

UNA CONTRIBUCIÓN A LA DEFENSA DE LA CAUSA DEL CONTRATO COMO EL SIGNO DISTINTIVO DEL CIVIL LAW

RÓMULO MORALES HERVIAS

Asegado por la Universidad de Lima. Magister por la Universidad de Roma Tor Vergata.
Diplomado en Derecho Romano, y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad de Roma -
La Sapienza.

Doctorando por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.

SUMARIO:

I. Propósito. - II. Razones de la supuesta inutilidad de la causa del contrato. - III. La doctrina de la *consideration*, la causa abstracta y la causa en concreto. - IV. Conclusión.

I. PROPÓSITO

La causa del contrato es un tema que produce muchas reacciones en la doctrina y en la praxis. Su inutilidad o utilidad depende si este instrumento conceptual es apto para resolver problemas jurídicamente relevantes del Derecho de los contratos en el mundo de hoy de incesantes cambios y de la mundialización de la economía.

En el Perú la jurisprudencia no ha utilizado este concepto como en las experiencias jurídicas francesas e italianas las cuales lo usan abundantemente. Varios factores explican este silencio tanto de los operadores jurídicos como en los jueces y en los árbitros. El desconocimiento de la teoría del negocio jurídico, la importación desordenada de normas jurídicas, la falta de una doctrina civil consolidada, la ausencia de una regulación clara sobre la causa del contrato en nuestro Código Civil, el inexistente hábito de usar el método comparado y la formación deficiente de los profesionales del derecho. Este último factor adquiere mayor relevancia ante una realidad incontestable. La multiplicidad de facultades de derecho en nuestro país no necesariamente implica una inversión en la contratación de profesores de derecho civil de alta calidad.

En resumen, existe la ausencia de un desarrollo armónico entre la teoría y la praxis sobre la causa del contrato.

En ocasiones cuando se habla de causa se hace alusión a la causa de la obligación, a la causa de la atribución patrimonial o a la causa del contrato.

Se habla de causa de la obligación cuando se refiere a la fuente de la relación jurídica, es decir, al hecho que la genera, al mismo tiempo, al derecho del acreedor y la obligación del deudor (una de estas causas puede ser la del contrato). Se habla de causa de la atribución patrimonial cuando se busca la justificación de un traslado de la riqueza. Si un sujeto se enriquece sin una justa causa a costa de otro que se empobrece, Este último debe pedir una indemnización (o la restitución de una cosa determinada), pero solo cuando no sea posible ejercitar otras acciones, en efecto, la acción general de enriquecimiento es subsidiaria.¹ La causa del contrato no debe confundirse con los anteriores conceptos.

Otros confunden o identifican la causa con la *consideration* o con la causa abstracta. Luego nos encargaremos de subsanar estas equivocaciones.

¹CHECCHINI, Aldo. Gli elementi essenziali del contratto. En: CHECCHINI, Aldo y AMADIO, Giuseppe, *Lezioni di diritto privato*, Giappichelli, Turin, 2007, p. 172.

Por otro lado, existe una tendencia mayoritaria en la doctrina y en los proyectos de codificación de abandonar el concepto de la causa del contrato y preferir hablar de contenido del contrato tal y como se utiliza en el derecho alemán así como en el sistema jurídico del *Common Law*.

En efecto, se ha expresado que si el término "causa" simplemente se refiere al contenido del contrato como un todo, este debería ser abandonado ya que no habría diferencia entre un contrato nulo con contenido ilícito y un contrato nulo con causa ilícita.² Otros han manifestado que no cambiaría nada si en lugar de causa ilícita se dice que el contrato es ilícito.³

Todo lo anterior adquiere mayor realce cuando se regula el objeto ilícito y la causa ilícita. Por ello se opina que esta última distinción es artificiosa. En tal sentido es suficiente decir que un contrato es nulo en la medida que valorando su contenido y las circunstancias concomitantes, incluida la motivación de las partes, es contrario a los parámetros de valor de la ley y de la buena costumbre.⁴

Dentro de esta perspectiva, la *cause* de la experiencia jurídica francesa incluye las finalidades e intenciones que las partes han perseguido con la estipulación del contrato en cuestión y que son consideradas también por el juez alemán o inglés. Mientras en Alemania y en Inglaterra es el contrato mismo que se coloca en contraposición con la buena costumbre o con la ley, el juez francés expresa este juicio con referencia a su *cause*. En todo caso, todos los ordenamientos prevén la nulidad de un semejante contrato; en este contexto, por tanto la noción de *cause* aparece superflua.⁵

Al contrario de estas posiciones estamos convencidos que el concepto de causa del contrato es un signo distintivo que nos diferencia de los alemanes y de los anglosajones. Su utilidad dependerá de que en el futuro se use este concepto y a la larga sea nuestra carta cultural de presentación frente a otras experiencias jurídicas.

II. RAZONES DE LA SUPUESTA INUTILIDAD DE LA CAUSA DEL CONTRATO

El problema del entendimiento de la causa del contrato en el mundo moderno y post-moderno nace de la confusión entre causa de la obligación y causa del contrato.

El Código Civil francés de 1804 legislativamente reguló ambos conceptos.⁶ En el artículo 1108 se indica que la causa lícita en la obligación como uno de los cuatro requisitos esenciales para la validez de un contrato. En el artículo 1131 se dice que la obligación no tendrá efecto por ausencia de causa, causa falsa y causa ilícita. El acuerdo no será válido aunque la causa no se haya expresado según el artículo 1132. Y en el artículo 1133 se menciona que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

El *Avant-projet de réforme du droit des obligations* incurre en equivocaciones insalvables. Por un lado se señala que la convención es válida cuando tiene una causa real y lícita que la justifica conforme al artículo 1124. Ahora se utiliza la expresión *cause* del compromiso. Según la Corte de Casación francesa, para justificar la anulación del contrato basta con que una de las partes se hubiera propuesto un fin ilícito o inmoral, aun cuando la otra parte lo ignorara⁷ tal como se propone en el artículo 1126-1.

¹ ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Reimpresión de la primera edición, Kluwer Law and Taxation Publishers, Dordrecht, 1992, p. 553.

² DIJURI, Arnaldo y HENRICH, Dieter, *Recurso europeo de arbitraje privado e comparato*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 198.

³ ZWICKERT, Konrad y KOTZ, Hein, *Introduzione al diritto comparato, II, diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 1995, p. 90.

⁴ KOTZ, Hein y PATTI, Salvatore, *Diritto europeo del contratto*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 111-112.

⁵ LARROUMET, Christian, *Tratado general del contrato*, Volumen I, Traducción de Jorge Guerrero, Reimpresión, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 357-362 y 390-402.

⁶ CHESTIN, Jacques, *Objeto-Causa (artículos 1124 y 1125-6)*, En: *Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, *Avant-Projet de Réforme du Code Civil Français. Libro II, títulos IV y XX*, Traducción a cargo de Fernando Hernández, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 71.

Otras dos normas causan mucha incertidumbre. En el artículo 1125 se propone que el compromiso carece de justificación, por ausencia de causa real, cuando, desde su origen, la contraprestación convenida es ilusoria o irrisoria. Y luego en el artículo 1126 se indica que el compromiso carece de justificación, por falta de causa lícita, cuando se contrae, a lo menos por una de las partes, con una finalidad contraria al orden público, a las buenas costumbres o, más genéricamente, a una regla imperativa. Ya no se habla de causa de la obligación pero ahora se usa la denominación causa real. Además, se propone que el motivo subjetivo ilícito puede anular el compromiso. Por último, también se imputa la licitud a la prestación⁹ en el primer párrafo del artículo 1121-2.

De lo revisado en materia de causa en el anteproyecto, estamos convencidos que estas reglas no son exportables a pesar del entusiasmo de la doctrina francesa.⁵

Los párrafos 134 y 138 (primer párrafo) del Código Civil alemán de 1900 mencionan que el negocio jurídico será nulo si contraviene una prohibición legal o atente contra las buenas costumbres. La doctrina alemana conviene en que estos negocios jurídicos son ilícitos y por consiguiente nulos por su contenido.¹⁰ Prescinden de usar la causa ilícita del derecho francés.

Luego el Código Civil italiano de 1942 reguló la causa como uno de los cuatro requisitos del contrato en el numeral 2 del artículo 1325. En el artículo 1343 indica que la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Se reputa ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa. Aquí se norma al contrato en fraude a la ley en el artículo 1344. En el artículo 1345 se expresa que el contrato es ilícito cuando las partes son determinadas a celebrarlo exclusivamente por motivos ilícitos que ambas tengan en común. El objeto del contrato debe ser posible y lícito según el artículo 1346. El primer párrafo del artículo 1354 dice que es nulo el contrato si la condición, suspensiva o resolutoria, es contraria a normas imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres. Por el contrario, el segundo párrafo del artículo 1354 establece que la condición suspensiva imposible hace nulo el contrato; mientras que si la condición resolutoria imposible se tiene por no puesta.

Asimismo, el artículo 1418 del Código Civil italiano norma otras patologías contractuales. El contrato es nulo si el mismo es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario. También cabe la nulidad del contrato por la falta de alguno de los requisitos (acuerdo, causa, objeto y la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad), por la ilicitud de la causa, por la ilicitud de los motivos y por la falta de los requisitos (posibilidad, licitud y determinado o determinable) del objeto. Finalmente, hay nulidad del contrato en los demás casos establecidos por la ley.

En la Casación, Sección Tributaria, de 14 de noviembre de 2005, No. 22932 se declaró la nulidad de un contrato de constitución de usufructo de acciones por defecto de causa porque el usufructuario no obtenía ninguna ventaja económica. La Suprema Corte de Casación italiana determinó que el contrato contenía un irrazonable desequilibrio en detrimento del usufructuario que no obtenía ninguna ventaja económica, mientras que el nudo propietario obtenía una ventaja fiscal mediante la elusión del régimen fiscal determinado. Expresó que la existencia de la causa debe ser buscada en

⁹ FERRELL, Giovanni Battista, *Lavori-projet di riforma del Titolo Tre e Quarto del Libro Terzo del Code Civil*. En: *Europe e diritto privato*, 1/2006, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 43.

¹⁰ MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones y de la Prescripción en el Código Civil Francés*. Traducción de Ana María Caneido Paredo. En: *Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, No. 3, Año 2, Editora Jurídica Griley, Lima, 2007, p. 18.

¹¹ LEHMANN, Heinrich, *Rechtsgesetz*, Vol. 1, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. Navas, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1956, pp. 246-247; FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Colla, Cuarta edición, no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 409-474; ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Álvaro, actualizada por Eduardo Valenti Fiel, Tercera edición española a partir de la 39 edición alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Murero y María del Carmen Gasa-Aleixo, Volumen Segundo, Segunda Parte, Barcelona, 1981, pp. 603-632.

la equivalencia de las prestaciones o en la razón justificativa de cualquiera de ellas. Pensamos que en realidad la causa era la obtención de una ventaja económica a través de la elusión fiscal.

La Casación, Sección III, de 8 de mayo de 2006, No. 10490, es una de las sentencias más emblemáticas sobre el actual concepto de causa que se utiliza en la jurisprudencia italiana. Para la Suprema Corte de Casación italiana la causa es la síntesis de los intereses reales que el contrato mismo está dirigido a realizar en la dinámica contractual. La causa es la función individual del particular y específico contrato. En el caso particular se declaró la nulidad del contrato de consultoría a favor de una sociedad por el presupuesto que la actividad a la cual se obligaba el consultor ya era objeto de su actividad de administrador de la sociedad, con la consecuente ausencia de justificación concreta del contrato. La corte entendió que la causa del particular contrato era el intercambio de la actividad de consultoría y de la compensación económica. El defecto de la causa era que tal actividad ya era desarrollada en cumplimiento de sus deberes como administrador.

El concepto de causa que prevalece hoy en Italia es la noción de causa en concreto.¹¹ La causa entendida como razón del negocio o función económico individual perseguida por las partes a través del concreto reglamento de intereses, constituye un elemento esencial del contrato lógicamente inexcluíble.¹²

El Código Civil portugués de 1966 norma la condición ilícita en el numeral 1 del artículo 271. El negocio jurídico es nulo cuando está subordinado a una condición contraria a la ley o al orden público, u ofensivo de las buenas costumbres. Igualmente el negocio jurídico es nulo si está sujeto a una condición suspensiva que sea física o legalmente imposible según el numeral 2 del artículo 271. En esta misma norma se establece si el negocio jurídico está sujeto a una condición resolutoria imposible, se tiene la condición como no puesta.

En el Código Civil de Portugal existen otros supuestos de ilicitud y de imposibilidad. En el numeral 1 del artículo 280 se menciona que el negocio jurídico es nulo cuando el objeto es legalmente imposible o contrario a la ley. También en el numeral 2 del artículo 280 regula la nulidad del negocio jurídico cuando es contrario al orden público, u ofensivo de las buenas costumbres. Por último el negocio jurídico es nulo cuando el fin común a ambas partes del negocio jurídico es contrario a la ley o al orden público, u ofensivo de las buenas costumbres al amparo del artículo 281.

Es claro que el código portugués ha tenido una doble influencia. La alemana al seguir la definición del objeto del negocio jurídico como el contenido del negocio jurídico.¹³ Y la italiana al regular el fin común ilícito.¹⁴

Este panorama no es óptimo para proponer un desarrollo claro del concepto de causa del contrato. Es incomprensible diferenciar entre causa lícita en la obligación, causa del compromiso, ausencia de causa, causa falsa, causa irreal, motivo subjetivo ilícito y causa ilícita. El contenido ilícito del negocio jurídico es muy vago para aplicarlo a casos concretos.

También se hace difícil distinguir la causa ilícita, el contrato en fraude a la ley, los motivos ilícitos, el fin común ilícito, el objeto imposible, el objeto ilícito, la condición ilícita, la condición imposible, la nulidad del contrato por ser contrario a normas imperativas, la nulidad del contrato

¹¹ Para una descripción y adhesión de esta concepción: MORALES HERVIAS, Rómulo, *Estudios sobre teoría general del contrato*, Editora Jurídica Grieco, Lima, 2006, pp. 267-297.

¹² MANTELLO, Marco, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene Editore, Nápoles, 2003, p. 334.

¹³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, Tercera Edición, Edições Almedina, Coimbra, 2003, p. 417; OLIVEIRA ASCENÇÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. 3, *Ações e fatos jurídicos*, Segunda Edición, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 105; MOTA-PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, Cuarta Edición por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 553.

¹⁴ OLIVEIRA ASCENÇÃO DE, Op. Cit., p. 134; HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral de Direito Civil*, Edições Almedina, Coimbra, 2003, p. 525.

por la falta de alguno de los elementos del contrato y la nulidad del contrato en los demás casos establecidos por la ley.

Ante este panorama confuso es evidente que nuestra doctrina es esotérica, es decir, que es de difícil entendimiento.¹⁸

Comprensiblemente nuestra jurisprudencia sigue el mismo camino de desorientación.

En la Casación No. 2293-200-Lima de 01 de octubre de 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia señaló que el fin en el acto jurídico debe ser entendido como la causa final, es decir como el resultado que las partes aspiran a tener con el acto, el resultado perseguido por la voluntad consciente y deliberada (Sétimo Considerando). Este concepto confunde causa abstracta con causa en concreto como lo veremos más adelante.

En la Casación No. 1201-2002-Moquegua de 24 de octubre de 2003, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia indicó que la causa del contrato es el motivo común a las partes contratantes (Sexto Considerando). Aparentemente se adhiere a los modelos italiano y portugués.

En la Casación No. 939-2004-Lima de 19 de julio de 2005, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia definió a la finalidad o al fin lícito como la orientación que se da a la manifestación de la voluntad, esto es, que esta se dirija directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, los cuales deben ser lícitos y, por tanto, amparados por el ordenamiento jurídico (Segundo Considerando). Luego se expresó que la ilicitud del acto jurídico se va a producir cuando los efectos jurídicos generados por la manifestación de la voluntad no pueden recibir el amparo del derecho objetivo por contravenir al orden legal (Cuarto Considerando). Aquí no se dice nada de la causa, solo se menciona que la causa es la declaración de voluntad dirigida a la mutación de efectos jurídicos.

La causa es un sinécdoque¹⁹, es decir, es un tropo que designa un todo (género) con el nombre de una de sus partes (especie), o viceversa. Ello sucede con la definición de contrato. El Código Civil al definir el contrato en el artículo 135 I no menciona a la causa. Ello también sucede en los códigos civiles de Francia y de Italia. Solo se define al contrato como acuerdo como si ese elemento fuese el único. Además, la causa es un término que contiene un problema lingüístico porque contiene múltiples sentidos que pueden ser atribuidos al único término de causa, y una pluralidad de contenidos de cualquiera de ellos.²⁰ Por ejemplo muchos identifican erróneamente la causa del contrato con la causa de la obligación, con la causa de la atribución patrimonial, con la consideration y con la causa abstracta.

¹⁸ LEÓN BARANDIARAN, José, *Manual del acto jurídico*, Tercera edición aumentada y corregida, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964, p. 13 (objeto lícito y posible); LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El negocio jurídico*, Segunda edición, Librería Sotzum, 1987, pp. 62-63 (licitud y posibilidad jurídica del objeto), 66-77 (finalidad), 229-234 (condición lícita e imposible) y 396-401 (objeto jurídicamente imposible y finalidad lícita); TORRES YÁSCUEZ, Arbal, *Acto jurídico*, Segunda edición, Ilo-Ilo, Lima, 2001, pp. 221-237 (licitud del objeto), pp. 237-239 (posibilidad jurídica del objeto), pp. jurídica, Segunda edición, Ilo-Ilo, Lima, 2001, pp. 697-698 (imposibilidad jurídica del objeto e licitud del fin); 299-300 (causa lícita), 458-462 (definición lícita e imposible) y pp. 697-698 (imposibilidad jurídica del objeto e licitud del fin); VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Sexta edición, Gaceta jurídica, 2005, p. 122 (posibilidad jurídica del objeto), pp. 128-129 (fin o finalidad lícita), pp. 372-374 (condiciones imposibles) y pp. 499-494 (imposibilidad jurídica del objeto e licitud del fin). Se manifiesta que el fin lícito consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que esta, de la finalidad. Se manifiesta que el fin lícito consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que esta, de la finalidad. Se manifiesta que el fin lícito consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que esta, de la finalidad. Se manifiesta que el fin lícito consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que esta, de la finalidad.

¹⁹ ROLLI, Rita, *Il rilievo della causa del contratto lo causa concreta*, En: *Contratto e impresa*, No. 2, Ventitreesimo anno, Cedem, Padova, 2007, p. 424.

²⁰ ROLLI, Op. Cit., p. 426.

Además de la problemática del término *causa* existe una gran confusión entre imposibilidad jurídica e ilicitud.¹⁸

Para algunos la posibilidad y la licitud se aplican a la prestación. De ahí que la prestación debe tener un contenido patrimonial y el objeto de la prestación debe ser posible, lícito, determinado o determinable.¹⁹

Así, el objeto imposible se refiere a la imposibilidad originaria. Esta imposibilidad es objetiva y absoluta en el sentido que la prestación de ningún modo se puede realizar. No solo el contratante obligado a cumplir la obligación, sino ningún otro contratante puede ejecutar la prestación. La imposibilidad puede ser por causas físicas o técnicas. También existe imposibilidad si la prestación es obstaculizada por una norma. Por ejemplo, una ley reserva la actividad a la sociedad anónima y no a una sociedad de responsabilidad limitada. Por el contrario, el objeto del contrato es ilícito cuando la prestación en sí y por sí es socialmente dañosa o peligrosa. Por ello, el ordenamiento la desaprueba y la neutraliza, haciendo nulo el contrato. El objeto es ilícito cuando la prestación deducida del contrato está directamente prohibida por ella misma. Por ejemplo, una transferencia de un bien cuando está prohibida la circulación de la droga o una campaña difamatoria contra un tercero. Además el objeto es ilícito cuando la prestación, aunque no prohibida por ella misma, es directamente instrumental para un resultado prohibido. Por ejemplo, el contrato de obra para construir un edificio en una zona donde está prohibido edificar. Por el contrario, el objeto es jurídicamente imposible cuando no es la prestación instrumento del resultado prohibido por la ley, sino es el resultado prohibido el instrumento de la prestación. Por ejemplo, arrendar un bien futuro, consistente en un edificio por construir en zona que no se puede edificar. Otro ejemplo de imposibilidad jurídica se aplica cuando la prestación prometida necesita de una autorización administrativa y no la obtiene.²⁰

Por otro lado, para un sector de la doctrina es ilícita la causa cuando –aun cuando la prestación es lícita– cuando resulta de la deducción en el contrato, y más precisamente en aquel particular contrato. Por ejemplo, el contrato con el funcionario público que se obliga frente al privado a desarrollar su actividad a cambio de una compensación. Se desaprueba la razón del contrato que es intercambiar la prestación contra una compensación. Los acuerdos para regular situaciones y comportamientos de la esfera sexual, reproductiva, afectiva, familiar o parafamiliar, ideológica, acuerdos de convivencia, acuerdos sobre comportamientos personales con los cónyuges, acuerdos de procreación, acuerdos sobre elecciones políticas y religiosas, contratos por “subrogación de maternidad”, contrato en que una parte se compromete a contraer matrimonio con cierta persona o a no contraerlo, o a pedir o no pedir la separación del cónyuge.

Para otros la imposibilidad jurídica del objeto comprende la imposibilidad de las prestaciones que tiene por objeto patrimonios nacionales, y, en general, cosas fuera de comercio o actividades no susceptibles de valoración económica (patrimonialidad como requisito de la obligación). Y la ilicitud del objeto referido a la contrariedad a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.²¹

¹⁸ Por ejemplo, SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto* en *Trattato di Diritto Civile*, Dirigido por Rodolfo Sacco, Tomo Segundo, Tercera Edición, Utet, Turin, 2004, pp. 49-55 y 62-66.

¹⁹ Sobre la posibilidad e ilicitud de la prestación: MOSCATI, Enrico, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, *Appunti delle lezioni*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2007, pp. 46 y 73-76.

²⁰ Sobre el objeto imposible y el objeto ilícito: ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato*, Dirigido por Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè Editore, Milán, 2001, pp. 340-342 y 344-346.

²¹ FERRI, Luigi, *Lezioni sobre el contrato. Curso de derecho civil*, Traducción de Nalvar Carrozzaro Torres, Presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Lóysler L. Loón, Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982), Editora Jurídica Gröjny, Lima, 2004, pp. 216 y 218.

Otro sector considera que el juicio sobre la licitud-ilicitud se refiere a la causa del contrato. La imposibilidad jurídica del objeto sería una hipótesis de la ilicitud de la causa.²² Pensamos que esta última posición es la más clara. Nos explicaremos en los siguientes párrafos a la luz de nuestra normativa.

El Código Civil establece que el fin debe ser lícito (numeral 4 del artículo 219), el objeto lícito (primer párrafo del artículo 1403), el objeto posible jurídicamente (numeral 3 del artículo 219), la condición lícita (artículo 171) y la condición posible jurídicamente (segundo párrafo del artículo 171). Es importante resaltar que todos los requisitos se aplican a los elementos del contrato. Incluso cuando se habla de condición debe entenderse que se refiere al fin²³ o a la causa del contrato.

Pensamos que la licitud del fin debe ser entendida según lo normado en el artículo V del Título Preliminar. Entonces, el numeral 8 del artículo 219 es redundante porque el numeral 4 del artículo 219 regula la misma hipótesis. Lo ideal hubiese sido que esta última norma dijera que el fin es lícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres. De esta manera, serían innecesarios el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar. Ahora bien, tal como están las cosas actualmente, es inevitable que tanto el numeral 4 del artículo 219 como el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar, se refieren a lo mismo. Es decir, las tres normas se refieren a un mismo hecho jurídico hipotético el cual es que el fin es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres.

El primer párrafo del artículo 1403 regula la ilicitud del objeto sin indicar el efecto jurídico. Si se añade que el numeral 3 del 219 solo hace mención a los requisitos de la posibilidad física o jurídica; y de la determinación, es necesario evaluar qué implica la ilicitud del objeto. Considerando que el objeto es el medio para satisfacer la necesidad, es claro que el medio no puede ser lícito o ilícito. Lo adecuado es aplicar la ilicitud a la necesidad o al fin que las partes buscan realizar. Entonces, la ilicitud del objeto debe ser absorbida por la ilicitud del fin. En otras palabras, el fin ilícito es el hecho jurídico hipotético y el objeto ilícito hace referencia a ese mismo hecho. El efecto jurídico hipotético será la nulidad.

El artículo 1354 establece que el contrato no debe ser contrario a norma legal de carácter imperativo. Como quiera que el fin ilícito no incluye expresamente la violación de una norma imperativa al amparo del numeral 4 del artículo 219, del numeral 8 del artículo 219 y del artículo V del Título Preliminar; es menester preguntarse en qué supuesto un contrato viola una norma imperativa. Consideramos que la imposibilidad jurídica del objeto regula tal hipótesis según el texto expreso de la norma. Aunque en realidad, el objeto no es imposible, sino que el fin es imposible jurídicamente. Por eso, es lógico sostener que cuando la norma se refiere al objeto imposible jurídicamente, en realidad la mención es al fin imposible jurídicamente.

Para que no quede dudas de esta interpretación, el artículo 171 regula la condición ilícita y la condición jurídicamente imposible. Es claro que no es la condición la ilícita o no es la condición la imposible jurídicamente, sino que el fin es ilícito o el fin es imposible jurídicamente.

En todas las hipótesis de licitud del fin y de imposibilidad jurídica del fin, el efecto jurídico es la nulidad del contrato en el Código Civil.

III. LA DOCTRINA DE LA CONSIDERATION, LA CAUSA ABSTRACTA Y LA CAUSA EN CONCRETO

Últimamente se ha propuesto un concepto de causa compatible a una nueva concepción del contrato.

²² FERR, Giovanni Sordato, *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Luyser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, pp. 317-318.

²³ MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Op. Cit. p. 129. La causa es la "finalidad concreta perseguida por las partes en cada acto que celebran [...] A nuestro parecer, si la causa es la razón de ser del acto, nadie diría sin una razón, debemos entenderlo como la finalidad. El fin y la causa vienen a ser, así, conceptos equiparables en nuestro Código".

Dentro de esta novísima concepción, el contrato es como una tregua provisoria entre las partes en torno de puntos especificados de sus relaciones en conflicto, así el concepto de causa del contrato adquiere un nuevo contenido. Dentro de esta concepción antagónica de la relación contractual, la causa es entendida como un eje establecido por las partes, entre los compromisos de una y los de la otra, de modo que lo ofrecido determina la medida de lo requerido, en el sentido de su no-extensibilidad más allá del contenido explícito del contrato.²⁴

Dentro de esta concepción de causa, ella se presenta como el nexo que las partes establecen entre sus prestaciones, y que ella se mantiene objetiva, en cuanto intercambio y, por ello, factor gobernante o medida de lo que es debido, en cuanto razón del compromiso y también, por lo tanto, de las responsabilidades; ella se presenta como medida de la tregua, cuando esta se rompe y alguna de las partes trata de invocar más de lo que una u otra estarían dispuestas a conceder ahora; por ello es objetiva, pues se presenta como hecho de intercambio del cual una y otra parte dan, en otro momento, interpretaciones opuestas; por lo tanto, el juez debe razonar al respecto como si se encontrara frente a un hecho económico, frente a consideraciones jurídicas opuestas.²⁵ Así la causa como medida de la tregua alcanzada entre las partes, tiene carácter objetivo, representado por un hecho de intercambio, un hecho económico.²⁶

Pensamos que este concepto de causa se identifica con la *consideration*.²⁷ La causa se definiría como el elemento que justifica el sacrificio de uno y/o del otro contratante.²⁸

Uno de los aspectos más resaltantes de la *doctrine of consideration* es que expresa el principio según el cual la promesa se realiza por el promitente en relación de la contraprestación de la otra parte. La protección jurídica y el derecho de exigir la ejecución de la promesa presuponen que la promesa se haga a título de *quid pro quo*, es decir, a cambio de una contraprestación que el promitente tiene interés de recibir y cuya ejecución ha pedido al contratante.²⁹

Entonces, la *consideration* es un corresponsivo sacrificio. Tal sacrificio consiste generalmente en una contraprestación.³⁰

Este concepto que se utiliza en el *Common Law* no tiene una vinculación con el concepto de causa del contrato a pesar que históricamente la palabra *consideration* indicó las razones o los motivos para dar una promesa. Una promesa sin *consideration* no es vinculante (*binding*).³¹

Además el concepto de causa del contrato es un remedio precisamente esencial y flexible a diferencia de la *consideration* porque no obstaculiza la autonomía privada ni la libertad creativa de las partes, pero impide únicamente la programación de un negocio irracional.³²

La *consideration* es lo que los franceses denominan causa de la obligación.³³

²⁴ MONATERI, Pier-Giuseppe, Reformulando la teoría de contrato: Más allá una visión ontológica del contrato, En: *THEMIS*, Revista de Derecho, Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 49, 2004, pp. 40-42.

²⁵ MONATERI, Op. Cit., pp. 42-43.

²⁶ COSTANTINI, Cristina, La causa: *Qualificazione a livello degli accordi*, En: *Il nuovo contratto*, Opera diretta da Pier-Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Morella, Alessandro Somma y Cristina Costantini, Zanichelli Editore, Bologna, 2007, p. 207.

²⁷ Lo reconoce expresamente, MONATERI, Pier-Giuseppe, *Pensare il diritto civile*, Segunda Edición, Giappichelli Editore, Turin, 2006, p. 245: "La 'causa' puede ser solo medida contractual defendida por las mismas partes como corresponsivo de sus compromisos propios [precisamente no puede ser otra cosa que uno corresponsivo]".

²⁸ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto en Trattato di Diritto Civile*, Dirigido por Rodolfo Sacco, Tomo Primo, Tercera Edición, Utet, Turin, 2004, p. 792.

²⁹ KÖTZ y PATTI, Op. Cit., pp. 115-116.

³⁰ DIURNI y HENRICH, Op. Cit., p. 147.

³¹ ZIMMERMANN, Op. Cit., p. 506.

³² NAVARRETTA, Emanuela, *La causa e le prestazioni assite*, Guffrè Editore, Milan, 2000, p. 240.

³³ LARROUQUET, Op. Cit., p. 354. Para este autor hay ciertas semejanzas entre el concepto de *consideration* y el de causa de la obligación: por oposición a la causa del contrato, porque en los contratos a título oneroso, la causa de la obligación debe buscarse en la contraprestación o el precio de la promesa.

Otra cosa es la causa del contrato. Recién en los siglos XIV y XV los juristas estudian la causa como elemento del contrato.³⁴ Desde este punto de vista, ella impide la validez y eficacia del contrato si no es realizable el funcionamiento que justifica el acuerdo, enriquece la interpretación del acto de autonomía privada, simplifica la determinación de la licitud y ofrece una garantía mínima de seriedad del vínculo.³⁵

La causa del contrato desde la experiencia del derecho italiano seguramente puede proporcionarnos un instrumento unitario y al mismo tiempo dúctil y funcional para muchas aplicaciones y es más elástica en contraposición a la rigidez de la *consideration*.³⁶

Otra posición sostiene que siempre hay que analizar al contrato desde dos puntos de vistas causales. Se manifiesta que el contrato tiene dos causas, una abstracta y otra en concreto.

Se sostiene que la causa objetiva tiene que ver con la función del acto o con el tipo de acto. Esta concepción está más ligada al acto en sí más que a su autor. Es una causa final. La causa subjetiva tiene que ver con la motivación del autor en la práctica del acto, con el fin que pretende alcanzar con él. Es una causa impulsiva. Asimismo, se afirma que no tiene sentido escoger entre una concepción objetiva o subjetiva de la causa. Ambas tienen relevancia en el derecho. Objetivamente, la función que el acto o el negocio desempeña es importante para conferir su licitud, su compatibilidad con el ordenamiento jurídico, de su conformidad con el Derecho. También la función importante para la calificación del acto. Asimismo, la motivación y el fin que anima al autor en la práctica del acto o en la celebración del negocio tienen un rol principal en el plano del Derecho Civil. Se concluye que no hay propiamente dos causas, una objetiva y otra subjetiva, sino antes son dos perspectivas, ambas igualmente correctas y aceptables. A veces la causa es encarada subjetivamente y, otras, objetivamente. Se recomienda que no hay que proceder a escoger o una opción entre una perspectiva objetiva u otra subjetiva, en términos exclusivos.³⁷ Nótese que cuando se usan las denominaciones de causa objetiva y de causa subjetiva esencialmente se refiere a la causa abstracta y a la causa en concreto. Aunque las expresiones "objetiva" y "subjetiva" no son felices para explicar realmente el contenido de los conceptos de causa abstracta y de causa en concreto.

En resumen, las teorías sobre la causa —se arguye— se dividen entre la concepción que la considera como la función económico-social del contrato y por el contrario aquella que la considera como la función económico individual del acuerdo.³⁸ Particularmente la causa del contrato es propiamente esta funcionalidad del particular contrato a la racionalidad del mercado³⁹ o la función económico-social que indica la finalidad metajurídica fundamental y global, perseguida por el negocio, o el fin negocial típico.⁴⁰ También se ha expresado que la causa en concreto no es sino la realización de la causa en abstracto en la particular operación contractual.⁴¹

La causa abstracta no es la causa del contrato. Se ha fundamentado con mucha coherencia por ejemplo que una singular compraventa, siendo un contrato típico, puede ser ilícita. Decir que la causa abstracta es lícita mientras que la concreta no, tiene un aire de ser más que un inútil juego

³⁴ CALASSO, Francesco, *Il negozio jurídico. Lezioni di storia del diritto italiano*. Ristampa della seconda edizione, Guffrè Editore, 1967, pp. 287-288.

³⁵ NAVARRETTA, Emanuela, *Causa e gestione contrattuale a contratto: Prospettive di riforma*. En: *Rivista di diritto civile*, Año LI, No. 6, Noviembre-Diciembre, Cedem, Padua, 2006, p. 434.

³⁶ ROLLI, Op. Cit., pp. 435-436.

³⁷ RAS DE VASCONCELOS, Op. Cit., p. 622. Ya antes se propuso una concepción mixta de la causa: TABOADA CORDOVA, Lizardo, *La causa del negocio jurídico*, Editora y Distribuidora Jurídica Grifex, Lima, 1996, pp. 575-674.

³⁸ SIOCHERO, Gianluca, *Tramonto della causa del contratto*. En: *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Dirigida por Gianluca Sicchero, Cedem, Padua, 2005, p. II.

³⁹ SIOCHERO, Op. Cit., p. 32.

⁴⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Curso e tratado de teoria do negocio jurídico*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pp. 499 y 505.

⁴¹ ROLLI, Op. Cit., p. 451.

de palabras. La causa abstracta no existe; existe solo la causa del concreto negocio. En todo caso, la fórmula de la función económico social quizá podrá ser utilizada con referencia al fenómeno de los tipos contractuales; en el sentido que, cuando el legislador regula expresamente determinadas figuras contractuales, ello significa que reconoce a ellas un rol funcionalmente coherente con el sistema económico que él expresa y, por consiguiente, que ellas desarrollan una útil función económico-social.⁴¹ Estamos completamente de acuerdo con estas afirmaciones.

En efecto, la causa abstracta empobrece y hace inflexible la consideración del contrato y hace estéril la existencia de los elementos del contrato. De este modo, la causa en concreto es la razón que concretamente justifica el particular contrato en análisis. Lo concreto no significa subjetivo; lo concreto puede (y debe) entenderse en términos de objetividad.⁴²

Entonces, la causa es la razón o justificación jurídica del contrato en concreto o la razón de ser de la operación valorada en su individualidad o singularidad.

IV. CONCLUSIÓN

La mayoría de las ciencias se dividen en dos ramas: la ciencia pura y la ciencia aplicada. La ciencia pura no se ocupa de asuntos prácticos. Se desenvuelve a lo largo de la dimensión de la investigación teórica que busca datos y se compromete en recolectar evidencia. La ciencia aplicada se desarrolla, en cambio, a lo largo de la dimensión de la teoría y la práctica y, por consiguiente, como un conocimiento para ser aplicado y, de hecho, como un conocimiento verificado (o falseado) por su éxito (o fracaso) en su aplicación.⁴³

No hay duda que el derecho también es una ciencia. Quien duda de ello, entonces hay que proponer anular las autorizaciones de funcionamiento de las universidades y que cada cual lea las normas como mejor se acomode a sus vidas. Será innecesario crear facultades de derecho porque cada uno usando su sentido común y un poco de cultura podrá interpretar la ley y eventualmente aplicarla. La Academia de la Magistratura no tendría razón de ser. Pensar así es menospreciar al derecho. El derecho como actividad de conocimiento es un complejo de teorías que necesitan ser aplicadas a una realidad para solucionar problemas humanos. Para aplicar las soluciones se necesita conocer la teoría.

Por otro lado, menospreciar las definiciones está mal por tres razones. Primero, puesto que las definiciones señalan el significado buscado de las palabras, garantizan que no nos mal interpretemos uno al otro. Segundo, en nuestra investigación, las palabras son también nuestros contenedores de datos. Por consiguiente, si nuestros contenedores de datos están laxamente definidos, nuestras observaciones estarán mal recolectadas. Tercero, definir es, antes que nada, asignar límites, delimitar. Por ello, la definición establece qué debe ser incluido y, a la inversa, qué debe ser excluido de nuestras categorías.⁴⁴

La alternativa, o cuando menos, la alternativa es resistir a la cuantificación de la disciplina. En pocas palabras, pensar antes de contar; y, también, usar la lógica al pensar.⁴⁵

Estas palabras nos sirven para entender la importancia de definir con claridad a la causa del contrato. No hay que olvidar que ningún otro sistema jurídico ha alcanzado a expresar la cantidad de conceptos, teorías y reglas prácticas que ha producido el sistema jurídico italiano en sus 2400 años

⁴¹ FERRI, Giovanni Battista, *Trattato e novità nella disciplina delle cause del negozio giuridico (Dal Codice Civile 1865 al Codice Civile 1942)*. En: *La cronologia del diritto civile attuale*. Segg. CEDAM, Padua, 1994, pp. 311-312.

⁴² ROPPO, Op. Cit., p. 364.

⁴³ SARTORI, Giovanni, *Il fatto donde va la ciencia política? en Política y gobierno*, Vol. XI, No. 2, II, Semestre, 2004, p. 352.

⁴⁴ SARTORI, Op. Cit., p. 353.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 354.

de historia (si utilizamos como fecha de inicio las doce tablas). El derecho italiano se ha construido con el continuo desarrollo del pensamiento jurídico así como se manifiesta en las aulas de los tribunales, en los trabajos de la academia y en la vida de los negocios y de la empresa.⁴⁷ Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia italianas preponderantes hoy son un camino a seguir en materia de causa en concreto del contrato.

En la novela *El caballero inexistente* de Italo Calvino, Agliulfo (el protagonista, ni más ni menos, "inexistente"), ante la pregunta que, frente a su coraza vacía, le dirige Carlo Magno: "¿cómo harás para prestar servicio, si no te sentimos?", responde: "con la fuerza de voluntad (...) y con la fe en nuestra santa causa".⁴⁸ Pero, santidad de la causa a parte, si fuera posible preguntar a la causa cómo hace para estar presente incluso en los sistemas de códigos y de principios que no la prevén, su respuesta no podría referirse, ciertamente, y como la del caballero inexistente, a una propia "fuerza de voluntad". Por el contrario, la causa bien podría invocar "la fuerza de las cosas [cosas]", de las cuales (les choses) no puede ser, en modo alguno, eliminada; ni siquiera cuando sobre ella se ha hecho caer la capa (o la "conspiración") del silencio.⁴⁹

Tenemos la esperanza que en algún momento el silencio sobre la causa del contrato en el Perú desaparezca.

A las palabras antes dichas, es importante agregar que la negación de la existencia de la causa del contrato en un sistema jurídico como el *civil law* es como negar que los seres humanos actúen por razones racionales y razonables. Si el ordenamiento jurídico le interesa regular las declaraciones de voluntades, le debe interesar que ellas contengan una finalidad realizable y protegible.

Es pertinente recordar las sabias palabras del actual gran artífice de la causa en concreto:

*La "causa" representa el punto de encuentro, de confluencia de todos los problemas fundamentales de la teoría del negocio jurídico: del problema del interés a aquel de la tipicidad, a aquel de la naturaleza del mismo negocio jurídico, entendido como expresión de privada autonomía y, por eso, a aquel del mismo concepto de autonomía privada".*⁵⁰

Estamos convencidos que el concepto de causa del contrato es un signo distintivo del *Civil Law*. De esta manera, la doctrina civilística europea puede reivindicar un rol autónomo y no condicionado de influencias culturales norteamericanas y de exigencias de "globalización".⁵¹

Es cierto que la globalización comporta una ósmosis "mutua influencia" de las culturas dirigidas a armonizarse entre ellas. El método comparado debe basarse más en semejanzas que en diferencias. Más que comparación se trata de "complementariedad", se busca en el ordenamiento extranjero el principio, la regla, a veces el método que pueda ayudar a definir el nuevo problema.⁵²

Pero no obstante la ósmosis producida por el fluir del tiempo, el *common law* y el *civil law* constituyen planetas jurídicos asentados en fundamentos diversos, y portadores de mentalidades distintas: dos costumbres jurídicas que, si no opuestas, son ciertamente diferentes.⁵³

⁴⁷ LORDI, Antonio, *Non esiste principio di complementarietà tra sistemi giuridici*. In: *Contratto e impresa Europa*, 2, Anno undicesimo, Cedam, Padova, 2006, p. 698.

⁴⁸ CALVINO, Italo, *Il cavaliere inesistente*. Arnoldo Mondadori Editore, Milán, 1993, p. 6.

⁴⁹ FERRI, Giovanni Battista, *La "insolita" presenza de la causa del contratto*. En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova, Al cuidado de Freddy Escobar Rozo, Leyser L. León, Ramón Morales Henrí y Eric Palacios Martínez, Editora Jurídica Griley, Lima, 2004 (Traducción de Traducción de Carlos Zamudio Espinal, revisada por Ramón Morales Henrí y corregida por Leyser L. León), p. 383.

⁵⁰ FERRI, Giovanni Battista, *Casi e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Ristampa italiana, Guffrè, Milán, 1968, p. 362.

⁵¹ PATTI, Salvatore, *Diritto privato e codificazioni europee*. Seconda edizione, Guffrè Editore, Milán, 2007, p. 2.

⁵² LORDI, Op. Cit., pp. 717-718.

⁵³ GROSSO, Paolo, "Globalización, derecho, ciencia jurídica". Traducción de Leyser L. León. En: *Revista del Magister en Derecho Civil*, GROSSO, Paolo, "Globalización, derecho, ciencia jurídica". Traducción de Leyser L. León. En: *Revista del Magister en Derecho Civil*, Escuela de Graduados, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen 1-5, 2000-2001, Lima, 2005, p. 30.

En tal sentido, no es recomendable someterse ingenuamente al movimiento de la globalización. Por el contrario, hay que seguir otro movimiento denominado el de la "glocalización". La "glocalización" es un movimiento de signo opuesto a la globalización o a la internacionalización. Se trata que el jurista no debe recibir pasivamente los fenómenos sino debe analizarlos a fin de individualizar la regulación más adecuada.⁶⁴ La causa del contrato, desde nuestro punto de vista, es y debe ser nuestra carta cultural de presentación ante el mundo. Solo depende de nosotros.

⁶⁴ PWTI, Op. Cit., p. 351.