicos o porque una declaración de voluntad puede crear, regular extinguir relaciones jurídicas. Es decir, de los elementos que lo conforma el negocio jurídico influye directamente en la definición de Negocio Jurídico, y está relacionado con las demás instituciones jurídicas como los contratos y las obligaciones, y derechos reales (está relacionada con la forma de la transmisión de la propiedad con la teoría voluntarista de origen francés-contratos- y el sistema abstracto de la transmisión de la propiedad de origen alemán, donde es origen el negocio jurídico), y todas las instituciones afines y esto con una concepción de teoría del derecho. En nuestro caso es una mezcla sin ningún criterio, sino una importación del derecho irracional.

Para poder comprobar el reconocimiento de una determinada figura negocial, no basta con constatar que la misma se encuentra tipificada legalmente, debe también constatarse en los hechos, en la situación social concreta de que se trate, si el negocio tiene efectivamente todos los elementos considerados en su esquema legal, es decir, en su tipo. (Taboada, 1996) El autor propone una nueva forma de estudio de los negocios, lo cual su esfuerzo es loable. Es un criterio sociológico, pero ya no existe continuidad de su pensamiento, solo se ha optado pensar con ideas ajenas, y volverlas nuestras, como si pensáramos para una sociedad europea.

En muy breves términos, el negocio jurídico no solo debe observarse a través de la norma, sino principalmente en la realidad social, representado en la síntesis de sus elementos o componentes. No se puede confundir el negocio, considerando en sí mismo, tal como se presenta en la vida social, con su estructura formal establecida por el esquema legal. Y esta comprobación del negocio en la vida social, es posible justamente gracias a la función ordenadora del Derecho de los hechos sociales, es un discurso desde la perspectiva externa del derecho. (Taboada, 1996)

El Derecho está inmerso en la sociedad es parte de la realidad social, la determinación de la licitud o no corresponde al ordenamiento jurídico, incluso a la utilidad social o trascendencia social, y que en la aplicación del derecho se tiene dentro de la dinámica social, y no la norma en sí mismo tiene contenido

social. El lenguaje del Derecho si debe corresponder a una realidad social o estados de cosas sociales. El termino causa, es un problema de lenguaje y de interpretación, como señala Guastini: Expresiones de lenguaje ordinario que, sin embargo, se tecnifican en el discurso jurídico, adquiriendo un significado distinto del común: a veces a) en virtud de una definición legislativa, más a menudo b) en virtud de la elaboración dogmática de los juristas. El significado común de estas expresiones no puede obtenerse de los diccionarios de la lengua: se obtiene de los textos normativos (si existe una definición legislativa de la expresión en cuestión) o del uso de los juristas. Por otro parte, el uso de los juristas es raramente univoco: distintas doctrinas sostiene usos distintos (y por ello distintos significados o matices de significados) de los términos, (Guastini, 1999) claro está demostrado en la paginas anteriores que el termino causa fue una invención dogmática extranjera, que hasta ahora no se tiene claro cuál es su significado sin utilidad práctica, encima exportarlo sin ningún análisis con un criterio científico propio.

Desde el punto de vista de la sociología del derecho, la eficacia es presupuesto de la validez, y ya no la validez formal, desde esta perspectiva es necesario construir una nueva definición de negocio jurídico, una nueva teoría del negocio jurídico, sustentado en una teoría del derecho y filosofía del derecho y una base científica, eso es camino adecuado que Lizardo Taboada señala pero insistir definir la causa al final desde esa

perspectiva sin resolver otros problemas o desde la comparación de los sistemas es errado. Relacionado con la forma de la transmisión de la propiedad.

En otras palabras, para la justificación y eficacia jurídica de un negocio jurídico, para poder hablar de un negocio jurídico, siempre es necesario una valoración normativa y la vez una materialización social de una determinada conducta. La causa debe revestir siempre un aspecto legal y un aspecto social.

Construir una noción de causa sobre el aspecto legal únicamente, o exclusivamente sobre el aspecto social, es construir una noción incorrecta destinada al total fracaso, (Guastini, 1999) ***dentro de ese entender la mayoría de doctrina influida del sistema francés y italiano, solo toman el aspecto jurídico, es un fracaso, pero porque aún se sigue teniendo como elementos la causa dentro de la codificación comparada, acaso por tradición o porque es realmente útil, a nuestro parecer es esfuerzo destinado al fracaso.***

Todo negocio jurídico está sujeto necesariamente al tiempo, en cuanto dentro de esta última acaece el hecho de la producción del primero y de acabamiento. No hay negocio jurídico inconcreto, que no tenga un día como propio nacimiento y un día como propio de su conclusión. (León, 2004)

Todo está inmerso en tiempo y espacio también los negocios jurídicos uno en su celebración, que es momento inicial al inicio o nacimiento cuando concurren todos sus elementos, y si cumple con el supuesto de hecho concreto o genérico, tiene la validez y

de allí tiene sus efectos en el mundo jurídico y social. Albaladejo entiende a la eficacia; como la producción de efectos (eficacia) ha de coincidir con la formación de negocio puede haberse formado y ser todavía ineficaz. Incluso muchos negocios se realizan pensando en una eficacia futura; aparte de que de hecho, es frecuente en muchos de ellos que trascorra un lapso de tiempo entre el momento de la formación y el de la eficacia; piénsese en el periodo que va desde el otorgamiento del testamento (formación) hasta la muerte del testador periodo en el que el testamento es ineficaz. (Albaladejo, 1993)

Por lo señalado la causa es un “elemento” de la estructura del negocio jurídico o supuesto de hecho complejo, que debe recurrir para la formación del negocio; como puede ser elemento y razón de eficacia; en tanto que la eficacia ya depende de la razones circunstanciales sociales o externas al negocio jurídico, además ya se formó el negocio nada tiene ver, en esta etapa del iter negocial la causa, como argumento pre legislativo para la dación de las normas negociales o contractuales.

Esto significa, finalmente, que la noción de causa del negocio jurídico debe ser construida teniendo en cuenta el aspecto de su valoración legal y de su significado social. La función ordenadora del derecho nos indica que no se puede construir una noción de causa únicamente desde el punto de vista social, no exclusivamente desde el punto de vista legal; (Taboada, 1996, p. 545) cuando estamos ante la valoración legal estamos frente a todo el ordenamiento jurídico, así como la función jurídica

o el motivo abstracto (que es la misma teoría con argumentos distintos que los justifican), que se asemeja al supuesto de hecho de la normas jurídica que regula el negocio o el contrato en concreto; y lo social es una mirada externa del derecho, es parte del discurso pre legislativo, por consiguiente las teorías como clásicas, neoclásicas, y objetivas a la fecha no tiene consistencia lógica en el contenido de las proposiciones que lo sustentan, en el plano practico tampoco en tanto que la causa o fin licito es invocado en muchas demandas pero no sustentado con consistencia, y la ejecutorias supremas no está debidamente desarrollados como se adjunta en los anexos de la presente investigación.

B) Crítica a la Noción de Función Socialmente Útil, socialmente razonable o digna en los negocios atípicos.

Decir que las consecuencia entre la vinculación entre el Derecho y la Sociedad es la causa como función económica social es un razonamiento mecánico, es pensar naturalistamente entre causa y efecto, de los fenómenos sociales, no suceden generalmente las cosas así, en una proposición que no está debidamente justificado, eso lo señala Taboada, por último la causa tiene muchas teorías que lo definen y como en el sistema alemán y ingles no existe la causa, entonces en esos sistemas no existiría vinculación entre la sociedad y el Derecho.

Y en cuando, a la trascendencia social o a la utilidad social, Taboada expresa su posición contraria: “En nuestro concepto, el aceptar la íntima vinculación entre Derecho y Sociedad, no nos lleva necesariamente a aceptar que la trascendencia social deba ser criterio de medida de las manifestaciones de la autonomía privada, es decir, de los negocios jurídicos para conocerlos y sancionarlos. En otros términos, no aceptamos la idea que todo negocio jurídico, para ser tal, deba cumplir una función económica social, en el sentido de una con trascendencia social, con relevancia social, que responda a un interés social, que tenga una utilidad social. No aceptamos el concepto de causa de EMILIO BETTI como función económica social con trascendencia o utilidad social, aprobada por la conciencia social.

Evidentemente, existen múltiples negocios que si cumplen o están dirigidos a cumplir una función socialmente útil, como suceden en el contrato de compraventa, de arrendamiento, de suministro, de mutuo, de sociedad, etc. Sin embargo, no entendemos, ni aceptamos, por que se exige o pueda exigirme este requisito para la totalidad de los negocios jurídicos y contratos.

Con una premisa como esta, es decir, con la afirmación de que el negocio jurídico para merecer la tutela y el reconocimiento legal requisito necesariamente de una trascendencia y utilidad social, en nuestro concepto se estaría limitando en forma excesiva y muy peligrosa la autonomía privada y su

reconocimiento jurídico, entendida como la potestad que tiene los particulares de vincularse entre sí para la satisfacción de sus múltiples intereses y necesidades.

En suma, no podemos aceptar, ni aceptamos que se deba configurar o concebir la noción de causa del negocio de causa del negocio jurídico como función económico social, en el sentido de la construcción de EMILIO BETTI. Sería absurdo exigir en todo negocio jurídico necesariamente una función socialmente útil, con trascendencia social, que responda a un interés social. No nos parece que la causa del negocio (y del contrato), tal como se encuentra regulada en los Códigos Civiles de los sistemas jurídicos causalistas, pueda ser entendida como la función socialmente útil que le negocio jurídico está dirigido a cumplir” (Taboada, 1996)

Coincidimos con la opinión del autor nacional, en tanto que se han regulado los tipos negociales debido a su trascendencia social, y pone su primera idea eje para la construcción de definición de causa, que debe entenderse una sola noción, pero a la vez dividido en dos aspectos: debe ser objetivo y subjetivo; y no acepta un subjetivismo como era conocido la teoría clásica (como motivo concreto o abstracto o típico determinante para la celebración del contrato o negocio jurídico) o como también el neocausalismo, que ambas teorías fueron causalidad para oscurecer la noción de causa, y si no existe una cuestión subjetiva de causa cuando pasamos a lo objetivo, vamos a la función económico social, que es un discurso pre legislativo o

discurso externo del derecho de la funcional como tal, y la función económica individual que se confunde con el contenido de la declaración de voluntad, y la función jurídica que se confunde con el supuesto de hecho de las normas que regulan los negocios y contratos, y desde la perspectiva práctica no tenga funcionalidad o vitalidad, ello hace que debemos de abandonar a la causa como institución jurídica, es un término sin un contenido conceptual sin asidero práctico.

Taboada tiene la premisa que el aspecto subjetivo puede incorporarse a la estructura del negocio jurídico, el móvil determinante debidamente causalizado así para encontrar supuestos de causa ilícita, como volvemos repetir lo ilícito o lícito lo fijan las normas jurídicas de un determinado ordenamiento, y no causa por sí misma, ello implica equiparar causa con normas jurídicas, recordando para los criterios axiológicos o escatológicos el ordenamiento integra como los principios, cuestiones morales como las buenas costumbres (moral social, que poco ha desarrollado la jurisprudencia como lo hace la práctica judicial de otros sistemas judiciales) prescrito en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano, así como lo hace en el sistema alemán, a través de las buenas costumbres el Juez puede controlar la moralidad de los negocios y contratos..

Además, **esta opinión es incoherente en tanto que solo es posible a través de la declaración de voluntad, entonces ya se, estaría confundiendo entre la declaración de voluntad y causa;** como lo señala la doctrina dominante la declaración de

voluntad es un requisito independiente de la estructura del negocio jurídico o de otra perspectiva.

La teoría de la causa como función económico social confunde la causa con el tipo. Esta confusión implica considerar que el contrato y los efectos jurídicos se identifican conceptualmente. De esta manera, el requisito de la licitud sería inútil por cuando todo contrato típico es lícito. Así, los contratos atípicos no serán protegidos porque no se encuentran regulados en los tipos legales. Tampoco podremos diferenciar cuando un contrato es relevante o irrelevante jurídicamente, finalmente, los actos jurídico en sentido estricto también tienen causa dentro de un discurso que considera a la causa como elemento que de nuestro parecer no lo compartimos, en tanto y cuanto que la causa es un término sin contenido meta lingüístico.

Para entender la causa del contrato y diferenciarla del tipo es importante tener en cuenta la teoría de la norma jurídica con la realidad. El hecho concreto o extrajurídico, el hecho jurídico hipotético, el hecho jurídico concreto, el efecto jurídico hipotético y el efecto jurídico concreto son conceptos que se ubican en niveles de lenguaje diferentes. El tipo es el modelo de organización de intereses que se ubica tanto en el hecho jurídico hipotético como en el efecto jurídico hipotético. Como lo dijimos anteriormente, el hecho concreto puede ser relevante o irrelevante para el ordenamiento jurídico. El hecho jurídico hipotético es el hecho previsto hipotéticamente, o, es el hecho jurídico probable. El hecho jurídico concreto es el hecho

concreto incorporado o subsumido en el hecho jurídico hipotético. El efecto jurídico hipotético es la consecuencia. Y el efecto concreto es el resultado de la aplicación del efecto jurídico hipotético al hecho jurídico. (Morales, 2011) Según el discurso del autor desde el enfoque de la teoría de la norma; no tiene sentido la causa, en tanto que reemplazaría el presente discurso como lo señala Betti y Taboada. En tanto que la causa debe entenderse como un elemento del supuesto de hecho hipotético o requisitos del negocio o del contrato, y se verifica en la realidad con los demás elementos señalados en la normas, nace el negocio o contrato y luego estos tiene efectos jurídicos, que la doctrina señala crear relaciones jurídicas.

Sobre la teoría objetiva opina que el autor nacional: No estamos de acuerdo tampoco con la teorías meramente objetivas, específicamente con la que identifica la causa con el tipo negocial, cuanto no se puede reducir la causa únicamente al esquema legal establecido por el ordenamiento jurídico para las diferentes figuras de negocio jurídicos, ya que estaríamos dejando de lado los negocios atípicos y también porque no podríamos en ningún caso de un supuesto de causa ilícita. Incluso, no sería muy claro poder hablar de los supuestos de ausencia de causa. En efecto, si identificaríamos la causa con el esquema legal establecido por las normas jurídicas, será posible hablar de causa ilícita y de causa en los negocios jurídico atípicos, que en cuanto atípicos, justamente no se encuentran previsto en ningún esquema legal y será muy difícil poder hablar

de ausencia de causa, en materia de negocios típicos, porque al estar el negocio tipificado, el mismo siempre tendrá un esquema. (Taboada, 1996)

El valor fundamental de la teoría de la función jurídica, es señalar que el fundamento de los efectos, es el ordenamiento jurídico, y no la causa; por otro lado el confundir la causa con el tipo legal, es que la final la causa no existe, es inútil, como funciona los contrato en el sistema inglés, donde no existe causa, o como funciona en el vigencia del Código derogado de 1936, porque en realidad lo que existe los supuestos de hechos rígidos y flexibles, normas y principios que ponen como límite de licitud o ilicitud, para celebrar contratos.

Al final lo que importa es la norma que tenga eficacia viene la practicidad social; es decir como las transacciones sean útil para la viabilizarían de la relaciones sociales y económicas, y por otro lado hasta esta parte del libro de Taboada no señala que es causa ilícita menos pone un ejemplo claro y que este dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico. Y hasta fecha no sabemos a ciencia cierta que es una causa ilícita, tampoco se ha encontrado en ejecutorias supremas.

Y respecto del aspecto subjetivo, el problema es cual va hacer el contenido definicional. De los motivos causalizados, el problema es, que no señalan en qué circunstancias estamos ante causa ilícita.

Sin embargo, en nuestro concepto, el aceptar el aspecto subjetivo de la causa conjuntamente con su aspecto objetivo,

conformado por la función económica social, representada por la síntesis funcional elementos esenciales del negocio jurídico, no nos puede llevar a aceptar la legitimidad de dicha concepción objetiva sobre la causa, por cuanto, lo que objetamos no es que se trate únicamente de una concepción objetiva que no da cabida en ningún caso a los motivos de las partes (problema y observancia que se resuelve de inmediato con la aceptación del aspecto subjetivo), sino la misma noción de causa en cuanto referida a la función socialmente trascendente del negocio jurídico.(Taboada, 1996)

Lo que sí está claro hasta el momento es que no debemos de aceptar la causa como función económica social, con trascendencia social. ***Y también nosotros criticamos que la causa es el requisito que caracteriza el negocio jurídico, con ello la causa se confundiría con la totalidad del negocio jurídico, es decir el todo y la parte de confunde y eso no tiene lógica.***

Tampoco la causa es el fundamento de la eficacia, y porque la eficacia no es otra las consecuencia de un negocio valido, es la funcionalidad o efecto de un negocio valido, y para la validez deben de concurrir varios elementos entre ellos la causa, entonces como un elemento puede también ser efectos, es decir dicho argumento no tiene lógica. La base del reconocimiento, solo el reconocimiento del negocio jurídico se lo puede dar el ordenamiento jurídico y la causa, es decir la causa lo equipara al ordenamiento jurídico.

La causa como la razón de reconocimiento, es la proposición ambigua y contradictoria, en tanto que la única forma de reconocimiento lo da el ordenamiento jurídico con sus normas y principios, y no unos elementos de supuesto de hecho abstracto, eso no tiene lógica dicha afirmación.

Por otro lado los límites de la autonomía privada, está en función a la política legislativa y sobre todo en base al tipo de régimen económico y esto expresara el régimen político, de acuerdo a ello será el límite de autonomía privada; y todo ello se expresa en lo jurídico, y la causa en nada tiene que ver, aun mas en el mismo derecho privado de acuerdo a cada sector en concreto de aplicación normativa será los limites. Y por último la libertad en sí misma no existe, en el plano jurídico depende mucho del poder de negociación para tener mucho o poco límites de la autonomía privada.

Cuando dicen la causa caracteriza al negocio jurídico, no es otra cosa que aceptar la teoría de la función jurídica, es decir como dicen los críticos de esta teoría es confundir la causa con el esquema legal; al final en la gran mayoría lo que importa común mente son los contratos en masa y por adhesión porque ello predomina más en la práctica. Lo atípico o innominado solo importa al que tiene poder de negociación es decir a las grandes empresas multinacionales.

La causa es distinto de la función económica social, tiene la finalidad de acabar los negocios jurídicos atípicos, en tanto que ya los típicos están previstos en el tipo negocial.

Una concepción adecuada de la causa del negocio jurídico y de la eficacia jurídica de los actos de autonomía privada de los particulares debe dar cabida no solo a las funciones sociales que respondan a un interés socialmente importante, sino también a todas aquellas que respondan a un interés estrictamente individual pero necesario para el desarrollo del individuo en su vida en sociedad y para la satisfacción de sus múltiples necesidades, derivadas de su vida de relación con los otros miembros del grupo social. Por ello, no estamos de acuerdo ni con la concepción de EMILIO BETTI, ni con la de LEON DUGUIT, pues consideramos que son visiones parciales e incompletas de lo que merece la protección jurídica. (Taboada, 1996)

Solo garantizar los intereses generales, constantes que garantizan las condiciones indispensables para la sociedad o según la necesidad de la vida social y no lo individual, y que la autonomía privada expresa en la autonomía privada debe satisfacer necesidades comunes de solidaridad e interdependencia social, es olvidar la parte del todo; en tanto que no hay todo sin parte.

Es decir, debe hacer una correspondencia entre los intereses individuales y colectivos, en gran problema es que a veces muchas veces existe colisión, como por ejemplo en temas

ambientales y la libre iniciativa privada. Pero el autor nacional insiste.

Esto significa, en consecuencia, que nuestro concepto de causa, no se encuentra inspirado únicamente en la solidaridad o interdependencia social por semejanza y por diferencia, son que debe ser construido, adicionalmente, sobre la base de los intereses individuales considerados socialmente apreciables, dignos y por ende merecedores de tutela legal. En consecuencia, el concepto de causa del negocio jurídico, desde nuestro punto de vista, debe construirse sobre la base de los intereses comunes a todos los miembros de una determinada sociedad (solidaridad o interdependencia por semejanzas), de los intereses correspondientes a cada individuo según la división social del trabajo (solidaridad por diferencia); y sobre la base de los intereses estrictamente individuales en cuanto socialmente apreciables. Dicho de otro modo, rechazamos la concepción de función social de EMILIO BETTI como la elaborada por LEON DUGUIT, por tratarse, en nuestro concepto, de nociones de función social con un contenido estrictamente social, que limite la satisfacción y protección jurídica de los intereses del individuo, en cuanto sean comunes a todos los miembros de una sociedad determinada (concepción de EMILIO BETTI) y cuanto sean el resultado de la división social del trabajo (concepción de LEON DUGUIT); dejando de lado los intereses estrictamente individuales y que, sin embargo, por ser considerados socialmente dignos y apreciables, deben también merecer en

nuestro concepto la tutela del ordenamiento jurídico, con esta importante conclusión no estamos diciendo en modo alguno que cualquier interés o necesidad, que sea lícita, deberá merecer la protección del sistema jurídico, pues ello significara eliminar cualquier control del sistema jurídico sobre la seriedad de los propósitos que los sujetos desean alcanzar con el amparo de sistema jurídico. (Taboada, 1996)

La exposición de sus ideas parece un sistema jurídico de carácter socialista; en tanto que debe tomar lo individual en función a los intereses colectivos. Eso cambia de perspectiva de contratos.

En nuestro concepto la noción de función social como causa del negocio jurídico, en el sentido de razón justificadora de reconocimiento del mismo por el ordenamiento jurídico, y de su correspondiente eficacia jurídica, y por ende de su protección legal, no solo debe incluir el significado de función socialmente útil o trascendente, y el de función socialmente necesario e indispensable, sino también el de función individual socialmente apreciable, digna, razonable, seria, importante para el desarrollo de cada individuo en su vida en sociedad. No se trata en este último caso, de la función social necesaria para satisfacer de las necesidades de los demás miembros de la sociedad, sino de la función necesaria para la satisfacción de las necesidades de cada individuo en particular. Es decir, se trata de funciones estrictamente individuales, pero socialmente apreciables, consideradas socialmente como razonables para el desarrollo de

cada individuo, según sus personales y peculiares características. De esta manera, se protege también el desarrollo integral de cada miembro de la sociedad, con el consiguiente beneficio para todo el grupo social. (Taboada, 1996)

Estas premisas se podrían considerar como las bases para un derecho socialista, pero dichas circunstancias sociales aun no son posibles dentro de un contexto de las circunstancias de un desarrollo social nacional nuestro, o aún sigue siendo una utopía. Y en cuanto a la causa manifiesta su doble perspectiva social y jurídica, que es muy discutible.

Estos dos aspectos del negocio jurídico: el formal o legal y el aspecto social conforman una unidad íntima e indisoluble, pues no puede haber hecho jurídico y por ende no puede haber negocio jurídico sin *fattispecie* o supuesto de hecho abstracto, y tampoco puede hablarse de negocio jurídico sin una conducta social que se acomode o ajuste a la *fattispecie* o *tatbestand* del mismo modo, la causa del negocio jurídico supone los lados: el jurídico y el social. No se puede decir que la causa es únicamente la función jurídica, pues se estaría dejando de lado los negocios atípicos, salvo el caso de los mixtos, que en cuanto atípicos no están previstos en un tipo o esquema legal; y tampoco se puede decir que la causa es únicamente la función social, por cuanto la misma para ser relevante jurídicamente requiere del reconocimiento del sistema jurídico a través de un tipo legal y de un esquema negocial genérico (las denominadas causas genéricas)

Esto significa que la noción de causa, en su aspecto objetivo debe observarse, no solo a través de la función jurídica, sino también a través de la función social. Todo negocio jurídico debe tener una causa jurídica, esto es, reconocida jurídicamente en un supuesto de hecho específico o genérico y también una causa concreta, consecuentemente de la concurrencia de todos los elementos señalados por el supuesto de hecho para la función jurídica típica o genérica. (Taboada, 1996)

Es bueno pensar genuinamente, pero ese intento a veces tiene yerros, fusionar la teoría de la función económica social y la función jurídica, es bueno, sin embargo no es posible porque lo social, es como un presupuesto que sí, no se adecua a lo jurídico, no tiene ninguna relevancia; y como un razonamiento mecánico, si lo comercial es social y jurídico, la causa también es social y jurídico; en caso del negocio jurídico, es un fenómeno comunicativo entre los estados de cosa y lo jurídico, la causa es un "elemento" de la estructura del negocio jurídico; cuando ya hablamos de estructura hacemos referencia al supuesto de hecho abstracto, es decir a un elemento normativo, entonces como puede haber lo social.

Decir que en lo jurídico es la representación de todos sus elementos del negocio jurídico; la función social en la doctrina nacional tiene diversas interpretaciones como lo hace Aníbal Torres: entre las funciones económicas y sociales que cumple el contrato figuran las siguientes:

- 1) Función de circulación de la riqueza, es decir, de bienes y servicios, mediante los contratos de cambio con sacrificios económicos para ambas partes, como ocurre con los contratos onerosos, o para una sola partes como sucede con los contratos gratuitos. (...)
- 2) Función de crédito. Esta función se cumple a través del contrato de mutuo de muchos contratos bancarios: apertura de crédito, crédito documentario, tarjeta de crédito, etc.
- 3) Función de garantía. Mediante la constitución de contratos accesorios de garantía mobiliaria, hipoteca, anticresis, fianza, se fortalece el derecho de crédito a la recuperación de su crédito.
- 4) Función de custodia, a través de contratos por los cuales una de las partes entregan a la otra un bien inmueble para que la conserve en su poder y se le restituya cuando aquella así lo requiere: deposito, secuestro, cajas de seguridad, de garaje.
- 5) Función de previsión que tiene por finalidad precaver riesgos o cubrir las consecuencias de los mismos, lo que se logra mediante el contrato de seguro (de salud, de vida, de responsabilidad) o el de renta vitalicia.
- 6) Función de recreación, mediante los contratos con fines turísticos de espectáculos deportivos, taurinos, culturales.
- 7) Función de cooperación. Los contratantes colaboran entre si para que el contrato que celebran cumpla con su función de crear, modificar, regular y extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Pero la función de cooperación se

acentúa en contratos *intuitu personae* como el mandato, la donación, la sociedad colectiva. En el mutuo contemporáneo destacan los contratos de colaboración empresarial, mediante uniones, no societarias, entre sociedades y personas o entre sociedades para ejecutar en conjunto otra, prestar un servicio o un suministro determinado.

- 8) Función laboral mediante el contrato de trabajo, la locación de servicio, de mandato, de gerencia, etc. (Torres, 2012)

Con ello queremos demostrar que la causa como noción social es extrajurídico y como resultado de todos los elementos, no es otra que confundir con la totalidad del negocio jurídico; por dicha razón aseverar que la causa es una noción jurídica que tiene significado social; dicha afirmación no tiene lógica en tanto que un interés o circunstancias sociales que es regulado; ya solo importa lo normativo, casi en pocas ocasiones importa la interpretación histórica.

No es otra cosa, la explicación de los cambio sociales son dinámicos y los cambios normativos son casi estáticos, no es otra cosa que los hechos sociales primero suceden y luego las leyes los cogen para darle un tratamiento jurídico, eso no significa que el tema de la causa sea algo extraordinario.

Y es equivocado decir que los aspecto sociales de la causa, adquieren un carácter formal y se convierten estrictamente en elementos jurídicos, en tanto que la causa es un elemento del negocio jurídico que está regulado en el Art. 140 del Código Civil, es decir ya paso las circunstancias sociales. Ahora, se trata

de entender a la causa o cómo es posible aplicar para una posible nulidad.

Y hace una distinción entre tipo y causa; sin embargo, por ello, tampoco confundimos causa con tipo legal, por cuanto la causa es únicamente la función delimitadora en el tipo, mientras que el tipo es un supuesto de hecho de cada tipo negocial. Del mismo modo, en los negocios atípicos la causa es la función social delimitada y prevista en abstracto en el esquema genérico, que tampoco se confunde con el mismo esquema. (Taboada, 1996)

Una cosa, es la función delimitadora que se encarga el poder legislativo; y no la causa como elemento del negocio jurídico, esto implica no tener mínimo razonamiento del procedimiento de la dación de las normas. Y siendo consecuente con dicho razonamiento, es que la causa no forma parte de la estructura del negocio jurídico.

Por otro lado cuando se habla para construir una noción de causa, se hace referencia que es necesario los motivos personales; que no se puede construir noción netamente objetiva y netamente subjetiva; el problema cuando si se toma lo subjetivo es; cuál es el límite entre la declaración de voluntad y los motivos o el propósito de los sujetos. Ahora dicen que, que los sujetos siempre buscan finalidad práctica, que es valorado por el ordenamiento jurídico; pero la finalidad ya es eficacia es decir el resultado de un negocio jurídico o contrato válido.

La función jurídica que debe ser también querida por los sujetos y que permite la valoración de las finalidades concretas y determinantes de los mismos (Taboada, 1996, p. 641)

Generalmente los sujetos de derecho no tienen conocimiento de cuestiones jurídicas solo buscan objetivos concretos y determinados, que pueden alcanzar a través del ordenamiento jurídico. Lo que sí es cierto al sustentar la existencia de la causa cuando se habla de finalidad es posible hablar de ausencia de causa y causa ilícita.

En conclusión, el valor o significado social de un negocio jurídico o contrato, no puede ser nunca consecuencia de una posición individualista del derecho, sino únicamente de una concepción social y realista del mismo; no se puede, pues, desconocer la trascendencia o el valor social de cada manifestación de la autonomía privada de los particulares, no se le puede concebir únicamente como declaraciones de voluntad abstractas completamente desvinculadas de la realidad social. El factor justicia nos impide examinar las operaciones contractuales y negociales únicamente desde un punto de vista abstracto y estructural. Se debe examinar el valor social de cada manifestación de la autonomía privada, debe examinar si las partes han buscado utilizar la estructura comercial o contractual para la obtención o de algún resultado social ilícito o inmoral, o que merece la protección jurídica por ser socialmente absurdo pues no debe olvidarse. (Taboada, 1996)

Lo subjetivo se acepta siempre en cuanto dichos motivos se incorporen a la estructura del negocio jurídico, solo así es posible sacar la causa ilícita.

En nuestra opinión no se puede elaborar un concepto de causa separada de la realidad social, del aspecto de la solidaridad social, pues no debe olvidarse que el derecho ordena, organiza la realidad social, valorando determinados comportamientos del individuo en sociedad y atribuyéndoles en consecuencia determinados efectos jurídicos (...). La causa no puede ser entendida únicamente como una noción estrictamente jurídica, sino también como una noción social, con un significado social, con un valor social. Todo aspecto jurídico, respecto de los hechos jurídicos específicamente, implica definitivamente un aspecto social, pero no todo lo social es jurídicamente traducible. En consecuencia, la causa está referida al aspecto social en cuanto jurídicamente considerado digno de la tutela legal. (Taboada, 1996)

Pero al final, el derecho es siempre el que atribuye u otorga efectos y no la causa, en esa línea de ideas, señala su definición de causa: *“En conclusión, nuestro concepto de causa está referido a la función socialmente digna, oportuna, seria, que responde al interés de la colaboración social y de la protección de los sujetos mismos que han celebrado el negocio jurídico, evitando el abuso de las partes más fuerte. Dignidad y oportunidad social que deberá ser apreciada en consideración al*

ambiente social vigente, esto es, base a la valoración objetiva del ambiente social. (Taboada, 1996, p. 665).

C) Posiciones de la Doctrina Nacional Respecto del Fin Lícito o Causa

a) EL análisis de TABOADA respecto de la causa en el Código Civil.

Nuestro Código es causalista en tanto que incorpora la causa como elemento de negocio jurídico y del contrato, a diferencia del Código Civil del año 1936, que fue una posición anticausalista.

Esto significa en consecuencia que no se puede construir una noción en el vacío, sobre normas legales que no le atribuyen el rol de ser elemento caracterizador de los negocios jurídicos. En esta materia no hay lugar a romanticismo ni a idealismo. La opción es bien claro, o se está frente a un sistema causalista, o frente a un sistema anticausalista. Por ello es que dice que en los sistemas anticausalistas, como el Código Civil de 1936 y el Código Civil alemán, los negocios jurídicos se establecen no en base a su significado social en concordancia con el propósito práctico de los sujetos que los hubieren celebrado, sino únicamente en base a los tipos legales; evitando de esta manera cualquier referencia al significado social o concreto de una operación negocial. (Taboada, 1996)

Y más adelante señala en los sistemas no causalistas, prima el principio de legalidad de los contratos y negocios jurídicos. En

estos sistemas el reconocimiento jurídico de los negocios como conductas vinculantes se basa exclusivamente en la tipicidad legal, resultado por lógica consecuencia bastante difícil la justificación de los negocios atípicos, es decir, no previsto en tipos o esquemas legales (...) la causa como elemento del negocio jurídico o del contrato, pues se entiende que dicho sistema evita cualquier valoración del significado social, o del propósito práctico de los particulares al celebrar negocios jurídicos. La noción de causa como elemento del negocio jurídico y por ende del contrato, exige pues un reconocimiento legal. (Taboada, 1996, p. 667)

No significa que en los sistemas no causalista desconocen la naturaleza social del derecho todo lo contrario en Alemania es uno de los países iniciadores de la sociología del derecho. No tener una postura causalista no significa ser positivista a ultranza como en el sistema Inglés o norteamericano.

Más aun, esto significa también, que la palabra "fin", puede estar referida bien sea a la finalidad de las partes, o a la finalidad del mismo negocio jurídico. En otras palabras, el termino fin no nos lleva a ningún resultado concluyente, no sobre que se trate de un código civil causalista, respecto de los cual no hay duda de ninguna clase, sino sobre que noción de causa es la aplicable, pues el fin puede estar referida a las partes (teorías subjetivas), o al mismo negocio jurídico (teorías objetivas) (Taboada, 1996). El termino fin, no es correcto según el autor nacional, entonces

se debe cambiar para siempre, en tanto que es ambigua, aun también causa no tiene contenido meta lingüístico.

Se podría legitimar legalmente cualquier orientación sobre la causa del negocio jurídico, si nos atendemos únicamente al término “fin” empleado por el artículo 140 del Código Civil. Esto significa que el artículo 140 no nos dice cuál sea la noción de causa incorporada en dicho artículo, pues hace referencia escueta al *fin lícito*, pudiendo interpretarse que se trata del fin de las partes, típico o concreto, o del fin del negocio jurídico, estrictamente jurídico o social. De esta manera, cualquier de las nociones de causa elaborada en la doctrina de los diferentes sistemas causalistas, podría entenderse considerada y consagrada legalmente en el Código Civil peruano. (Taboada, 1996)

La causa pues, no ha retomado sino que continua en nuestra codificación civil pero en su acepción moderna, como causa subjetiva, esto es, como motivo impulsivo y determinante de la celebración del acto jurídico (...) la finalidad o fin lícito consiste, pues, en la orientación que se da a la manifestación de voluntad, esto es, que está a dirija, directa y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. De este modo, la finalidad del acto jurídico se identifica con el contenido específico de cada acto, o sea, con los efectos buscados mediante la manifestación de voluntad, los cuales debe ser lícitos y, por tanto, amparados por el ordenamiento jurídico. (Revoredo, 1993)

Pareciese que adopta la teoría clásica, o también un neocausalismo puro, identificado como el motivo subjetivo determinante e impulsivo de la celebración del contrato o negocio jurídico, es decir el motivo impulsivo y determinante de la celebración del negocio. También se podría interpretar como la finalidad que persiguen las partes o los efectos buscados mediante el negocio jurídico. En suma no existe claridad, en la exposición de motivos.

Todo lo contrario a esta postura señala que su tesis es de neocausalismo integral, cuando introduce la noción de acto jurídico, entendido como la finalidad jurídica que busca los sujetos, pero permitiendo la valoración del motivo impulsivo y determinante, según dicho autor, el concepto de causa incorporado en el Código Civil, debe entenderse bajo los lineamientos de una concepción neocausalista integral. (Taboada, 1996)

Solo la exposición de motivos, la obra de Vidal Ramírez, son todo los antecedentes del término "fin lícito", además el termino fin lícito no pide para crear otras teorías.

Del propio sentido del artículo 140, interpretado doctrinariamente, fluye que el legislador peruano ha entendido que el acto jurídico debe tener un fin, el cual además debe ser lícito. En consecuencia, el fin como elemento del acto jurídico en nuestro sistema jurídico no es referido al fin de las partes, sino al fin del mismo acto jurídico. De acuerdo al Código Civil nacional, el fin es un elemento de validez del acto jurídico. En

consecuencia, se trata del fin propio del acto jurídico que debe reunir el requisito de ser lícito. Y como sabemos en doctrina, el fin del negocio jurídico está referido a las concepciones objetivas de la causa. De esta manera, resulta lógico y claro, desde nuestro personal punto de vista, que el fin debe entenderse como referido a las concepciones objetivas de la causa. Lo que significa que dentro de nuestro sistema jurídico podemos hablar sin ningún problema de fin o función típica y abstracta, o de fin o función social. .(Taboada, 1996, p. 672)

Y en su obra Vidal Ramírez define a la causa como: “El acto jurídico, (...), es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, (...). El fin lícito –o mejor, la finalidad lícita, como preferimos denominar a este requisito- consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que esta, partiendo del motivo o de los celebrantes, se dirija y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a la creación de una relación jurídica y normarla así como a normar su regulación, su modificación o su extinción. Existe. Pues una identificación de la finalidad del acto jurídico con los efectos queridos y buscados mediante la manifestación de voluntad. (Morales, 2011)

El autor nacional tiene una posición neoclásica pura, es tanto que solo le importa el motivo de la declaración de la voluntad y que existe una coherencia entre causa y efectos del negocio jurídico, entonces está reemplazando la voluntad a lo que dispone el ordenamiento jurídico, y ello hace referencia a los

estados psicológicos, sin embargo a ello da una respuesta en precisar que la causa se refiere a los motivos con relevancia jurídica, lo cual dicha afirmación es ambigua.

La finalidad del acto jurídico se da en relación con cada acto jurídico en particular, según su especie y nominación, para producir la relación jurídica correspondiente y los efectos que constituyen el propósito del o de los celebrantes de un hijo extramatrimonial la finalidad del acto de generar la relación paterno-filial es la de conferir al reconocimiento el derecho al nombre, a los alimentos y a la herencia, entre otros; y, si se trata de un contrato de compra-venta, la finalidad es no solo la relación contractual y las prestaciones recíprocas que deben cumplir los contratantes, sino los demás efectos que constituyen el propósito para el cual ha sido celebrado, además de los que, según el Código Civil, son los propios e inherentes a este contratos

Debemos de precisar que, no todos los sujetos de derechos tienen conocimiento de las normas jurídicas para que puedan estar internalizados para saber qué efectos jurídicos esperado además hay efectos que no se pueden prevenir, y eso no está dentro del programa prestacional establecidos por las partes, como el caso de la excesiva onerosidad. Por dicha razón la posición del autor nacional no es razonable. Y por otro lado, solo es sancionable cuando dicha finalidad contraviene el ordenamiento jurídico. Pero muchas veces existe el fraude a la ley y son efectos queridos por el ordenamiento jurídico. Y sus

ejemplos se confunden con el objeto ilícito en tanto que, señala de comprar un puñal destinado para un homicidio.

Sin embargo cuando dice el fin de la norma, no es otra cosa que admitir la teoría objetiva de la función jurídica, y esta teoría por si misma niega la causa y si hablamos de la función social, dicha noción es extra jurídica y no puede ser por si mismo parte de la estructura del negocio jurídico. Una vez más se demuestra la ambigüedad de dicha proposición que puede caber cualquier teoría, como requisito del negocio jurídico así oscurecer y agrandar más el problema. Y aún más problemático es su practicidad.

El problema es como acoger lo subjetivo causalizado en la terminología del autor, para justificar lo contratos o negocio atípicos o innominados.

En nuestro concepto, la noción de causa en el Código Civil peruano debe entenderse en el sentido de función socialmente digna y razonable, debidamente valorada como razón de justificadora del reconocimiento jurídico del negocio.

No hay ningún impedimento de orden legal para no aceptar noción de causa como consagra en Código Civil peruano, sobre todo si el código al no definir la causa, deja abierta la posibilidad de una interpretación en base a la teoría que nos parezca la más adecuada, y debe haber un desarrollo jurisprudencial.

Del mismo modo, el aspecto subjetivo necesario para calificar la licitud o no del fin, debemos de construirlo desde el punto de vista neocausalista integral, debidamente adaptado a las nuevas

orientaciones sobre la causa, dejando de lado el casualismo clásico. En tal sentido, nuestra opinión es que la causa o fin debe entenderse con un aspecto objetivo y uno subjetivo. El aspecto subjetivo debe entenderse (...), como el propósito práctico dirigido al logro de la función objetiva del negocio y orientando también al logro de una finalidad concreta evidenciadora en la estructura del mismo negocio jurídico. (Taboada, 1996)

Los presupuestos ideológicos y metodológicos del neocausalismo, está sustentado en el individualismo y dogma de la voluntad; aceptar como elemento de fusión entre la teoría integral y la función objetiva, solo por salvar causa ilícita ya ausencia de causa, no es posible. La teoría objetiva tiene otro presupuesto que distingue entre motivos y causa, y volver a la fusión es volver a la no distinción entre causa y motivos, es decir los motivos "causalizamos" es la causa subjetiva, lo cual es subjetivo a no científico en tanto que el derecho no regula estados emocionales.

El Código Civil actual, a diferencia del Código del 36, no es anticausalista, es por el contrario uno perfectamente causalista. Siendo esto así, la causa, debe dejar de ser entendida como un tema completamente abstracto, desvinculado de la realidad, que solo sirve para echar a volar la imaginación. Por el contrario debe entenderse de una vez por todas que la noción de causa, adecuadamente entendida, nos permite concebir el negocio jurídico y el contrato como conductas u operaciones con un

significado social, del cual dependerá se calidad o no de negocio jurídico y por ende su carácter de acto jurídicamente vinculante. Las concepciones meramente abstractas y esquemáticas del negocio jurídico ya no tienen razón de ser. El negocio jurídico es una autorregulación de intereses privados en la vida de relación con los demás y como tal tiene un significado social y en tal sentido deben ser valorados también de acuerdo al propósito práctico de los sujetos. (Taboada, 1996)

b) El análisis de ANIBAL TORRES VASQUEZ

“...hay que concluir que nuestro ordenamiento jurídico civil sigue a la teoría unitaria –llamada también sincretica- de la causa, por cuanto las teorías objetivas y subjetivas no son opuestas sino complementarias, pues, el sujeto al realizar un acto jurídico lo hace con el propósito de alcanzar los efectos que le son típicos y constantes, lo cual no puede impedir que además se propagan lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explicitada en el acto y que, por tanto, ha constituido el motivo determinante de la voluntad común de las partes intervinientes. Además esto es conforme con la teoría necocausalista de Capitant, Ripert, Bonnet, Demogue, Josserand, lo que nos lleva a afirmar que la causa-fin regulada por el Código Civil peruano está integrada por la finalidad objetiva y subjetiva.

Entender que el Código opta por la teoría puramente objetiva significa seguir una perspectiva abstracta e infecunda, por cuando se forma es consideración solamente el fin o finalidad

típica que el ordenamiento jurídico prevé y aprueba. Mientras que se debe tener presente que en la práctica cumple un rol relevante las determinaciones en concreto del agente o agentes que crear, modifican o extinguen el acto jurídico. Que los particulares obre impulsados por motivos personales, y que en consideración de tales intereses puedan celebrar actos jurídicos o modificar o integrar su contenido, no es difícil entender si consideramos que aquí nos hallamos en el campo de la autonomía privada, que significa libertad de motivación y disposición dentro de los límites de la ley; con tal que estas motivaciones sean la razón determinante de la actuación de las personas y que aparezcan expresiones o implícitamente en el acto jurídico, lo que diferencia de los simple motivos que como tales son irrelevantes para el Derecho. Los particulares, en ejercicio de la autonomía privada pueden crear actos cuya causa sea distinta de la causa tipificada por normas dispositivas, así como pueden llevar a cabo actos para obtener finalidades que no están contempladas en ningún tipo negocial regulado por el ordenamiento, en ambos casos, por supuestos, siempre que no violen normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (Torres, 2001), el autor nacional precisa que no solo debe primar la teoría objetiva sino también lo subjetivo, empero este último lo confunde con el contenido de la declaración de la voluntad, o con las cuestiones subjetivas o estados psicológicos del que celebra el negocio jurídico o contrato.

Sobre la falta de causa y falsa causa, señala: No es necesario regular –como no lo hace nuestro Código- sobre la ausencia de causa y la falsa causa; en primer lugar, porque como dice Borda, ambas hipótesis se confunde; la falsa causa es precisamente un caso de falta de causa. Luego, porque el art. 140, inc. 3º, se desprende que en todo acto jurídico debe existir una causa fin lícita, la falta de este requisito significaría la inexistencia del acto jurídico, pero como el código no lo menciona como una causal de nulidad, en cada caso habrá que determinar si la falta de causa se debe a que no hubo voluntad real para celebrar el acto, en cuyo caso este será nulo por adolecer de simulación absoluta (art. 219, inciso. 5º); o que las partes constituir un acto distinto del aparente (simulación relativa), o bien a que se incurrió en error el momento de apreciar la causa fin determinate o a que una de las partes ha actuado dolosamente, casos en los cuales el acto estará afectado de nulidad relativa –anulabilidad- (art.inc. 2º y 3º). La falta de causa esta pues, siempre vinculada al error, al dolo o a la simulación. (Torres, 2001)

Sobre la Causa Ilícita. La causa del acto jurídico es ilícita cuando se opone a las leyes imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Así: la cláusula de celibato inserta en un contrato de trabajo es restrictiva del derecho al matrimonio y de derecho a la libertad de trabajo reconocido por la Constitución Política, solo excepcionalmente puede estar justificada por necesidades imperativas derivadas de la naturaleza de la función o de las condiciones exigidas para su ejercicio. También tiene causa

ilícita el contrato de corretaje matrimonial. La cesión de un establecimiento comercial dedicado al corretaje matrimonial. El contrato de corretaje de adopción, pues, todo convenio por el cuál una de las partes se obliga a pagar una suma determinada en concepto de remuneración por los servicios de intermediación en una adopción tiene una causa ilícita por atentar contra nuestras buenas costumbres y por consiguiente no puede tener efecto alguno. El acto de liberalidad otorgado con el fin de adquirir un inmueble destinado a favorecer la prolongación de relaciones inmorales de concubinato, por tener uno de los concubinos impedimento para contraer matrimonio. El contrato de seguro de vida suscrito por un hombre casado en favor de su concubina en el deseo de prolongar sus relaciones adulterinas. El contrato de préstamo destinado a la adquisición de una casa de tolerancia. El legado de la causa de libre disposición hecho para asegurar el mantenimiento de relaciones adulterinas u otros actos inmorales (Torres, 2001) estos ejemplos tiene que ver con cuestiones morales, dentro este contexto se está confundiendo con las buenas costumbre, que la doctrina dominante lo entiende con la moral social imperante.

De la causal de nulidad. Se aprecia que la regulación de la causa fin en nuestro Código es contradictoria. Como hemos visto antes, el codificador afirma que el Art. 140 inc.,3º, recoge la teoría necocausalista de Capitant y Jossernad que no distingue entre causa fin y “motivo determinante”, se entiende, manifestado expresa o tácitamente y aceptado por el

destinatario de la declaración si el acto es bilateral. Pero, en cambio, en el art. 205 regula al “motivo determinante” como un caso de error y no como un caso del acto jurídico. Esto es contradictorio por cuanto, la falta de causa o la causa ilícita es causal de nulidad, en nacion , el error es casual de anulabilidad del acto jurídico. El artículo 205, que tiene su antecedente en el art. 1804 de Código de 1936 (de inspiración anticausalista), aunque algunos autores, refiriéndose a este dispositivo, sostengan que el nuevo código lo trata con mejor técnica o que trae una mejora digna de ser aplaudida porque la falsa causa es distinta del motivo determinante, debe suprimirse por confuso y contradictorio, y en lugar regular la ilicitud de la causa, estableciendo que es tal cuando es contraria a norma imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, o cuando el acto constituye un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa (fraude). Además, se debe regular disponiendo expresamente que el acto jurídico es nulo si falta de causa (fin). (Torres, 2001)

Se debe suprimir el art.205 del Código Civil por innecesario, confuso y contradictorio, puesto que el “motivo” a que hace mención integra la noción de “causa fin” a que se refiere el art. 140, inc. 3º el y el art. 219, inc.4º. ¿Por qué regula separadamente sobre el motivo?, si el propio codificador sostiene que ha adoptado la teoría de la causa fin subjetiva que no distingue entre causa y motivo. En todo caso la regulación tendría que referirse al error en el “fin”, lo que creemos no es

necesario por constituir un supuesto de falsa causa. (Torres, 2001)

c) El análisis de JUAN GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA

Hay actos jurídicos, como los reales, en los que la realización de la voluntad demuestra evidentemente el querer del agente, pero sin indispensable intención vinculante. Pero hay otros actos de derecho, concretamente los negocios jurídicos, en los que la mera declaración de voluntad requiere de un algo más que explique y que demuestre la utilidad y validez de esta manifestación de voluntad. Ese algo más que da razón y que justifique que una determinada voluntad produzca determinados efectos no es otra cosa que la causa, que tipifica unas determinadas consecuencias. (Luhmann, 1974)

La causa entendida como una explicación adicional a la declaración de voluntad, como si fuese la voluntad necesitara una justificación de una justificación más para que sea válida. La voluntad debe estar dirigida a propósitos que el Derecho juzga razonable, sin embargo las razones solo es apreciable si es dentro del marco del ordenamiento jurídico, al final solo importa un propósito dentro del marco del ordenamiento jurídico. Esto en los negocios unilaterales, y en los negocios bilaterales cada parte tiene su propia finalidad, individual el consentimiento son los punto de unión de interés, mas no la finalidad específica de las partes, y por otro lado decir finalidades sociales social, es termino abstracto en tanto que el Juez resuelve un conflicto

interpersonal. En lo que coincidimos con el autor nacional es “...nos encontraríamos con que pueden existir varias finalidades distintas y hasta antagónicas y que incluso una podría ser lícita y otra ilícita...”, (Luhmann, 1974, p. 87) tiene una tendencia casi neo anticausalista.

Es probable que la falta de precisión en los vocablos haya conducido a impresión en los conceptos. Por lo mismo, el uso indiscriminado de la palabra causa, sin haber recurrido previamente a una explicación de sus distintas acepciones, implicaciones y variantes, ha motivado explicaciones confusiones.(Luhmann, 1974)

Y la concepción del autor, es: Creemos, pues, que es válido concluir diciendo que la causa objetivamente considerada no es causa en el sentido corriente o etimológico, como sinónimo de fuente u origen. No es origen sino fin: finalidad jurídica económica y social típica del negocio a la que debe adecuarse la finalidad práctica –considerada en principio como legítima- de un determinado precepto negocial. Finalidad practica que fluye del contenido o efecto del negocio y que puede ser lícita como pueden serlo los motivos, pero sobre estos no alcanza la sanción legal si quedan en el silencio.

La finalidad económica social y jurídica, no es otra cosa que adecuarse a la teoría de la función económica social de Betti, y sin embargo tiene un apego más a las teorías de la función jurídica. La crítica a dicha postura nos remitimos a líneas

anteriores, y además no expone un criterio porque asume dicha postura.

d) El análisis de ROMULO MORALES HERVIAS

La denominación “finalidad práctica”, “razón concreta”, “razón práctica”, “función práctica”, “función económico individual”, “interés concretamente perseguido”, “interés que la operación conceptual está dirigida a satisfacer”, o “síntesis de los intereses”, aluden a un mismo significado, el cual es que la causa es la finalidad concreta programada o el interés que el contrato está dirigido a satisfacer concretamente. Adicionalmente, la finalidad concreta es el fundamento objetivo de los efectos jurídicos o la razón de justificativa de la constitución, modificación o extinción de las situaciones jurídicas subjetivas y relaciones jurídicas del contrato en concreto. Preferimos usar la denominación de “finalidad concreta programada”, la cual puede ser privada o colectiva para evitar caer en la variedad de significaciones de las expresiones de “causa”, “función”, “propósito”, “motivo” o “fin”. (Morales, 2011) Como ya comentamos es una posición que confunde con el contenido de la declaración de la voluntad o el consentimiento, olvida el rol del ordenamiento jurídico.

El “juicio de utilidad económico social de la causa” es un límite positivo de la causa que podría ser interpretado en el ordenamiento jurídico peruano mediante el artículo 1355 del Código civil. Sin embargo, conforme al primer párrafo del

artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993 y al concepto de causa de contrato que proponemos, el "juicio de utilidad económico social de la causa" es inaplicable en nuestro ordenamiento jurídico conforme a las normas citadas y a la reiterada jurisprudencia. Consideramos que son dos los juicios que el ordenamiento jurídico peruano admite. El primero es el tradicional "juicio de licitud de la causa" (o el límite negativo de la causa) y el segundo es el "juicio de licitud de la causa" (o el límite negativo de la causa) y el segundo del contrato es ilícita cuando vulnera el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas. Pero también el contrato se vuelve ineficaz por vicios funcionales como la excesiva onerosidad de la prestación, el incumplimiento grave de obligaciones o la frustración de la causa del contrato. Lo que trata de confundir la causa con la función del ordenamiento jurídico.

2.2.5. TEORIA DE LA INUTILIDAD DE LA CAUSA O TEORIA DE UN NEO ANTICAUSALISMO

A) Sobre la necesidad de pensar en un sistema propio.

Nuestra codificación en general fue producto de la imposición cultural fruto de la interrupción histórica de los Españoles y dicha alienación cultural y científica se ha prolongado hasta la fecha de Europas y exportación de normas extranjeras sin ningún esfuerzo de adecuarlo a nuestra realidad que se refleja en la historia de la codificación del derecho civil.

Nuestra historia nacional es una historia de derrotas producto de lo que no somos capaces de construir nuestra propia historia colectiva, una sociedad que ha tenido una evolución de menos a más, sino es nuestra sociedad semi colonial culturalmente y económicamente.

La circunstancia de la codificación peruana nunca haya sido planteada y proyectada, principalmente, como producto cultural –o lo haya sido, pero de manera imperfecta-, teniendo un indudable efecto en lo atinente al reconocimiento y aceptabilidad social del Código Civil, (León, 2004) no solo en la legislación referido al derecho privado, sino en casi toda la legislación.

Y aun no empezamos a pensar con cabeza propia, que exista intentos valiosos eso no hay duda, solo seguimos las ideas extranjeras y lo que aún estamos alienados culturalmente y lo peor aún no tenemos producción científica propia.

Si se tiene la honestidad de admitir que uno de los grandes y caricaturales defectos de la suma de individuos que componemos la sociedad peruana es el desorden –la mediocridad y la “criollada”, para los más pesimistas- no debería existir dificultad para reconocer también, como se propondrá a continuación, la “peruanidad” de nuestro derecho civil. (León, 2004) Es decir, no tenemos una escuela propia del derecho civil, menos pensamiento propio.

El lenguaje en el derecho, se encuentra plagado de metafísica, por otro lado la dogmática debe servir para una mejor aplicación del derecho, y no para escurecer la buena

práctica y resolver los conflicto de intersubjetivos de los ciudadanos como lo remarca Luhmann, que precisa, todos los juristas unánimemente que la dogmática no sirve a sí mismo sino a la vida (es decir, a la aplicación del derecho). Sin embargo, este “reconocimiento” no deberá figurar al final sino al principio de una investigación, porque ya la misma cuestión de la estructura y el contenido de tal relación es interesante. Si partimos del hecho de que los asuntos jurídicos de las sociedades desarrolladas se tratan en un sistema jurídico diferenciado y se llevan en caso de conflicto, tenemos un marco de referencia en el cual podemos preguntarnos cuál es la función de una dogmática para un sistema jurídico. De esta manera las dogmáticas jurídicas se convierten en problema en cuanto auto-abstracciones e instituciones de regulación del sistema jurídico, (Luhmann, 1974) qué sentido tiene, reproducir una teoría sino, es útil en la practicidad de nuestro sistema jurídico casi no existe tendencia jurisprudencia o en las ejecutorias supremas, que se encargue de desarrollar el concepto de causa y en la doctrina nacional solo es reflejo de las ideas imperantes sucedidos en su tiempo, aun mas es son expresión de exportaciones de ideas, aun mas tener muchas teorías sobre un determinado institución jurídica lleva a inseguridades de aplicación; como lo señala el autor alemán citado, que dice “En tal caso de la dogmática jurídica se trata de aumentar aquellas inseguridades que sean compatibles con dos exigencias centrales del sistema jurídico: con la vinculación a las normas jurídicas y con las necesidad de tomar una decisión en

caso de conflictos jurídicos. Las “inseguridades relevantes” son las inseguridades de la aplicación del derecho. Para este problema específico se ha desarrollado dogmáticamente la relación entre material y concepto, entre vinculación y libertad”, (Luhmann, 1974, p. 30) entonces debemos de partir de la presente tesis, ante sociedad en pleno desarrollo, debe imperar la legalidad como máxima, en el tráfico jurídico, y una dogmática clara y coherente, y despejar las ambigüedades, vaguedades, respecto de la causa o fin lícito tener muchas teorías, no es bueno todo lo contrario nos llega a la inseguridad jurídica debido a la falta de predictibilidad en la resolución de casos de nulidad de contrato o negocio jurídico en aplicación del artículo 219.5 del Código Civil, en tanto que hipotéticamente hablando si una teoría x de la causa es acogida por el Juez Y, y ese mismo caso el Juez W, acoge la teoría z de la causa, un mismo caso resolverían de diferente manera, y cuando un razonamiento es coherente dentro de la lógica formal que generalmente se aplica en los criterios argumentativos, es válido.

B) La posición de neo anticausalismo

La causa no ha existido como elemento del contrato, en el derecho el derecho romano hasta el derecho medieval, no podemos hacer interpretación del pasado para justificar instituciones jurídicas disfuncionales producto de la creación teóricas posteriores, sino en la necesidad objetiva de la realidad de aquí y ahora, debe radicar la construcción de una institución

jurídica. En tanto que la causa de obligar de derecho romano tenía otra connotación para su tiempo, que no puede ser lo mismo, para nosotros, todo lenguaje está sujeto a los contextos que utiliza, puede tener los mismos signos, pero estos no siempre harán referencia al mismo significante en tanto que este último es cambiante.

El triunfo del consensualismo y el voluntarismo fruto de la ideología imperante del individualismo con base social de la burguesía incipiente, se habló de motivos, la voluntad podía reemplazar al requisito de la causa; y posterior a ello siempre la causa ha estado vinculado con el fin o la finalidad, esto explicado en diversas teorías ya sean objetivas o subjetivas; y como ya se dijo, en un líneas anteriores, los anticuasalistas, produce la confusión entre el objeto y la declaración de voluntad o consentimiento. Casi extrañamente, hasta las últimas teorías siguen cometiendo este mismo error. O lo que es más raro o extraño, es entender a la causa ya no como un elemento del negocio jurídico, o un ex ante o posteriore – efectos del negocio, señalando la razón justificativa del negocio, en tanto que los fines constituye su razón de ser, eso hace alusión a los efectos; o como la función económico social; entendido como aspecto objetivo de la causa; entendiendo como aspecto subjetivo el interés que mueve a alcanzar el fin que las partes se proponen realizar, o debe de separarse de la finalidad, es fruto de la tradición francesa que influido de muchos países del orde.

Que, para entender con precisión la causa primero debe entenderse diáfana la esencia de *Rechtsgeschaf* (en italiano y español Negocio jurídica), en su sentido autentico o puro dentro de los principio de abstracción y separación, y no como en el Perú, que tenemos una teoría del negocio jurídica incompleto, parchado con ideas ajenas al sistema del negocio que pertenecen a la teoría de los contratos de origen francés y italiana.

Del requisito de la causa resulta la inadmisibilidad de los contratos (y de los actos unilaterales) abstractos, es decir dirigidos a producir efectos por la sola voluntad de las partes, con independencia de la existencia de una causa, sea esta una causa típica, correspondiente a un tipo contractual previsto por la ley (venta, mutuo, etc), o bien una causa atípica merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico (Galgano, 1992)

La construcción de la una teoría del negocio jurídico pasa por el tema científico y filosófico de la individuo y la libertad; y directamente vinculado con la sociedad, y todo se relaciona por las acciones comunicaciones racionales y el derecho también entre una relación con la declaración y norma-comunicación; siendo el negocio jurídico un fenómeno comunicacional teniendo como único elemento la declaración comunicación lingüística y no lingüística.

Y la causa se confunde o se integra a la declaración de la voluntad y como propósito honesto y real. Es decir existe una confusión entre la declaración de voluntad y el contenido de la declaración, esto desde una perspectiva de la teoría clásica y

neoclásica de la causa, y del motivo abstracto tiene razón de ser en tanto en aquella época recién comenzaban a construir la teoría de las normas y teoría de los precedentes, aun mas no aún tenían claro que una norma jurídica en concreto.

Y sobre la teoría objetiva de la función económica social, la crítica es Gino Gorla, señalando sus errores. El primer error es la ambigüedad del término “función social”, el cual podría referirse o a la función social como utilidad social o a la función típica de un contrato en la sociedad. El segundo error es la identificación de la función económica social con la razón justificadora del reconocimiento jurídico del contrato. El tercer error es que la teoría jurídica de la función económica social afecta al requisito social afecta al requisito del interés del acreedor en la prestación. El cuarto error es concebir al concepto de autonomía privada como poder de obligarse perteneciente a la voluntad del promitente. Y por último, el quinto error es que esta teoría jurídica ha sido influenciada indebidamente por la teoría del negocio con tendencia a las generalizaciones y a las abstracciones. Otra crítica fundamental del estudioso italiano es que en la vida en relación es aplicable la ilicitud de la causa en lugar del concepto de contrato socialmente fútil o inútil (Gorla, 1959)

Otra postura dentro de un contexto actual que se pronuncia sobre duda de la existencia de la causa dentro de un contexto actual, es : En efecto, en la perspectiva de un Derecho común europeo de los contratos se pone de relevancia que, si bien es verdad que se asiste a la pérdida de centralidad del elemento de la causa, de

modo que para su validez no es necesario que el contenido del contrato la enuncie de modo expreso, el horizonte del intérprete no puede quedar limitado al contenido, puesto que este último “resume solo en parte la global operación económica en la cual se desarrolla la actividad de la empresa”. Con la consecuencia de que los elementos que defina “naturaleza o el fin del contrato” (es decir, la fórmula que en el lenguaje del legislador europeo parece asumir el rol hasta ahora desenvuelto por la causa) podrían ser buscado, también fuera del contenido contractual “indignado la operación negocial global en la cual el contrato se inserta”; (Gebrelli, 2013, p. 217) *esto significa la ambigüedad de la proposición, así mismo no forma parte de la estructura conceptual del negocio jurídico y por tanto no es un elemento, ahora se ha déjalo de lado porque no tiene utilidad dentro de un sistema de unificación sistemas del civil law y commno law.* Por la inexistencia en muchas codificaciones, que sin legislar a la causa llegan al mismo resultado práctico de los contratos.

Para que manifiesta que la causa no es necesario como requisito de validez, ello implica o debe entenderse que no existencia como elemento arduamente estudiado, ni para el contrato ni para el negocio.

Y la causa como entendido como parte de la operación económica, esto debe entenderse como fuera del contrato; es decir no es parte de la estructura como alguna vez ya lo ha señalado Betti. Por otro lado la futibilidad, es un criterio valorativo mientras no sea lícito, el ordenamiento jurídico lo permite; la

carencia de seriedad solo es un criterio valorativo desde la perspectiva de la utilidad social.

Se sigue confundiendo la causa, como función económico social, con la integridad del contrato y sus respectivos efectos, como lo define Galgano a la causa, es la función económico social del acto de la voluntad; es, como la define los informes que acompañan al Código civil, “la justificación de tutela de la autonomía privada”; un “vinculo al poder de la voluntad individual. Para constituir, regular o extinguir una relación patrimonial no es suficiente la voluntad de las partes interesadas: para que un bien se trasmita de un sujeto a otro, para que nazca la obligación de un sujeto frente a otro, no basta un acuerdo en tal sentido entre el enajenante y el adquirente o entre el deudor y acreedor. El bien no se trasmite y la obligación no surge, si falta de este contrato, una justificación económica social del acto de la autonomía contractual. Así la causa de la venta (art. 1.470), es decir la función económico social de este contrato, es el cambio de la cosa por precio: en este caso la propiedad de la cosa se trasmite no solo por la razón, subjetiva, querida por los contratantes (requisito necesario pero no suficiente), sino también por razón, objetiva, de que a la transmisión del bien por el vendedor al comprador corresponde la obligación de este ultimo de pagar el precio. La transmisión de la propiedad del bien o la obligación de pagar el precio son justificación la una de la otra: la primera justificación de desembolso de dinero realizado por el comprador, la segunda justificada el hecho de que el vendedor se desprende de la

propiedad de un bien. Así, la causa de la permuta (art. 1.552) es el cambio de cosa por cosa; la causa del contrato del trabajo (art. 2.094) es el cambio de la prestación de trabajo por su retribución en dinero. (Galgano, 1992) Como señala el autor, señala a los efectos como causa, la causa es un elemento concurrente para que se formación de un negocio o contrato, y luego recién viene los efecto del contrato como puede ser un elemento de un todo, al mismo tiempo un efecto, dicho razonamiento no se adecuada dentro de la lógica forma, y otras partes la ecuación de causa=contrato=efectos, es decir la causa es omnipresencia contractual, se encuentra en todo *iter* contractual y negocia. No solo ello, hace una asemejación al objeto imposible, causa ilícita y jurídicamente posible, y la ilicitud del motivo que lleva al fraude a la ley.

Dentro de esa línea, Morales, señala como Sconamiglio, Mosco y Cautaudella, Sacco identifica a la causa con el contenido o el objeto del contrato. Al identificación del objeto del acuerdo como “objeto que las partes han declarado querer”, viene así a acercarse intensamente al concepto de “contenido” del negocio hasta confundirse con ella. Opina Sacco que esta superposición terminológica parece aceptada también por el legislador italiano: el artículo 1322 se refiere al objeto de determinación de las partes llamándolo “contenido”. El artículo 1376 se refiere a la mutación que finaliza en el contrato llamándolo “objeto”; en los artículos 1346 y siguientes se habla de objeto y prestación como sinónimos y de allí que “prestación” es ante todo la mutación a cuya

producción está referida el contrato, que no es el cumplimiento deducido en la obligación. (Morales, 2011) Toda estas posturas ya no tienen sentido en tanto que parámetros metodológicos analíticos que tienden a esclarecer el lenguaje y no a oscurecer, y que la final no tenga resultados prácticos eficaces.

También llaman a la causa como control de la autonomía privada para garantizar lo fine sociales; la libertad no puede tener limitación en sí misma, la única limitación son las circunstancias y el ordenamiento jurídico. La causa como razón práctica de cada contratante, la razones se compara como motivo y los motivos son variables y ajenos a los contrato, y si se integran son parte del contenido de la declaración de voluntad.

Desde la perspectiva de la teoría de la norma no tienen, razón la causa, como señala Morales, el contrato debe ser analizado hipotéticamente y concretamente según los conceptos de hecho concreto, hecho jurídico hipotético, hecho jurídico concreto, efecto jurídico hipotético y efecto jurídico concreto. Por eso se dice con razón que la estructura del contrato no es parte de la teoría estática de los hechos jurídicos y la función es parte de la teoría dinámica de las situaciones jurídicas subjetivas y de las relaciones jurídicas. Ambos planos se dan manera sucesiva. En primer lugar se forma el negocio jurídico y el contrato con sus elementos requisitos, y en segundo lugar, se producen en los efectos jurídicos, (Morales, 2011) sin embargo el autor nacional aún persiste en la existencia de la causa.

Para así obtener un solo lenguaje y dejar las abstracciones teóricas sin sentido; para el contrato esa útil como instrumento útil de regulación del mercado y la competencia, teniendo la protección del más débil; el contrato solo tiene un fin instrumental de servir para la asignación de los recursos que lo hace los privados, en tanto que el Estado no puede intervenir en ello.

Por otro lado equiparar la finalidad, la función económico social o individual, es a afirmar que la causa esta antes del contrato, en el contrato y como efecto del contrato, en el primero es que se tiene que perseguir finalidades económicas individuales o sociales esta finalidades existen antes del proceso; y cuando se celebrar cuando, como expresión de la autonomía privada, allí tiene un problema de no distinción entre la declaración de voluntad y el contenido confundido con la causa; y como efecto porque dicen que la causa es la síntesis de sus efectos esenciales.

Casi todos los signos lingüísticos a que recurre el hombre al comunicarse con sus semejantes se aplican intencionalmente, es decir, comprendiendo que esos signos producirán un determinado efectos: o informaran al oyente acerca de la situación de las cosas en la realidad o le obligarían a proceder de una manera determinada o harán que el nos comunique la información deseada (...). El que habla elige conscientemente la forma de la oración que permite alcanzar el efecto comunicativo señalado, influir sobre el oyente en el sentido necesario; (Vetrov, 2011) es decir, cuando una declaración de voluntad se emite, tiene implícita la finalidad que pretende conseguir, dentro de los parámetros del

ordenamiento jurídico, señalar que la causa es la finalidad económica individual es una definición redundante a la misma finalidad de la declaración de voluntad. En tanto que la conducta del hombre es racional y que su comunicación es intencional.

Por lado, si la causa por si mismo puede producir efectos jurídicos, persiguiendo una finalidad lícita, una función económica social o individual; o es necesario un elemento normativo en nuestro parecer creemos que es necesario lo normativo. Por otro lado como una conformación del negocio como lo ordena el ordenamiento jurídico puede haber efectos contrarios al ordenamiento jurídico.

Por otro lado la causa se confunde con el propósito práctico o la finalidad de las partes con el elemento de configuración necesaria, y está sustentando que no hay voluntad sin propósito; o el fin de la voluntad que tiene un aspecto subjetivo y variable, y con ello es ajeno al elemento configuración, que está relacionado con el negocio con el negocio mismo.

En otras palabras, dentro de la doctrina de los sistemas jurídicos causalistas no se puede decir que exista una corriente "anticausalista", salvo opiniones singulares, como ocurrió cuando la teoría clásica de la causa era la teoría predominante, no solo en Francia, sino en Italia, España y general en todos los países latinoamericanos. (Taboada, 1996) Eso es falso, pero en la práctica no funciona la causa, lo único cierto es que en Perú no existe una corriente anti causalista. Y si nosotros acogemos el negocio jurídico por si mismo no debemos a considerar a la causa

como un elemento del negocio jurídico, lo que pasa tenemos una teoría incompleta del negocio jurídico. Dentro del sistema alemán, en los negocios jurídicos no es necesario la causa como elemento.

En el negocio abstracto, para la eficacia del negocio, esto es, para la producción de la consecuencia jurídica a la que se dirige el negocio, lo único que importa en el negocio mismo de atribución, aunque este no regule también la causa de la atribución. La modificación jurídica en que consiste la atribución se produce, en el negocio abstracto, sin considerar si existe una causa en virtud de la cual se justifique la atribución en relación al que hace respecto del que la recibe. Negando el apotegma medieval sobre la causa como presupuesto de eficacia, se puede decir que en el negocio abstracto cesante causa non cessat effectus.

Tomemos como ejemplo la transmisión de la propiedad, que, como se ha dicho ya está regulado en nuestro Ordenamiento jurídico, como negocio abstracto. El contrato de compraventa es la causa de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. Aunque el contrato de compraventa sea ineficaz y con el ello falte la causa de la transmisión de la propiedad, a pesar de ello, la transmisión de la propiedad es válida, precisamente porque según nuestro Ordenamiento jurídico está regulado como negocio abstracto.

Como Regla general, desde un punto de vista jurídico material no importa si el negocio es abstracto o causal. Pues por regla general existe una causa de la atribución producida mediante el

negocio abstracto. La especialidad del negocio jurídico abstracto se presenta en el aspecto jurídico material solo en los casos excepcionales en los que no existe causa de la atribución. Entonces, a pesar de ello, el negocio abstracto de atribución es válido. Sin embargo, porque en estos casos falta la causa de la atribución de la relación que media entre el que la hace y el que recibe, nuestro Ordenamiento jurídico establece que el que la hizo puede reclamar su prestación al **accipiens** como “enriquecimiento sin causa” (Flume, 1998)

Respecto de los negocios causales del Derecho de obligaciones, por el contrario, solo se habla de causa con referencia a la relación del negocio causal obligatorio con el correspondiente negocio de disposición abstracto, para el cual el negocio causal es la causa. Se trata entonces de la causa del negocio de disposición, pero no de la causa como elemento del negocio causal obligatorio. Respecto a la relación entre el contrato de compraventa y la transmisión de la propiedad de la cosa comprada se dice: El contrato de compraventa es la causa de la transmisión de la propiedad.

La causa, referida al mismo negocio causal obligatorio, no es otra cosa que el contenido del contrato, en cuanto que el contrato obligatorio causal justifica, en virtud de su contenido y merced al reconocimiento del Ordenamiento jurídico, las consecuencias jurídicas acordadas en él, concretamente, los derechos de crédito creados por él. (Flume, 1998)

Tanto el negocio abstracto y el causal es similar en función de las consecuencias jurídicas o la diferencia solo está en técnica que señala al ordenamiento. Como el caso del título valores, no necesariamente tienen causa, y tiene capacidad en el tráfico jurídico, donde está la necesidad imperiosa de la existencia de causa..

Como se expuso, en principio, el contrato obligatorio abstracto no constituye para el acreedor una posición jurídica independiente de la causa, porque al derecho de crédito constituido sin causa se opone la excepción de enriquecimiento in justificado. Otra cosa sucede en el caso del negocio abstracto de disposición. Los negocios de disposición que contienen una atribución, como la transmisión de derechos, por ejemplo, la transmisión de la propiedad o la cesión de un crédito, la extinción de derechos en favor de otro, como por ejemplo la remisión de una deuda, la constitución de derechos sobre cosas y otros bienes o derechos, como por ejemplo la constitución de una servidumbre, en general, están configurados, según a nuestro Ordenamiento jurídico, como negocios abstractos, de manera que la disposición en cuanto tal y "per se", sin consideración a su causa, constituye una disposición jurídica plena para el accipiens de la atribución. Si en virtud de un contrato de compraventa nulo se transmite una cosa, el comprador obtiene, por esa transmisión la propiedad plena en ella. Es propietario, aunque lo sea sin causa, y de ahí que, por regla general, este obligado a retransmitir la cosa al vendedor. El comprador como propietario puede transmitir la cosa a su vez, y

sus acreedores pueden ejecutar la cosa vendida por pertenecerle a él.

Al margen de la regulación de nuestro Ordenamiento jurídico, en el que los negocios de disposición son abstractos respecto de su causa, se pueden pactar una condición con la que se haga depender la eficacia del negocio abstracto de disposición de la existencia o realización de su causa. Si bien esto no se aplica a los negocios que son refractarios a las condiciones, los cuales por disposición especial del Ordenamiento jurídico no pueden celebrarse bajo condición (paradigma: la transmisión de inmuebles): (Flume, 1998)

En los negocio jurídicos abstractos tiene el mismo efecto de los causales; solo es cuestión de técnica legislativa; la causa es interpretación subjetiva del Derecho Romano que se impone en el derecho moderno cuando en otras circunstancias comerciales y ver los estados. Muchas veces la causa es el contenido como elemento la causa es la interdependencia de las prestaciones. **En suma y en pocas palabras no existe causa del negocio jurídico ni teóricamente hablando ni en práctica.**

B) La Causa y la Corriente Europea del Derecho Civil

El derecho Europeo, después de la unificación política y económica, tiende a unificar su legislación, con ello se produce muchos cambio no solo en la legislación sino también en la forma de pensar del derecho. Y en esta nueva coyuntura hace prescindir

de la causa en la configuración técnico-jurídica, y en antes deja el Código Civil Holandés de 1992 que omite cualquier referencia a la causa en la conceptualización de contrato.

La convención de Viena sobre la compra venta internacional de mercaderías, donde por primera vez se encuentra la fusión de esquema del civil law y common law, como parte de la fusión del derecho europeo continental, y después los Principios de Unidroit, en el artículo 3.2 (Validez del mero acuerdo) expresa que “contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido, por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional”, con ello se elimina la definición de contrato, causa y consideration por ser innecesarias, y en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), laborados por la denominada Comisión Lando. En los PECL, puede encontrarse un texto según el cual el contrato solo requiere un acuerdo suficiente entre los contratantes sin necesidad de ningún otro requisito, en el que establece: “(1) el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando: (a) las partes tienen intención de vincularse jurídicamente y (b) alcanzan acuerdo suficiente”. Sin necesidad de ningún otro requisito significa, por supuesto, que los contratos no están sujetos a especiales requisitos de forma, pero significa también, que el legislador no reconoce lo que la tradición del Derecho europeo continental denominaba causa de los contratos y la de common law consideration. Probablemente nosotros hemos sufrido una influencia del concepto causa y sus secuelas, que en la doctrina elaborada al filo de los años cuarenta encontraba su

fundamento en la necesidad de que los tribunales ejercieran un pesado control de la dignidad de la tutela jurídica y pudiera por esa vía decidir la validez o invalidez de los contratos por este tipo de razones. Ese control imperativo de carácter marcadamente intervencionista no resulta políticamente oportuna, aunque haya que reconocer un recorte de la regulación de la causa de los contratos tiene que ir acompañada de una regulación especial de la violación por el contrato de normas imperativas o de reglas morales. Para lo primero, el artículo 6 CC, sin ninguna, de una base más que suficiente. Lo que segundo abre el arduo problema de los contratos inmorales y de los contratos celebrados ob turpem causam. Puede pensarse que superponer un inicio de moralidad, marcando la idea que los tribunales tengan, a un inicio de legalidad, es algo que no tiene un fundamento claro, especialmente en que no existe reglas morales absolutas. Por otra parte, la generalización de la privación de la conditio de restitución o acción de enriquecimiento en la prestación realizada ob turpem causam, ha encontrado siempre notoria resistencia y, tal vez, se pudiera considerar oportuno prescindir de ella, (Diez, 2003) es decir dentro de la tendencia de la codificación tiende a desaparecer la causa.

D) Causa y Objeto

La función contractual, es la finalidad económica y jurídica del contrato y la estructura contractual, se encuentra supuestamente

la causa que no es otra cosa que la composición y formación del contrato.

Un problema en la dogmática, es la distinción entre el objeto y causa; en tanto que la causa se entiende con todo el contenido del contrato o todo el contrato, desde dicha perspectiva no habría distinción.

El problema que señala, como la causa como elemento y objeto como presupuesto eso se tendría que analizar que es el objeto en sí mismo; y otra postura la causa como función está dentro de la realidad económica, pero muchas veces dicha realidad es presupuesto para una regulación y no como elemento concurrente para la formación del negocio jurídico., o que caracteriza en la definición de negocio jurídico.

Para responder a ello es necesario analizar la perspectiva de la definición de negocio como abstracción, y si el mismo contrato tanto es una abstracción a veces irreal.

Para ello analizaremos teoría por teoría: La teoría del interés como objeto del negocio jurídico, señala que el objeto es interés final que persigue las partes; y muchas veces confunde con objeto o contenido de la declaración de la voluntad; citemos una opinión de ello.

Uno de los contratos que mejor ponen de relieve la naturaleza y función del objeto del negocio, con ello el interés práctico de este concepto, es el contrato de sociedad. En efecto, en el, según nuestro punto de vista, no solo el objeto del contrato las obligaciones de los socios, ya que estas forman su contenido; ni

tampoco el objeto de tales obligaciones, sino la finalidad de la empresa social, u objeto de la sociedad misma; (De los Mozos, 1987) en tanto que llamar objeto del contrato al objeto social, es una confusión entre el contenido de la reglamentación y “objeto del negocio jurídico en sí mismo”.

E) Tendencia de la Ejecutorias Supremas de casos de Nulidad de Acto Jurídico de la Corte Suprema de la República de Perú.

Que la presente investigación ha tenido como objeto también analizar desde la perspectiva practica como se está aplicando en la causal de nulidad de los negocios jurídicos la causal de fin licito o causa, lo cual desde enero del 2015 a agosto 2016, se ha analizado todos los ejecutorias supremas que están vinculados a la nulidad de actos jurídicos o contratos, lo cual se ha encontrado una bastedad que se declaran improcedente, ello se ha excluido, solo se ha tomado en cuenta respeto a lo declararon procedente y los magistrado resolvieron. Lo cual es una tendencia contradictoria y confusa, no refleja en nada lo descrito en la doctrina en razón a las teorías descritas en líneas anteriores. Por otro lado también precisar que la gran mayoría han determinado que deben resolver en funciona a forma o procesal (motivación de las resoluciones judiciales) y las cuestiones de fondo desde la perspectiva del derecho material.

La Casación N° 3098-2011 Lima, en su considerando cuarto señala que el fin ilícito está vinculado a la ilegalidad a la ilicitud de

la causa causas de tal modo que un acto con causa ilícita en el sentido de ser contrario a la ley o las buenas costumbres estará afectada por nulidad; y por otro lado contradictoriamente señala: *“... la causa se vincula a la idea de causa concreta es decir a los propósitos o motivos que dan lugar a la celebración del acto jurídico de tal motivo que si fines o motivos son licito el negocio será nulo por falta de un elemento estructural en tal sentido se comporta como mecanismo de control de la autonomía de la voluntad que puedan llegar a tener eficacia los actos jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico...”*; es una mezcla entre la teoría clásica de motivo abstracto, es decir deben perseguir motivos que la ley señala, o motivos coherentes con los motivos del ordenamiento y cuando es contrario están dentro de la causal de nulidad de acto jurídico sin embargo es una teoría superada hace mucho tiempo, por otro lado los motivos ya están implícito en la finalidad regulativa de la norma; y cuando el caso en concreto es la venta de bien ajeno y de transferencias irregulares, en tanto que razona la Sala suprema que nadie puede transferir un derecho que no lo tiene además es un delito de estilionato, y por tanto existe una finalidad ilícita y contradictoriamente en dicha resolución invoca el inc. 2 del Art. 1409 del Código Civil.

En la casación N° 2399-2014 Ica, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la presente, en la causal de nulidad de acto jurídico

invoca la falta de manifestación de voluntad en un caso de compraventa de bien ajeno.

En la Casación N° 1360-2014 publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se invoca la contravención al ordenamiento jurídico y las buenas costumbres en el caso de adquisición de la propiedad a través de la prescripción adquisitiva en una notaría que no ha respetado de la legalidad del procedimiento, con ello contraviene orden público y termina razonando desde un contexto procesal y falta de valorización de los medios probatorios.

Casación 1314-2014 Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en la causal de nulidad se invoca la causal de nulidad de fin ilícito, que la sentencia de vista que hacen referencia señala "... la causal de fin ilícito la cual tiene naturaleza de invalidez no lesiona frontalmente el ordenamiento jurídico establecido ...", es fin ilícito que lesiona frontalmente el ordenamiento jurídico, pero al final solo razona desde un contexto procesal de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Casación N° 870-2014 Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se invoca la finalidad ilícita de un contrato de bien ajeno, que señala que es contrario a las leyes que interesa al orden público y

las buenas costumbres, además se ha convertido en un objeto jurídicamente imposible y como se trata de una persona jurídica, también invocan la actuación de exceso de facultades (es decir existe un supuesto de nulidad al mismo tiempo un supuesto de ineficacia), en el considerado noveno señala *“en cuanto a la causales de infracción del artículo 219 incisos 2 y 4 del Código Civil contenidas en los acápites b) y d), así como infracción del Código Civil del acápite c) resulta relevante precisar que conforme ha sostenido esta Sala Suprema en reiteradas ocasiones en la denominada venta de bien ajeno debe distinguirse claramente dos situaciones específicas: a) cuando el vendedor hace presente que se trata de cosa ajena lo que es lícito e importa la obligación del vendedor de procura la transferencia del bien a favor del comprador como prescribe el artículo 1537 del Código Civil, concordante con el artículo 1409 inciso 2 del mencionado Código; b) cuando se vende como propio lo que es ajeno, en este último caso el acto no puede reputarse válido y eficaz puesto que nadie puede disponer sobre mayor derecho del que realmente tiene además porque la venta de bien ajeno tipifica como delito perseguible de oficio en el artículo 197 inciso 4 del Código Penal, por tanto en este último caso estamos ante un acto o negocio jurídico con causa ilícito por ser contraria a las normas que interesan al orden público. No obstante ello la jurisprudencia no ha sido uniforme ni pacífica al configurar la causal de nulidad de acto jurídico por fin ilícito al referirse a la venta de un bien ajeno, o en su defecto si la misma se enmarca como causal de*

imposibilidad jurídica...”, este último párrafo no es otra cosa que la problemática en determinar que se entiende por causa, que es confundido con el objeto del negocio y del contrato, o con una conducta que va contra el ordenamiento jurídico, es decir la causa también se confunde con la causal de contravención al orden público y buenas costumbres que es una causal distinta del causa. Y la otra problema de la causal de nulidad del artículo 219 y causal de ineficacia del artículo 161 del Código Civil.

La Casación N° 443-2014- Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; es el caso de una compraventa de bien ajeno, es nulo si no tenía o no podía conocer si el bien era ajeno; así mismo se razona que la compra venta de bien ajeno es causal de ineficacia en observancia al Art. 161, en tanto que las partes del proceso existe persona jurídicas. Si el comprador sabe que el bien es ajeno, es válido el contrato, y caso contrario no causa ilícita, en tanto que se requiere capacidad para transferir, y sería un contrato con objeto jurídicamente imposible y un fin ilícito, un contrato contrario a las leyes que interesan al orden público y buenas costumbres, es decir el que transfiere un bien ajeno contiene un fin ilícito y es contrario a las buenas costumbres porque tipifica el delito de estelionato recogido en el artículo 197.4 del Código Penal. Esta ejecutoria suprema hace confusión entre el objeto del contrato, causa , ordenamiento jurídico y buenas

costumbres, que son cosas distintas, es decir no sabes que es causa a ciencia cierta.

La Casación N° 2716-2014 Cusco, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de setiembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se trata la compra venta de bien ajeno que se invoca como causal de nulidad del contrato sub Litis la falta de manifestación de voluntad, así mismo el fin ilícito y solo razona desde el contexto procesal de la falta de motivación de las resoluciones judiciales, es decir cuando alguien transfiere la propiedad sin que sea propietario es una causal de falta de manifestación de voluntad.

La Casación N° 607-2014 Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha martes 30 de junio de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la causal de nulidad que se invoca en la finalidad ilícita de un contrato de compra venta de bien ajeno, y entienden ello cuando contraviene el orden público y las buenas costumbres así mismo la manifestación de voluntad esta dirijo a producir efectos no amparados en el derecho objetivo, esta expresión está confundiendo con el rol del ordenamiento jurídico con el razón de la causa, como elemento independiente del negocio jurídico, que dicho de paso el ordenamiento también lo ha señalado. Así, como hacen la cita al autor nacional de Lizardo Taboada Córdova, a su libro Nulidad de Acto Jurídico, donde señala el fin ilícito es lo contrario al orden público y buenas costumbre, sin embargo eso

no es concepto que señala el autor, como lo hemos descrito en líneas arriba.

La Casación N° 1897-2014 Lima Norte, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que en caso de la compra venta de bienes causal de nulidad la causal de falta de manifestación de voluntad, en caso de la disposición de bienes de menores de edad, en tanto que no tenían autorización judicial para disponer.

En la Casación N° 1897-2014 Lima Norte, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, invocan la causal de fin lícito y no desarrollan los argumento desde el derecho material solo desde la perspectiva procesal de la motivación de la resolución judicial.

En la Casación N° 4434-2013 Lima , publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el caso que un primer comprador de bien inmueble demanda a los demás sujetos de derechos que han adquirido el mismo bien inmueble, donde ha existe en paralelo procesos penal por el delito de falsificación de documento, que fueron condenados, y en fin ilícito se configura en tanto que ha contravenido el ordenamiento jurídico.

En la Casación N° 701-2015 Lima, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil

Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se trata de una venta de una copropiedad solo por uno de los propietarios, no razona por cuestión de las normas materiales sino solo por la falta de motivación de la norma procesal. Similar situación en la En la Casación N° 443707-2014 Lima, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, En la Casación N° 3761-2014 Cusco, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En la Casación N° 4136-2014 Del Santa, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso que existe nulidad de acto jurídico en tanto que no tenía facultades para la disposición en que ha incurrido en el fin ilícito. Así mismo, como es un supuesto de la parte demandada es una persona jurídica, que transfiere una propiedad cuando no tenía facultades para transferir lo que incurren en una ineficacia y en objeto físicamente imposible, y falta de manifestación de voluntad y un fin ilícito, como se puede evidenciar existe una confusión de elementos del negocio jurídico, otorgando un contenido conceptual a la causa de manera errónea, y por otro lado sigue la tendencia que cuando no sabía que el bien era ajeno solo se incurren en un fin ilícito.

En la Casación N° 3559-2014 Cusco, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso de nulidad de acto jurídico, de una compraventa de bien sin autorización judicial, señala que incurrió de falta de manifestación de voluntad en amparo del art. 219.1 del Código Civil. Y en otros casos como se ha señalado es la causal de fin ilícito en caso de compra venta de bien ajeno.

En la Casación N° 3712-2014 Lima Norte, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se invoca la finalidad ilícita como causal de nulidad de un contrato de compra venta, sin embargo solo se ha argumentos por falta de motivación de la resolución judicial en tanto que no se ha valorado determinados medios probatorios.

En la Casación N° 3374-2014 Junín, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el caso que una persona natural adquiere una propiedad a través de prescripción adquisitiva de dominio tramitado en la vía notarial y luego los transfiere a un tercero a través de un contrato de compra venta, el propietario original señala que el procedimiento notarial no se ha observado el procedimiento regular señalado por ley en la vía notarial y venta a un tercero , e invoca la finalidad ilícita como causal de nulidad. La Sala Suprema solo razona en la falta de valorización de medio

probatorio y falta de motivación de las resoluciones judiciales. En otros casos han resuelto casos similares con la causal de contravención al orden público y buenas costumbres.

En la Casación N° 3639-2015 Madre de Dios, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo cual se invoca la causal de nulidad el fin ilícito y la simulación absoluta, y entienden que el fin ilícito es en el caso de compra venta de bien ajeno.

En la Casación N° 1554-2015 Lima, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; señala un punto distinto a los hasta ahora que ha señalado, una señora da carta poder a su hija, y la representante lo que se ha así misma anticipo de legitima y transfiere a terceros otros dos bienes inmuebles; y respecto de fin ilícito señala la Sala Suprema: **“estando a lo expuesto precedentemente se concluye que existen indicios y presunciones judiciales (derivadas de la lógica y experiencia), suficientes y coherentes para concluir para concluir que la demandada abusando de lazo que la une con la demandante, adquirió un poder amplio para disponer de los bienes de su progenitora, utilizándolo con la única finalidad de apropiarse de la mayor cantidad posible de los derechos y acciones que le correspondían a este respecto a los inmuebles transferidos, es decir, con el objeto de causar daño al patrimonio de la**

poderdante, resultando evidente que la demandada no ha actuado de buena fe y con arreglo a las buenas costumbres, en ninguno de los actos jurídicos materia de nulidad, máxime si existen otros hijos de la actora que tienen derecho a concurrir con la demandada en la herencia que aquella deje a su fallecimiento, lo cual es considerado, como un abuso de derecho que su poderdante le confirió, en tanto su conducta constituye una de carácter antisocial y amoral, que debe ser sancionado por el órgano jurisdiccional declarando la nulidad de los actos jurídicos de pretensión, al incurrir en la causal contemplada en el artículo 219 inciso 4 del Código Civil”;

como se puede apreciar, la finalidad ilícita ha estado incurso en la compra venta de bien ajeno, en razón de no conocimiento o conocimiento que era ajeno el bien de parte del comprador o vendedor, sin embargo en esta ejecutoria suprema, está en función a la buena fe, contrario a las buenas costumbres (pero no lo tiene claro que es la buena costumbre para las Salas Supremas), relacionado con el abuso de derecho, con el carácter de una conducta antisocial y amoral. Sobre todo esta última parte, es bueno la causa relacionado con la moral, eso es importante que lleva a un gran problema meta teoría.

En suma, desde la perspectiva práctica no se entiende claramente que lo denominan fin ilícito.

2.3. BASES CONCEPTUALES

A) ACTO JURIDICO

El acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico. Este último tiene, pues, una denotación más rica y una connotación más poder que el primero. Por lo tanto, es imprescindible para determinar lo que es acto jurídico, determinar que el hecho jurídico

B) DECLARACION DE VOLUNTAD

La declaración es a veces simple revelación de un estado de ánimo, de un propósito, de un saber existente en el sujeto con independencia de ella, manifestable también en otra forma y, sucesivamente, en varias distintas (piénsese en declaraciones de deseo, de propósito, de sentimiento, de conocimiento, etc.). Aquí la declaración, mirando únicamente es hacer saber algo a otros, solo realizaba una función complementaria, instrumental, respecto a lo que es comunicado; función meramente comunicativa, evidenciadora de la conciencia del declarante. Diríamos, en sentido lato, una función confesora, vuelta hacia el interior de tal conciencia y encaminada a ponerla en comunicación con la mente ajena. Entonces, pero solo entonces, se nos ofrece, espontanea la idea de que la declaración sirva de trámite al pensamiento.

C) HECHO JURIDICO

En términos generales, se suele definir como hecho jurídico cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo o modificativo o

extintivo de relaciones jurídicas. Hecho jurídico puede ser un acontecimiento natural, absolutamente independiente de la voluntad del hombre. Si un río, según el ejemplo clásico, modifica su propio curso abandonando el álveo originario formando un nuevo lecho, los propietarios de las fincas que limitan con las riberas del álveo abandonado se convertirán en propietario

D) METALINGÜÍSTICO

La metalingüística es el estudio de la relación entre el lenguaje y otros aspectos de la cultura y las formas de manifestarse el idioma en la sociedad. También se usa el término para referirse a la función metalingüística, que es la función del lenguaje que se centra en el propio código de la lengua, por el que el emisor toma el código de que se trate como objeto de discusión, análisis y estudio: lo que yo llamo X es Y.

E) NULIDAD

Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de su celebración. La nulidad puede ser absoluta (insubsanable) o relativa (subsancable).

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. Ámbito

El ámbito en el que se desarrolló la investigación fue la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, el cual es el máximo órgano jurisdiccional. Su competencia se extiende a todo el territorio del país.

3.2. Población

La población estuvo representada por las Ejecutorias supremas del Salas Supremas Permanente y Transitoria del Corte Suprema de la República, en el periodo de enero 2015 a agosto 2016, todo sobre lo referente a nulidad de acto jurídico, y que hayan sido declarado procedente e improcedente, que haga referencia a la causal de nulidad a la finalidad ilícita o causal , o esté relacionado con el objeto de investigación, como en el caso de falta de manifestación de voluntad, objeto física y jurídicamente imposible, contrario al orden público y buenas costumbres.

También formaron parte de la población los Secretarios Judiciales y Jueces de las Juzgados Civiles de la Corte Superior de Junín

3.3. Muestra

Fue una muestra no probabilística de tipo intencional, por lo que estuvo representada en 19 Ejecutorias Supremas de Salas Supremas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, en materia de acto jurídico que tiene como causal los fines ilícitos y relacionados al tema de investigación. También formaron parte de la muestra 20 Secretarios Judiciales y Jueces de las Juzgados Civiles de la Corte Superior de Junín.

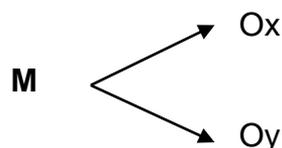
3.4. Nivel y tipo de estudio

La presente investigación es de tipo Básico, porque tiene la finalidad de explicar o definir el termino FIN LICITO O CAUSA. Y el Nivel de la Investigación, es de carácter descriptivo; Por lo que se hará un análisis de los efectos jurídicos en el sistema de aplicación de la casuística.

Asimismo, se empleó el Método Exegético, que permitió conocer el sentido de las normas jurídicas y el sentido que quiso darle el Legislador, a través de un análisis gramatical (lingüística, etimológica) de la palabra causa o fin lícito. Así mismo este método implicó realizar un estudio histórico de los antecedentes jurídicos dela causa o fin licito.

3.5. Diseño de Investigación

La presente investigación tiene el diseño **No experimental transeccional**



Donde:

M =Muestra conformada por 55 Ejecutorias supremas del Salas Supremas Permanente y Transitoria del Corte Suprema de la República

O =Observaciones de las variables a realizar de la muestra.

X = Observación de la variable: La determinación del contenido metalingüístico del término “causa”-fin ilícito

Y = Observación de la variable: Aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio

3.6. Técnicas e instrumentos

A. Análisis Documental: Permitió recopilar información a través de documentos escritos negocio jurídico, y específicamente todo lo que implica

las teorías que tratan de explicar y hacer un análisis en el sistema comparado, etc. Se analizaron:

- Libros: Tratados, manuales, ensayos.
- Códigos.
- Revistas académicas.
- Publicaciones
- Informes.
- Editoriales.
- Anuarios. Etc.

Instrumento: Cuestionario y Fichas de análisis de contenido.

3.7. Validación y confiabilidad del instrumento

“Todo instrumento de recolección de datos debe reunir dos requisitos esenciales: confiabilidad y validez. *La confiabilidad* de un instrumento para recolectar datos se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto produce resultados iguales. *La Validez*, en términos generales se refiere al grado en que un instrumento realmente obtiene los datos que pretende obtener” (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 276)

Para la validez de los instrumentos aplicados, se recurrió a un *Juicio de Expertos*, quienes los evaluaron, corrigieron y aprobaron.

Asimismo para verificar la fiabilidad del instrumento utilizado se aplicó el test de confiabilidad Alfa de Cronbach

3.8. Procedimiento

Se realizó la recopilación de información de diversas fuentes en base a la ficha de análisis documental. Se revisaron 19 Ejecutorias Supremas de Salas

Supremas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República. Se aplicó el cuestionario a los 20 Secretarios Judiciales y Jueces de las Juzgados Civiles de la Corte Superior de Junín.

Se procedió al análisis documental de los casos y la tabulación estadística del cuestionario aplicado. Se realizó la discusión y conclusiones del estudio.

3.9. Tabulación

Para la tabulación y el tratamiento de los datos se empleó la estadística descriptiva cuyos parámetros aplicados fueron: Frecuencia absoluta (f_i) y frecuencia porcentual ($h_i\%$). Se emplearon estadígrafos de medidas de tendencia central para realizar el conjunto de análisis e interpretación de los resultados

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Análisis descriptivo

Para un mayor alcance en el logro de los objetivos propuestos, se aplicó un cuestionario a los Secretarios Judiciales y Jueces de las Juzgados Civiles de la Corte Superior de Junín, el cual permitió determinar su opinión sobre el contenido semántico del término metalingüístico “causa” – fin lícito, como elemento del negocio jurídico para entender su correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.

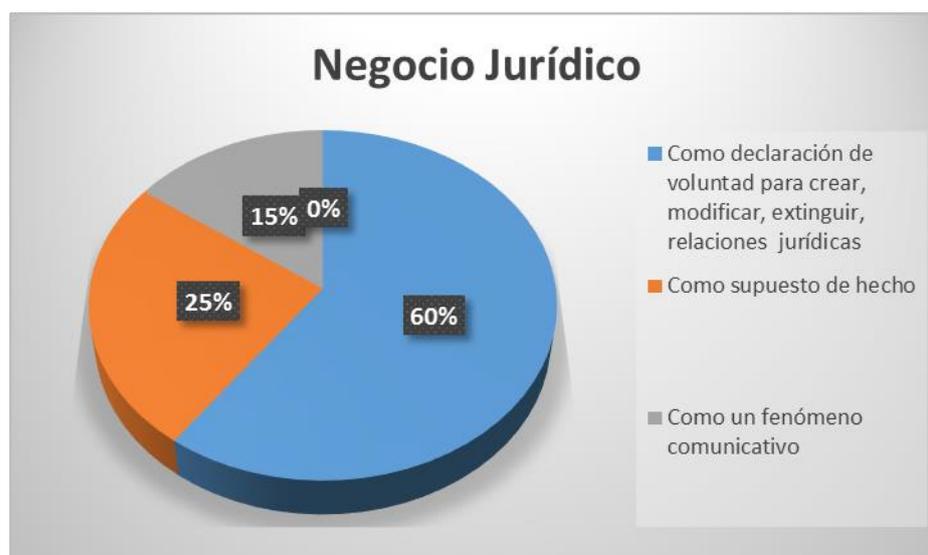
Se encontraron los siguientes resultados:

Tabla 1. Qué entiende por Negocio jurídico

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Como declaración de voluntad para crear, modificar, extinguir, relaciones jurídicas	12	60,0	60,0	60,0
Como supuesto de hecho	5	25,0	25,0	85,0
Como un fenómeno comunicativo	3	15,0	15,0	100,0
Total	20	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada en CSJJ el 15-07-2016

Elaborado por: el investigador

**Figura1. Negocio jurídico**

Interpretación: En la Tabla N° 01 y figura N° 01 se muestran los resultados de las opiniones de los encuestados referente a ¿Qué, entiende por negocio jurídico?; donde el 60% manifestó que es Como declaración de voluntad para crear, modificar, extinguir, relaciones jurídicas; el 25% indico que es como supuesto de hecho y el 15% que el negocio jurídico es como un fenómeno comunicativo.

Tabla 2. Sentido en el que se aplica el fin licito o causa

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje e válido	Porcentaje acumulado
Cuando es contrario al ordenamiento jurídico	18	90,0	90,0	90,0
Cuando existe venta de bien ajeno	1	5,0	5,0	95,0
Cuando existe compraventa de bien ajeno	1	5,0	5,0	100,0
Total	20	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada en CSJJ el 15-07-2016
Elaborado por: el investigador



Figura 2.

ra 2. Sentido en el que se aplica el fin licito o causa

Interpretación: Ante la interrogante de que si ¿En qué sentido se aplica el fin licito o causa como causal de nulidad del negocio jurídico?, el 90% de los encuestados manifestaron que Cuando es contrario al ordenamiento jurídico; el 5% Cuando existe venta de bien ajeno y el 5% Cuando existe compraventa de bien ajeno. Opiniones que se muestran en la Tabla N° 02 y figura N° 02.

Tabla 3. Conocimiento de los Elementos estructurales del Negocio Jurídico

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
si	17	85,0	85,0	85,0
no	3	15,0	15,0	100,0
Total	20	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada en CSJJ el 15-07-2016
Elaborado por: el investigador

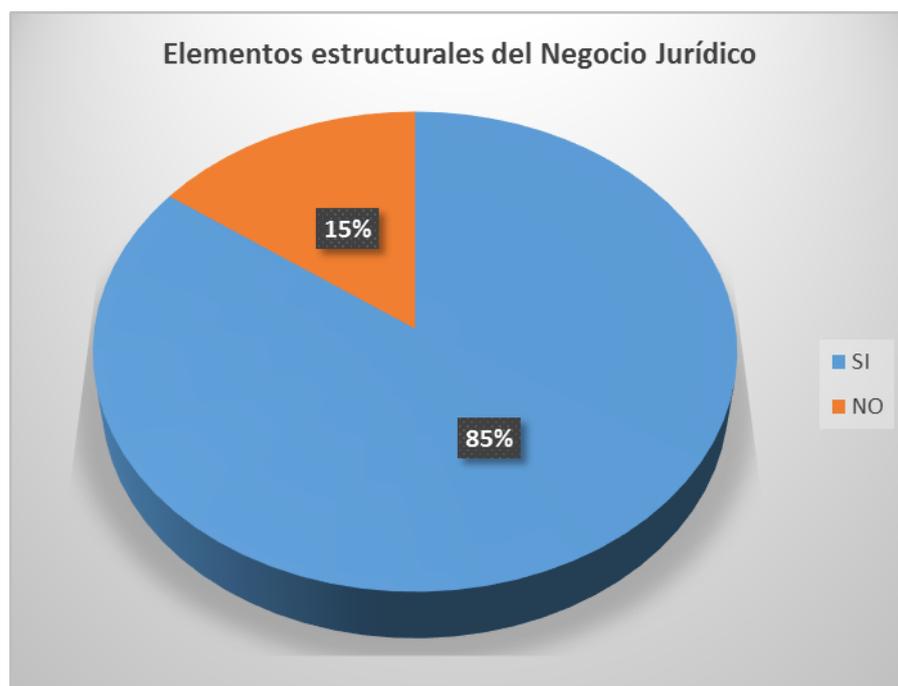


Figura 3. Elementos estructurales del Negocio Jurídico

Interpretación: A la consulta de que si ¿Tiene conocimiento de los elementos estructurales del Negocio Jurídico?; el 80% de los encuestados manifestaron que si tenían conocimiento y el 15% que no tenían conocimiento, opiniones que se muestran en la Tabla N° 03 y figura N° 03.

Tabla 4. Qué entiende por el Fin Lícito o causa

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Contrario al ordenamiento jurídico	16	80,0	80,0	80,0
Como la función económica social, individual o jurídica	3	15,0	15,0	95,0
La causa es un término abstracto e inútil	1	5,0	5,0	100,0
Total	20	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada en CSJJ el 15-07-2016

Elaborado por: el investigador

**Figura 4. El Fin Lícito o causa**

Interpretación: En la Tabla N° 04 y figura N° 04 se muestran las opiniones de los encuestados respecto a que ¿Qué entiende por Fin Lícito o causa?; donde el 80% manifestó que es contrario al ordenamiento jurídico; el 15% que es como la función económica social, individual o jurídica y el 5% que la causa es un término abstracto e inútil.

Tabla 5. Aplicación de la causa o fin lícito en la región Junín

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
SI	5	25,0	25,0	25,0
NO	15	75,0	75,0	100,0
Total	20	100,0	100,0	

Fuente: encuesta formulada en CSJJ el 15-07-2016

Elaborado por: el investigador

**Figura 5. Aplicación de la causa o fin lícito en la región Junín**

Interpretación: Al consultar a los encuestados de que si ¿Tiene conocimiento si se viene aplicando la causa o fin lícito en la región Junín?; el 75% manifestó que no tiene conocimiento y el 25% respondió que si tiene conocimiento de que se viene aplicando la causa o fin lícito en la región Junín. Respuestas que se muestran en la Tabla N° 05 y figura N° 05.

4.2. Análisis inferencial y contrastación de hipótesis

La hipótesis general formulada en la investigación señala:

El término causa –fin lícito-, es un lenguaje de segundo nivel de característica meta lingüística y no tiene una relación directa o indirecta con la realidad objetiva menos relacionado como elemento conformante de la estructura del negocio jurídico.

Se realizó un análisis a 19 Ejecutorias Supremas de Salas Supremas Permanente y Transitoria del Corte Suprema de la República, con el fin de comprobar las hipótesis específicas

“No existe un contenido metalingüístico específico de la causa, fin ilícito como elemento del negocio jurídico lo cual no permite la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente”

“No existe una correcta aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente”

Los resultados de dicho análisis muestran que del total de las 19 ejecutorias analizadas, solo una muestra el siguiente resultado:

Tabla 6. Análisis de Ejecutoria

Número de casos	Contenido Meta Lingüístico de la causa				Aplicabilidad como causal de nulidad de acto jurídico				
	Fin concreto	Fin abstracto	Función económico social	Función jurídica	Supuesto de hecho	No predictibilidad	equidad	Justicia	Inseguridad
Cas. N°3098 -2011- Lima	Señala a la causa como el fin					En caso de compraventa de bien ajeno			

En la Tabla N° 06, se aprecia que del total de ejecutorias analizadas solo en una se ha considerado el contenido meta lingüístico de la causa, mediante el fin concreto y donde señalan a la causa como el fin. Asimismo en esta misma ejecutoria, la aplicabilidad como causal de nulidad de acto jurídico, lo indican mediante la no predictibilidad en el caso de compraventa de bien ajeno.

Tabla 7. Ejecutorias analizadas

1	Casación N° 3098-2011 Lima
2	casación N° 2399-2014 Ica
3	Casación 1314-2014 Lima
4	Casación N° 870-2014 Lima
5	Casación N° 443-2014- Lima
6	Casación N° 2716-2014 Cusco
7	Casación N° 607-2014 Lima
8	Casación N° 1897-2014 Lima Norte
9	Casación N° 1897-2014 Lima Norte
10	Casación N° 4434-2013 Lima
11	Casación N° 701-2015 Lima
12	Casación N° 443707-2014 Lima
13	Casación N° 3761-2014 Cusco
14	Casación N° 4136-2014 Del Santa
15	Casación N° 3559-2014 Cusco
16	Casación N° 3712-2014 Lima Norte
17	Casación N° 3374-2014 Junín
18	Casación N° 3639-2015
19	Casación N° 1554-2015 Lima

En la Tabla N° 07 se muestran las ejecutorias analizadas donde en ninguna de ellas han considerado el contenido meta lingüístico de la causa, ni la aplicabilidad como causal de nulidad de acto jurídico.

Desde una perspectiva práctica en la Salas Civil transitoria y Permanente, lo tiene claro que es fin ilícito, se tiende a confundir con el objeto física y jurídicamente imposible, en tanto que cuando un bien ajeno, se transfiere a veces existe una u otra causal, en otro casos, falta de manifestación de

voluntad, en tanto que el transfiere no tenía legitimidad para transferir, así como se describe.

A continuación, se analizan cada una de las ejecutorias consideradas en esta investigación:

La Casación N° 3098-2011 Lima, en su considerando cuarto señala que el fin ilícito está vinculado a la ilegalidad a la ilicitud de la causa causas de tal modo que un acto con causa ilícita en el sentido de ser contrario a la ley o las buenas costumbres estará afectada por nulidad; y por otro lado contradictoriamente señala: "... la causa se vincula a la idea de causa concreta es decir a los propósitos o motivos que dan lugar a la celebración del acto jurídico de tal motivo que si fines o motivos son licito el negocio será nulo por falta de un elemento estructural en tal sentido se comporta como mecanismo de control de la autonomía de la voluntad que puedan llegar a tener eficacia los actos jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico..."; es una mezcla entre la teoría clásica de motivo abstracto, es decir deben perseguir motivos que la ley señala, o motivos coherentes con los motivos del ordenamiento y cuando es contrario están dentro de la causal de nulidad de acto jurídico sin embargo es una teoría superada hace mucho tiempo, por otro lado los motivos ya están implícito en la finalidad regulativa de la norma; y cuando el caso en concreto es la venta de bien ajeno y de transferencias irregulares, en tanto que razona la Sala suprema que nadie puede transferir un derecho que no lo tiene además es un delito de estilionato, y por tanto existe una finalidad ilícita y contradictoriamente en dicha resolución invoca el inc. 2 del Art. 1409 del Código Civil.

En la casación N° 2399-2014 Ica, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Permanente de la

Corte Suprema de Justicia de la República, en la presente, en la causal de nulidad de acto jurídico invoca la falta de manifestación de voluntad en un caso de compraventa de bien ajeno.

En la Casación N° 1360-2014 publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se invoca la contravención al ordenamiento jurídico y las buenas costumbres en el caso de adquisición de la propiedad a través de la prescripción adquisitiva en una notaría que no ha respetado de la legalidad del procedimiento, con ello contraviene orden público y termina razonando desde un contexto procesal y falta de valorización de los medios probatorios.

Casación 1314-2014 Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en la causal de nulidad se invoca la causal de nulidad de fin ilícito, que la sentencia de vista que hacen referencia señala "... la causal de fin ilícito la cual tiene naturaleza de invalidez no lesiona frontalmente el ordenamiento jurídico establecido ...", es fin ilícito que lesiona frontalmente el ordenamiento jurídico, pero al final solo razona desde un contexto procesal de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Casación N° 870-2014 Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se invoca la finalidad ilícita de un contrato de bien ajeno, que señala que es contrario a las leyes que interesa al orden público y las buenas costumbres, además se ha convertido en un objeto jurídicamente imposible y como se trata de una persona jurídica, también invocan la actuación de exceso de facultades (es decir existe un supuesto de

nulidad al mismo tiempo un supuesto de ineficacia), en el considerado noveno señala “ en cuanto a la causales de infracción del artículo 219 incisos 2 y 4 del Código Civil contenidas en los acápites b) y d), así como infracción del Código Civil del acápite c) resulta relevante precisar que conforme ha sostenido esta Sala Suprema en reiteradas ocasiones en la denominada venta de bien ajeno debe distinguirse claramente dos situaciones específicas: a) cuando el vendedor hace presente que se trata de cosa ajena lo que es lícito e importa la obligación del vendedor de procura la transferencia del bien a favor del comprador como prescribe el artículo 1537 del Código Civil, concordante con el artículo 1409 inciso 2 del mencionado Código; b) cuando se vende como propio lo que es ajeno, en este último caso el acto no puede reputarse válido y eficaz puesto que nadie puede disponer sobre mayor derecho del que realmente tiene además porque la venta de bien ajeno tipifica como delito perseguible de oficio en el artículo 197 inciso 4 del Código Penal, por tanto en este último caso estamos ante un acto o negocio jurídico con causa ilícito por ser contraria a las normas que interesan al orden público. No obstante ello la jurisprudencia no ha sido uniforme ni pacífica al configurar la causal de nulidad de acto jurídico por fin ilícito al referirse a la venta de un bien ajeno, o en su defecto si la misma se enmarca como causal de imposibilidad jurídica...”, este último párrafo no es otra cosa que la problemática en determinar que se entiende por causa, que es confundido con el objeto del negocio y del contrato, o con una conducta que va contra el ordenamiento jurídico, es decir la causa también se confunde con la causal de contravención al orden público y buenas costumbres que es una causal distinta del causa. Y la otra problema de la causal de nulidad del artículo 219 y causal de ineficacia del artículo 161 del Código Civil.

La Casación N° 443-2014- Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de diciembre de 2015 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; es el caso de una compraventa de bien ajeno, es nulo si no tenía o no podía conocer si el bien era ajeno; así mismo se razona que la compra venta de bien ajeno es causal de ineficacia en observancia al Art. 161, en tanto que las partes del proceso existe persona jurídicas. Si el comprador sabe que el bien es ajeno, es válido el contrato, y caso contrario no causa ilícita, en tanto que se requiere capacidad para transferir, y sería un contrato con objeto jurídicamente imposible y un fin ilícito, un contrato contrario a las leyes que interesan al orden público y buenas costumbres, es decir el que transfiere un bien ajeno contiene un fin ilícito y es contrario a las buenas costumbres porque tipifica el delito de estelionato recogido en el artículo 197.4 del Código Penal. Esta ejecutoria suprema hace confusión entre el objeto del contrato, causa ordenamiento jurídico y buenas costumbres, que son cosas distinta, es decir no sabes que es causa a ciencia cierta.

La Casación N° 2716-2014 Cusco, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de setiembre de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se trata la compra venta de bien ajeno que se invoca como causal de nulidad del contrato sub Litis la falta de manifestación de voluntad, así mismo el fin ilícito y solo razona desde el contexto procesal de la falta de motivación de la resoluciones judiciales, es decir cuando alguien trasfiere la propiedad sin que sea propietario es una causal de falta de manifestación de voluntad.

La Casación N° 607-2014 Lima publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha martes 30 de junio de 2015 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema

de Justicia de la República, la causal de nulidad que es invoca en la finalidad ilícita de un contrato de compra venta de bien ajeno, y entienden ello cuando contraviene el orden pública y las buenas costumbres así mismo la manifestación de voluntad esta dirijo a producir efectos no amparados en el derecho objetivo, esta expresión está confundiendo con el rol del ordenamiento jurídico con el razón de la causa, como elemento independiente del negocio jurídico, que dicho de paso el ordenamiento también lo ha señalado. Así, como hacen la cita al autor nacional de Lizardo Taboada Córdova, a su libro Nulidad de Acto Jurídico, donde señala el fin ilícito es lo contrario al orden público y buenas costumbre, sin embargo eso no es concepto que señala el autor, como lo hemos descrito en líneas arriba.

La Casación N° 1897-2014 Lima Norte, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que en caso de la compra venta de bien es causal de nulidad la causal de falta de manifestación de voluntad, en caso de la disposición de bienes de menores de edad, en tanto que no tenían autorización judicial para disponer.

En la Casación N° 1897-2014 Lima Norte, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, invocan la causal de fin licito y no desarrollan los argumento desde el derecho material solo desde la perspectiva procesal de la motivación de la resolución judicial.

En la Casación N° 4434-2013 Lima , publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el caso que un primer

comprador de bien inmueble demanda a los demás sujetos de derechos que han adquirido el mismo bien inmueble, donde ha existe en paralelo procesos penal por el delito de falsificación de documento, que fueron condenados, y en fin ilícito se configura en tanto que ha contravenido el ordenamiento jurídico.

En la Casación N° 701-2015 Lima, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se trata de una venta de una copropiedad solo por uno de los propietarios, no razona por cuestión de las normas materiales sino solo por la falta de motivación de la norma procesal.

Similar situación en la En la Casación N° 443707-2014 Lima, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y en la Casación N° 3761-2014 Cusco, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 2 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En la Casación N° 4136-2014 Del Santa, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso que existe nulidad de acto jurídico en tanto que no tenía facultades para la disposición en que ha incurrido en el fin ilícito. Así mismo, como es un supuesto de la parte demandada es una persona jurídica, que transfiere una propiedad cuando no tenía facultades para transferir lo que incurren en una ineficacia y en objeto físicamente imposible, y falta de manifestación de voluntad y un fin ilícito, como se puede evidenciar existe una confusión de elementos del negocio jurídico, otorgando un contenido conceptual a la causa de manera errónea, y por otro

lado sigue la tendencia que cuando no sabía que el bien era ajeno solo se incurren en un fin ilícito.

En la Casación N° 3559-2014 Cusco, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso de nulidad de acto jurídico, de una compraventa de bien sin autorización judicial, señala que incurrió de falta de manifestación de voluntad en amparo del art. 219.1 del Código Civil. Y en otros casos como se ha señalado es la causal de fin ilícito en caso de compra venta de bien ajeno.

En la Casación N° 3712-2014 Lima Norte, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se invoca la finalidad ilícita como causal de nulidad de un contrato de compra venta, sin embargo solo se ha argumentado por falta de motivación de la resolución judicial en tanto que no se ha valorado determinados medios probatorios.

En la Casación N° 3374-2014 Junín, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el caso que una persona natural adquiere una propiedad a través de prescripción adquisitiva de dominio tramitado en la vía notarial y luego los transfiere a un tercero a través de un contrato de compra venta, el propietario original señala que el procedimiento notarial no se ha observado el procedimiento regular señalado por ley en la vía notarial y venta a un tercero, e invoca la finalidad ilícita como causal de nulidad. La Sala Suprema solo razona en la falta de valorización de medio probatorio y falta de motivación de las resoluciones judiciales. En otros casos

han resuelto casos similares con la causal de contravención al orden público y buenas costumbres.

En la Casación N° 3639-2015 Madre de Dios, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo cual se invoca la causal de nulidad el fin ilícito y la simulación absoluta, y entienden que el fin ilícito es en el caso de compra venta de bien ajeno.

En la Casación N° 1554-2015 Lima, publicada en Boletín Sentencia de Casación de fecha miércoles 30 de mayo de 2016 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; señala un punto distinto a los hasta ahora que ha señalado, una señora da carta poder a su hija, y la representante lo que se ha a si misma anticipo de legítima y transfiere a terceros otros dos bienes inmuebles; y respecto de fin ilícito señala la Sala Suprema: **“estando a lo expuesto precedentemente se concluye que existen indicios y presunciones judiciales (derivadas de la lógica y experiencia), suficientes y coherentes para concluir para concluir que la demandada abusando de lazo que la une con la demandante, adquirió un poder amplio para disponer de los bienes de su progenitora, utilizándolo con la única finalidad de apropiarse de la mayor cantidad posible de los derechos y acciones que le correspondían a este respecto a los inmuebles transferidos, es decir, con el objeto de causar daño al patrimonio de la poderdante, resultando evidente que la demandada no ha actuado de buena fe y con arreglo a las buenas costumbres, en ninguno de los actos jurídicos materia de nulidad, máxime si existen otros hijos de la actora que tienen derecho a concurrir con la demandada en la herencia que aquella deje a su fallecimiento, lo cual es considerado, como un**

abuso de derecho que su poderdante le confirió, en tanto su conducta constituye una de carácter antisocial y amoral, que debe ser sancionado por el órgano jurisdiccional declarando la nulidad de los actos jurídicos de pretensión, al incurrir en la causal contemplada en el artículo 219 inciso 4 del Código Civil”; como se puede apreciar, la finalidad ilícita ha estado incurso en la compra venta de bien ajeno, en razón de no conocimiento o conocimiento que era ajeno el bien de parte del comprador o vendedor, sin embargo en esta ejecutoria suprema, está en función a la buena fe, contrario a las buenas costumbres (pero no lo tiene claro que es la buena costumbre para las Salas Supremas), relacionado con el abuso de derecho, con el carácter de una conducta antisocial y amoral. Sobre todo esta última parte, es bueno la causa relacionado con la moral, eso es importante que lleva a un gran problema meta teoría.

4.3. Discusión de resultados

Los resultados de la investigación muestran que la noción o definición del negocio jurídico y el sentido que se le aplica al fin lícito o causa, son clásicas tal como lo define el Código Civil en el Art. 140, sin embargo no están acordes a un realidad globalizada donde el intercambio de bienes y servicios, cada vez son más rápidos y menos formales.

Contrastando los resultados desde un contexto doctrinario, a la luz de los planteamientos de Gebrelli (2013) puede apreciarse que, en efecto, en la perspectiva de un Derecho común europeo de los contratos se pone de relevancia que, si bien es verdad que se asiste a la pérdida de centralidad del elemento de la causa, de modo que para su validez no es necesario que el contenido del contrato la enuncie de modo expreso, el horizonte del intérprete

no puede quedar limitado al contenido, puesto que este último “resume solo en parte la global operación económica en la cual se desarrolla la actividad de la empresa”. Con la consecuencia de que los elementos que defina “naturaleza o el fin del contrato” (es decir, la fórmula que en el lenguaje del legislador europeo parece asumir el rol hasta ahora desenvuelto por la causa) podrían ser buscado, también fuera del contenido contractual “indignado la operación comercial global en la cual el contrato se inserta.

El legislador peruano de 1852 adoptó la doctrina francesa de la causa final en su acepción clásica, esto es, como el fin abstracto, típico y directo o inmediato, siempre idéntico, constante e invariable en todos los actos pertenecientes a una misma categoría. En el art. 1235 que fue tomado del art. 1108 del Código de Napoleón se señala a la “causa justa para obligarse” como uno de los requisitos esenciales de todo contrato (Torres, año, p. 289). En el mismo orden de ideas, señala Albaladejo, (1993) que la causa no consiste en el fin abstracto y permanente, sino en la finalidad concreta perseguida por las partes en el negocio contemplado en particular.

En otras palabras, la causa consiste en un motivo, pero en un motivo abstracto, completamente desligado de la personalidad de la parte contratante que va a contraer una obligación como consecuencia de la celebración del contrato. No se trata pues de un motivo concreto o variable de sujeto a sujeto, sino motivo jurídico, que se extrae abstractamente de la naturaleza del contrato. La causa consiste siempre en un motivo, solo que se trata del motivo que no podrá faltar siempre por ser reflejo de la estructura contractual, según las diferentes categorías contractuales, tal como lo señala Taboada (1996); No obstante los resultados de esta investigación demuestran una interpretación y aplicabilidad diferente, ya que de las ejecutorias analizadas ninguna de ellas

han considerado el contenido meta lingüístico de la causa, ni la aplicabilidad como causal de nulidad de acto jurídico.

4.4. Aporte de la investigación

PROPUESTA DE DEROGACION DEL ARTÍCULO 140.3 y 219.5 DEL CÓDIGO CIVIL EN MERITO A LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN.

En Tanto que en el Código Civil derogado del año 1936, era anticausalista y tenía funcionalidad los “actos jurídicos” y contrato, en el sistema Common Law, no conocen la causa tiene funcionalidad, y en la práctica o tendencia de la ejecutorias supremas sobre nulidad de contrato o negocios jurídicos, con causal de fin lícito no tiene claridad lo que hace es confundir instituciones jurídicas, por lo tanto deben de derogarse las normas mencionadas.

CONCLUSIONES

- 1.- De las ejecutorias analizadas ninguna ha considerado el contenido meta lingüístico de la causa, ni la aplicabilidad como causal de nulidad de acto jurídico.
2. La causa, es un tema más debatible y abstracto del derecho civil, y a la vez tiene un contexto filosófico ius filosófico y a la vez dogmático, es por ello se divide en el sistema causal y no causal. El eterno retorno de Nietzsche, la causa en Roma no existía la causa como elemento del contrato y la tendencia de la evolución fue de lo subjetivo a lo objetivo y muchas veces dentro de ese trayecto de la historia a cuestionar su existencia; la causa, es un término metalingüístico sin contenido conceptual alguno, en tanto que no hace referencia objetiva a una realidad directa o indirecta , la causa más que ser parte de la estructura conceptual lo considera como un fundamento teórico dogmático del negocio jurídico, es por ello que el código civil de 1936 no era considerado como un elemento y en esa aquella época el trafico jurídico a través de los contratos funcionaba es decir con causa o sin causa el trafico jurídico a través de los contratos tendrán funcionabilidad.
- 3.- Existe muchas definiciones de negocio jurídico, pero generalmente son definiciones sin sustento científico; lo cual partimos desde la perspectiva analítica y sistema, para definir el negocio jurídico como acto comunicacional, en relación con la causa esta no forma parte del sistema del negocio jurídico propiamente dicho, y es parte del sistema contractual francés y ambos sistemas tienen directa implicancia con su sistema de transferencia de propiedad

RECOMENDACIONES

1. La causa tiene que ser repensada dentro del sistema nacional y dentro finalidad de reconstruir una teoría del negocio jurídico acorde a nuestra realidad y repensar dentro de un sistema jurídico que tenga funcionalidad en la propia realidad, pero para empezar debe derogarse el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, en tanto dicha causal se puede suplir con el inciso 8 del mismo articulado, no siendo necesario una propuesta legislativa adicional modificatoria.
2. Para ello debe partirse de una filosofía, esto expresado en una filosofía del derecho y esto traducirse en una teoría del derecho y todo este bagaje aplicarlo al negocio jurídico, en la relación a todo el sistema en especial a la forma de la transferencia de la propiedad, implicaría una reforma mayor de largo aliento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Albaladejo, M. (1993) EL Negocio Jurídico. 2da. Ed. Barcelona. Editorial Bosch
2. Battista F., G. (2002) El negocio Jurídico. Traducido del Italiano por Leysser L. León. 1era. Ed. Lima. Editorial Ara Editores.
3. Betti, E. (2000) Teoría General del Negocio Jurídico. Traducido por A. Martin Pérez. Editorial Comares. Granada.
4. Betti, E. (2001) Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico traducido por Leysser L. León en Teoría General del Negocio Jurídico, 4 estudios fundamentales. 1era. Ed., ARA Editores.
5. Bigliuzzi G., L. (1995) Derecho Civil T.I, VOL. 2 Hechos y Actos Jurídicos. Traducido por Fernando Hinestroza, Editorial Universidad Externado de Colombia.
6. Carnelutti, F. (1995) Teoría general del Derecho. Madrid Editorial Revista de Derecho Privado,
7. Carusi, D. (1989) La disciplina della causa en I contratti in generale. Trattato deo contratti, Directto de Pietro Rescigno. A cura di Enrico Gabrielli. UTER, Turin, 1999. Citado por Morales Hervías Romulo, La causa del contrato en la dogmática jurídica.
8. Coviello, N. (1949) Doctrinas general del derecho civil. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano América.
9. Cruzado B., A. (2002) El sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica, 1era. Ed. Editorial, Nuevo Norte, Perú- Trujillo.
10. Diez-Picazo, L. (2003) Reforma de Los Codigo y Derecho Europeo, en Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, Fasciculo IV.

11. De Los Mozos. El negocio Jurídico (Estudios de derecho civil) Editorial Montecorvo. Madrid. 1987.
12. Ennccerus, L. (1981) Derecho Civil-Parte General, en Tratado de derecho civil por Ennccerus, Kipp y Wolf. T. primero, Vol. Segundo, primera parte, Barcelona, Editorial Bosch.
13. Enrique G. (2002) Estudios Sobre Teoría General del Contrato.
14. Galgano, F. (1992) El Negocio Jurídico, Traducido del Italiano por Francisco de P. Blasco Gasco y Lorenzo, Prast Albentosa. Editorial tirant lo Blanch, Valencia.
15. Gebrelli, E. (2013) Estudios sobre Teoría General del Contrato. Lima Perú. .Jurista Editores.
16. Flume, W. (1998) El Negocio Jurídico. T. Segundo, 4ta. Ed, Traducción de José Marie Miquel Gonzales y Esther Gómez Calle. Fundación Cultural del Notario. Madrid.
17. Gonzales B., G. H. (2013) Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. 1era Reimpresión de la 2ad. Lima. Ed., Ediciones Legales.
18. Gorla, Gino. (1959) El contrato, Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y causistico, Bosch,
19. Josserrand L. (1950) Derecho Civil, Tomo II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones, traducido por Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europea-América.
20. Kant, E. (1998) Principios metafísicos de la doctrina del derecho.
21. La Cruz Berbejo, L. (1994) Derecho de Obligaciones, Vol. Primero, Parte General del Contrato, 3era. Ed. Bosch Editor.
22. Larroumet, C. (1993) Teoría General del Contrato Vol. Traducido por Jorge Guerrero R, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia.

23. Leon, L. (2004) El sentido de la Codificación Civil. 1era. Ed. Lima. Editorial Palestra.
24. Luhmann, N. (1974) Sistema Jurídico y Dogmática, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
25. Mazeud, H. y León, J. (1960) Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. I, Obligaciones: El Contrato, La Promesa Unilateral, traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
26. Messineo, F. (1964) Manual de Derecho Civil y Comercial. TII. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas- Europea. América.
27. Miro Q. C., F. Ratio Interpretandi, (2000) Ensayo de Hermenéutica Jurídica. 1er. Ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima.
28. Morales H., R. (2011) Patologías y Remedios del Contrato. 1era. Ed. Lima. Jurista Editores.
29. Nuñez M., F. W. (2003) Acto Jurídico Negocio Jurídico. Lima-Perú. Ediciones Legales.
30. Petit, E. (2009) Tratado Elemental de Derecho Romano. 25º Ed. México. Editorial Porrúa.
31. Scognamiglio, R. (2004) Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, Traducido del italiano por Leysser L. León 1era. Lima. Ed. Editora Grijley.
32. Santori P., F. (1964) Doctrina Generales del Derecho Civil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
33. Taboada C., L. (1996) La Causa del Negocio Jurídico. 1era Ed. Lima. Edith Grijel.
34. Tarello, G. (1995) Cultura Jurídica y Política del Derecho. Traducido por Isidro Rosa Alvarado. México Fondo de Cultura Económica.

35. Trabucchi, A. (2012) Instituciones de Derecho Civil. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.
36. Trimarchi, P. (2004) Istituzioni di Diritto Privado, milano Giuffre, 1983. Citado por Lizardo Taboada Córdova. La Causa del Negocio Jurídico.
37. Vázquez De Castro, E. (2002) Los contrato ilegales en el Common Law, en Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, Fascículo I. Madrid..
38. Vetrov. A. (2001) La Semiótica y sus problemas fundamentales, traducido por Augusto Vidal Roget; Ediciones Pueblos Unidos. Montevideo-Uruguay.
39. Zusman T., S. Z. (2007) La causa como elemento esencial de los actos jurídicos y contratos, en Colección Derecho Patrimonial 1, Incumplimiento Contractual y Tutela del Acreedor, 1ra. Ed. Editorial Grijley. Lima.

ANEXOS

ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO METALINGÜÍSTICO DEL TÉRMINO CAUSA EN LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Indicadores	METODO	TÉCNICAS E INSTR
¿En qué medida la determinación del contenido metalingüístico del término "causa"- fin licito- como elemento del negocio jurídico influye en la aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana vigente?	Determinar el contenido semántico del término metalingüístico "causa"- fin licito- como elemento del negocio jurídico para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente	El término causa –fin licito-, es un lenguaje de segundo nivel de característica meta lingüística y no tiene una relación directa o indirecta con la realidad objetiva menos relacionado como elemento conformante de la estructura del negocio jurídico,	Determinación del contenido metalingüístico del término "causa"-fin licito	<ul style="list-style-type: none"> • Fin concreto y determinante de la celebración del contrato. • Fin abstracto y determinante para le celebración de contrato • Función económico social y/o individual • Función jurídica del negocio 	<p>Tipo: Descriptivo</p> <p>Diseño: No experimental, transeccional, descriptivo</p> <p>Población: Ejecutorias supremas del Salas Supremas Permanente y Transitoria del Corte Suprema de la República</p> <p>Secretarios Judiciales y Jueces de las Juzgados Civiles de la Corte Superior de Junín</p> <p>Muestra: 19 Ejecutorias supremas 20 Secretarios Judiciales y Jueces</p>	<p>Técnicas:</p> <p>-Análisis documental</p> <p>- Encuesta</p> <p>Instrumentos</p> <p>- Ficha de análisis</p> <p>-Cuestionario</p>
¿De qué manera el contenido metalingüístico de la causa, fin lícito como elemento del negocio jurídico es empleado para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente?	Analizar el contenido metalingüístico de la causa, fin ilícito como elemento del negocio jurídico para entender la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.	No existe un contenido metalingüístico específico de la causa, fin ilícito como elemento del negocio jurídico lo cual no permite la correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.	Aplicación correcta de las causales de nulidad del negocio jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Supuesto de hecho • No predictibilidad de la administración de justicia • Equidad • Justicia • Inseguridad jurídica en el trafico jurídico a través de los negocios jurídicos 		
¿Cómo se presenta la aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente?	Analizar la aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente	No existe una correcta aplicabilidad como causal de nulidad del negocio jurídico en la legislación peruana y vigente				

ANEXO 02: INSTRUMENTOS

CUESTIONARIO

Esta encuesta se realiza con la finalidad de determinar el contenido semántico del término metalingüístico "causa"- fin lícito- como elemento del negocio jurídico para entender la aplicación correcta aplicación de las causales de nulidad del negocio en la legislación peruana y vigente.

Se le solicita que lea detenidamente cada interrogante y marque con una X su respuesta.

1. ¿Qué, entiende por negocio jurídico?
 - Como declaración de voluntad para crear, modificar, extinguir, relaciones jurídicas ()
 - Como supuesto de hecho ()
 - Como un fenómeno comunicativo ()

2. ¿En qué sentido se aplica el fin lícito o causa como causal de nulidad del negocio jurídico?
 - Cuando es contrario al ordenamiento jurídico ()
 - Cuando existe venta de bien ajeno ()
 - Cuando existe compraventa de bien ajeno ()

3. ¿Tiene conocimiento de los elementos estructurales del Negocio Jurídico?

SI () NO ()

4. ¿Qué entiende por Fin Lícito o causa?
 - Es contrario al ordenamiento jurídico ()
 - Como la función económica social, individual o jurídica ()
 - La causa es un término abstracto e inútil ()

¿Tiene conocimiento si se viene aplicando la causa o fin lícito en la región Junín?

SI () NO ()

NOTA BIOGRÁFICA**I. DATOS PERSONALES:**

NOMBRE Y APELLIDOS: MANUEL MANTARI MOLINA
LUGAR DE NACIMIENTO: DISTRITO DE QUICHUAY
FECHA DE NACIMIENTO: 06 DE AGOSTO DE 1980
DNI N°: 40701279
RUC: 10407012793

II. FORMACIÓN ACADÉMICA:

PRIMARIA: CENTRO EDUCATIVA N° 30124
SECUNDARIA: COLEGIO NACIONAL SANTA ISABEL
SUPERIOR: UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD: DERECHO Y CIENCIA POLITICAS
MAESTRIA: POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
HERMILIO VALDIZAN HUANUCO – EN DERECHO
MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

III. EXPERIENCIA PROFESIONAL:

-Juez del Juzgado Civil Transitorio de Tayacaja desde enero del 2018/
hasta la actualidad



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMENEGILDO VALDIZAN
Huánuco - Perú

ESCUELA DE POSGRADO

Campus Universitario, Pabellón V "A" 2do. Piso - Cayhuayna
Teléfono 514760 - Pág. Web. www.posgrado.unheval.edu.pe



ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO

En el Auditorio de la Escuela de Posgrado, siendo las **15:30h**, del día **jueves 14 DE FEBRERO DE 2019** ante los Jurados de Tesis constituido por los siguientes docentes:

Dr. Lorenzo PASQUEL LOARTE	Presidente
Dr. Hamilton ESTACIO FLORES	Secretario
Dr. Andy CHAMOLÍ FALCÓN	Vocal

Asesor de Tesis: Dr. Luis HERRERA BAY (Resolución N° 03366-2017-UNHEVAL/EPG-D)

El aspirante al Grado de Maestro en Derecho, mención en Civil y Comercial, Don, Manuel MANTARI MOLINA.

Procedió al acto de Defensa:

Con la exposición de la Tesis titulado: **"LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO METALINGÜÍSTICO DE TERMINO CAUSA EN LA APLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO"**.

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante al Grado de Maestro, teniendo presente los criterios siguientes:

- Presentación personal.
- Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y Recomendaciones.
- Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado plantea a la tesis **las observaciones** siguientes:

.....

Obteniendo en consecuencia el Maestría la Nota de DIEZ Y SIETE (17)

Equivalente a MUY BUENO, por lo que se declara APROBADO
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado firman el presente **ACTA** en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 6:00 pm horas del 14 de febrero de 2019.

PRESIDENTE	SECRETARIO	VOCAL
DNI N° <u>2247842</u>	DNI N° <u>82520887</u>	DNI N° <u>43664079</u>

Leyenda:
19 a 20: Excelente
17 a 18: Muy Bueno
14 a 16: Bueno

(Resolución N° 0422-2018-UNHEVAL/EPG-D)

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICAS DE POSGRADO

1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL (especificar los datos del autor de la tesis)

Apellidos y Nombres: Mantari Molina Manuel
 DNI: 40701279 Correo electrónico: mm3-cc@yahoo.es
 Teléfonos Casa _____ Celular 964672835 Oficina _____

2. IDENTIFICACION DE LA TESIS

Posgrado	
Maestría:	<u>DERECHO</u>
Mención:	<u>Derecho civil y comercial</u>

Grado Académico obtenido:

Magister en Derecho

Título de la tesis:

"La determinación del contenido metalingüístico del término causa en la aplicación de las causales de nulidad del negocio jurídico"

Tipo de acceso que autoriza el autor:

Marcar "X"	Categoría de Acceso	Descripción de Acceso
<input checked="" type="checkbox"/>	PÚBLICO	Es público y accesible el documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
<input type="checkbox"/>	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, mas no al texto completo.

Al elegir la opción "Público" a través de la presente autorizo de manera gratuita al Repositorio Institucional – UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquiera tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

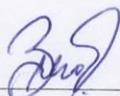
En caso haya marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:

Asimismo, pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

() 1 año () 2 años () 3 años () 4 años

Luego del periodo señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasara a ser de acceso público.

Fecha de firma: 14/02/19



 Firma del autor