

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

supuesto de cesación de los efectos y permanencia del vínculo, -separación-, como para la disolución del propio vínculo, -divorcio-118.

Con la afirmación que acabamos de realizar no contradecemos lo expresado en el Capítulo I sobre el juego de la autonomía de la voluntad, donde exponíamos que la voluntad actuaba en la creación del vínculo y en la misma disolución.

En los supuestos denominados "separación consensual o negocial" y "divorcio por mutuo acuerdo" es requisito "sine qua non" la voluntad de las partes, como allí poníamos de relieve y, cuando el Convenio Regulador haya sido creado dentro del marco

118.-Opinión en contra, parece mantener RAMOS OREA, que partiendo de la naturaleza contractual del matrimonio, defiende la aplicabilidad de supuestos de resolución típicamente contractuales, tales como el mutuo disenso, alteración de las circunstancias básicas, el art.1.124 del Código civil, desaparición de la base del negocio, cláusula "rebus sic stantibus", teoría de la imprevisión de circunstancias sobrevenidas, frustración del fin del contrato y el agotamiento natural del contrato."Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro:distintos supuestos de resolución".en Revista de Derecho Notrial.Abril-Junio, 1.988.Págs.283 a 309.El autor argumenta el considerando de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza 10-Mayo-1.983 que señala:"...y como el matrimonio es para el derecho actual positivo simplemente un contrato, es evidente que si fue suficiente la voluntad de los contrayentes para el nacimiento del vínculo matrimonial, suficiente debe ser también el desestimiento bilateral para destruir ese vínculo, al que los contratantes dieron nacimiento.." Para fundamentar el desestimiento hemos hecho, en páginas anteriores, referencia a la exigencia de una sentencia y, a nuestro favor prima que se trata de una sentencia; de una resolución judicial que es la que determina los efectos, acogiendo la voluntad de los cónyuges, pero como hemos señalado, esa voluntad por sí misma no puede destruir el vínculo matrimonial con plena eficacia jurídica.

legal establecido, el juez, -entendemos que de forma necesaria-, deberá decretar la separación o el divorcio.

Sin embargo la exigencia de la resolución judicial, como un requisito sobrevenido a su voluntad, es lo que nos conduce a afirmar que el desetimiento es ineficaz, por sí sólo, ya que sin sentencia judicial jurídicamente no podemos hablar de separación o divorcio, salvando, en todo caso la denominada "separación de hecho".

CAPITULO III.-EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO

NO PATRIMONIAL.

3.1.-CUESTIONES PRELIMINARES.

En nuestro ordenamiento, no hay artículos específicos que, de forma global, regulen el negocio jurídico. No hay una normativa a la que genéricamente podamos remitirnos para estudiar la aplicabilidad de su estructura al Derecho de Familia.

Ello, nos obliga a hacer alusión a los preceptos contenidos en el Código civil relativos al contrato, considerado éste, como máximo exponente del negocio jurídico, pero sin olvidar que se trata de un "negocio jurídico patrimonial".

La falta de regulación del negocio jurídico en general, ha podido ser debida a la relativa novedad en nuestra doctrina, en cuanto a su concepto. Éste, se ha ido perfilando sobre el estudio de las diferentes figuras contractuales precisando en cada caso particular y logrando, de ese modo, extraer una teoría unitaria que fuese susceptible de plasmar principios generales.

En la exposición del capítulo anterior hemos resaltado la dificultad y, en algunos casos, la imposibilidad de adoptar los diferentes efectos y figuras pensadas y creadas para el negocio jurídico patrimonial, al negocio jurídico matrimonial.

puede argumentarse que estas divergencias, tienen su fundamento en las características propias que delimitan el área del derecho de familia y, en particular del matrimonio.

A éste se le ha otorgado naturaleza jurídica de contrato, pero poniendo de relieve en todo momento, su diferente regulación y, salvando la discusión en muchas ocasiones, con la denominación de "contrato sui generis".

Con esta afirmación se ha evitado entrar, a nuestro juicio, en lo que verdaderamente puede darnos luz sobre el tema de la naturaleza jurídica del matrimonio. Y ésta no es otra, que el estudio en cuestión de los elementos que configuran el contrato.

La denominación de contrato al matrimonio, ha venido impuesta por el ordenamiento canónico y por el ordenamiento jurídico francés, aunque las razones de una y otra para tal calificación no tienen nada de común entre sí.

La doctrina canónica fué la primera en calificar al matrimonio de contrato, por la existencia de un único y exclusivo elemento jurídico: el consentimiento de los contrayentes y, ha atribuido al objeto y a la causa, (los otros dos elementos imprescindibles para la existencia del contrato), nociones que nada tienen que ver con las conceptuadas en nuestro ordenamiento

jurídico, como iremos comprobando en el desarrollo de este capítulo.

Por su parte, el ordenamiento jurídico francés, ya calificó al matrimonio de contrato en la Constitución de 1.791 (título 2º, artículo 7º) siguiendo, el posterior desarrollo legislativo y doctrinal basado en esta premisa¹¹⁹.

Con respecto a este último ordenamiento, es imprescindible destacar que fueron razones políticas y, no de orden jurídico, las que condujeron a tal afirmación. En ese momento histórico, (el de la promulgación de la Constitución), existía una finalidad básica y primordial que era conseguir la competencia exclusiva del Estado en materia matrimonial, atribuida hasta ese momento a la Iglesia; se perseguía, en definitiva, la primacía del Estado frente al poder eclesiástico.

Nosotros defendemos las prerrogativas del Estado y entendemos que es el primer legitimado para regular, en sus diversos aspectos, el Derecho de Familia; pero entendemos que ello no implica necesariamente compartir la naturaleza contractual que se ha querido otorgar al matrimonio. Y en esta

119.-Como señala SALVADOR CODERCH, el art.146 del Code francés de 1.804 da lugar al inicio de la concepción moderna del matrimonio como contrato exclusivamente.Comentario del Código Civil.Tomo I,Ministerio de Justicia.Madrid, 1.991.(comentario al art.45).Pág.264.

línea de argumentación compartimos la crítica de BONNECASE cuando afirma: "Los grandes comentadores del Código de Napoleón, para quienes los textos eran los verdaderos elementos de la ciencia del Derecho civil, debieron haber sido los primeros en no perder de vista los textos citados, al determinar la naturaleza del matrimonio. Pero no fue así: veremos que admitieron la noción del matrimonio-contrato, aunque es verdad que con alguna indecisión. Sin embargo nada autoriza esta concepción, en la reglamentación del contrato. Aún en el dominio del Código civil, la noción de contrato y la de matrimonio son opuestas entre sí: son absolutamente incompatibles. Solamente un análisis superficial puede hacer creer lo contrario."120.

3.2.-APLICACION ESTRICTA DE LOS ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO PATRIMONIAL AL MATRIMONIO.

Apuntábamos, según nuestra consideración, el camino correcto para llegar a dilucidar la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio y éste, no es otro que la aplicación estricta de los elementos básicos del contrato contenidos en el art.1.261 del C.c.

120.-BONNECASE, Julien.-La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Traducción de José Ma Cajica. Editorial José Ma Cajica. Puebla, México D.F., 1.945. Pág. 174 y ss.

Ya hemos puesto de relieve en páginas anteriores, la necesidad y exigencia del consentimiento de las partes, para que nazca el vínculo matrimonial (Cfr.art.45-1º y 73-1º C.c.).

Este sería el único elemento común entre el contrato y el matrimonio. Por ser el consentimiento objeto del presente estudio, y dedicarle capítulos posteriores, en éste, nos centraremos en los otros dos elementos o requisitos imprescindibles: el objeto y la causa.

Sin entrar en consideraciones jurídicas, y partiendo de una acepción vulgar, no dignifica mucho al matrimonio el calificativo de contrato, porque la mayoría de personas poseen una noción del mismo encaminada a un intercambio de prestaciones susceptibles de valoración económica. Y ello, sin duda, va en contra de ideas éticas y morales que incuestionablemente encierra el concepto de matrimonio y que han sido resaltados en las diferentes nociones que se han dado¹²¹.

121.-Para resaltar la evolución, que la concepción del matrimonio ha sufrido cabe recordar la definición dada por FEBRERO: "*Sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudándose a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte*". tomo II. Barcelona, 1.849. Pág.25, Y llegar a la noción de matrimonio, que parte de nuestro texto constitucional: "*Matrimonio es la unión de personas capaces (capacidad) de distinto sexo (hombre y mujer), no incursos en un supuesto de prohibición (edad y capacidad) celebrado conforme a unas determinadas formalidades (forma) que da lugar a una relación jurídica (derechos y deberes)*". IBAN, Ivan.- "El matrimonio en la

3.3.-EL OBJETO EN LA RELACIÓN JURÍDICA MATRIMONIAL.

3.3.1.-EL OBJETO COMO ELEMENTO DEL CONTRATO.

Los artículos 1.271, 1.272 y 1.273 respectivamente, regulan el objeto del contrato en nuestro Código civil. De la lectura de los mismos se entresacan las características que éste debe revestir, -licitud, posibilidad y determinación-, así como el amplio concepto que acoge nuestro cuerpo legal al referirse no única y exclusivamente a cosas, en sentido jurídico, sino también a los posibles servicios que las partes contratantes hayan pactado, cumpliendo la exigencia de no ser contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (Cfr.art.1.271 in fine C.c.).

No cabe hablar evidentemente de "cosa" como objeto del matrimonio, porque éste carece de una realidad exterior concreta. No existe nada, fuera de las personas de los propios cónyuges, sobre los que éstos puedan hacer recaer su consentimiento.

En relación a los "servicios" que pudieran prestarse y, siguiendo en el contexto del Código civil relativo a contratos, deberán estar presididos,

Constitución".Revista de Derecho Privado.Febrero, 1.980. Pág.145. Para una mayor visión del concepto de matrimonio y sin pretender ser exhaustivos, Vid. anexo 1 al presente capítulo.

en todo momento, por una valoración económica y un interés determinado para las partes.

No resulta difícil afirmar, que en el matrimonio, los cónyuges no se ofrecen "servicios" susceptibles de valoración económica. Sí puede hablarse de actitudes o comportamientos exigidos por la ley relativos al cumplimiento de los derechos y deberes que integran la relación jurídica matrimonial, pero sin que en ningún caso, puedan entenderse como "servicios".

En líneas anteriores hemos señalado la dificultad de integrar en esta relación jurídica, las diferentes prestaciones que pueden ser objeto de la obligación y concluíamos, en nuestra exposición, que a nuestro juicio, el matrimonio no es productor de obligaciones en sentido estricto¹²².

El vínculo que surge en virtud del matrimonio, no obliga a las partes a dar, hacer o no hacer alguna cosa. La composición de ese vínculo es todo el elenco de derechos-deberes previstos por la ley, (Cfr. arts. 67 y 68 C.c.) y no de obligaciones, como de una primera lectura pudiera deducirse del propio Código.

En conclusión, puede afirmarse que el matrimonio no tiene objeto, (cosas y servicios), según la

¹²².-Vid. II epígrafe 2.2.

concepción de nuestro cuerpo legal¹²³ y, en consecuencia, difícilmente podrá argumentarse que el matrimonio tiene naturaleza contractual, cuando carece de uno de los elementos esenciales que exige el art.1.261 del C.c. para la existencia del contrato.

3.3.2.-EL OBJETO COMO ELEMENTO DEL NEGOCIO JURÍDICO.

El objeto, en calidad de elemento del negocio jurídico, es referido a aquellos intereses que dependiendo de la organización social, consientan ser regulados directamente por las personas interesadas en sus relaciones recíprocas¹²⁴.

Bajo este concepto, sin lugar a dudas, es precisamente en el matrimonio, donde estos intereses -los personales-, están taxativamente marcados por el legislador y se sustraen a la regulación que los contrayentes pudieran realizar al respecto.

Salvando, en todo caso, de la afirmación anterior los intereses patrimoniales; éstos serían los únicos susceptibles de regulación voluntaria y, en su defecto, legal. Sin embargo, estos intereses y efectos matrimoniales no pueden considerarse objeto

123.-En igual sentido, afirmando que el matrimonio no tiene objeto. GETE, ALONSO.-Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Op.cit. Pág. 373.

124.-BETTI, E.-Teoría general. Op.cit. Pág. 68.

propio y específico del matrimonio sino tan sólo una consecuencia y un efecto jurídico necesario.

Es indispensable hacer referencia al sector doctrinal que ha estudiado, en profundidad, el tema del posible objeto del matrimonio y, que ha aportado matizaciones muy precisas.

El profesor DÍEZ PICAZO ¹²⁵, alude en calidad de objeto del negocio familiar a :

1.-El status familiar como cualidad de la persona.

2.-La vida en común de sus miembros.

3.-Los bienes que constituyen el patrimonio de los sujetos.

Atendiendo , dentro del negocio jurídico familiar, estrictamente al matrimonio pueden establecerse, a nuestro juicio, las siguientes consideraciones: el status familiar como modalidad de la persona, cabe referirlo al estado civil de casado. Éste, se adquiere de forma automática y por imperativo legal. El ostentar dicho status, es un efecto o consecuencia inmediata del nacimiento del vínculo, no susceptible de regulación, ya que el

125.-DÍEZ PICAZO, L.-El Negocio Jurídico del Derecho de Familia. Op.cit. Pág.44.

ordenamiento actua con total independencia de la voluntad de las partes.

Puede plantearse el supuesto que la motivación subjetiva de las partes, -o de una de ellas-, sea el conseguir ese determinado status familiar, como un hipotético objeto de sus relaciones. En tal caso, si los cónyuges ejercen los derechos y deberes inherentes al matrimonio, es decir asumen el contenido del vínculo matrimonial, para el ordenamiento jurídico carece de trascendencia las motivaciones subjetivas que les han llevado a concluir el matrimonio. Y el caso planteado, no tendría ningún efecto distinto del resto de matrimonios.

Si por el contrario, lo que se ha pretendido con la celebración del matrimonio ha sido única y exclusivamente, tener frente a terceros ese determinado status sin asumir el contenido en su integridad, estaríamos en presencia de una declaración ausente de consentimiento matrimonial que muy bien pudiera calificarse de simulada, si ha existido acuerdo con la otra parte o, de declaración bajo reserva mental, en caso de no existir el mencionado acuerdo simulatorio.

La vida en común de los miembros, -segundo de los objetos señalados para el negocio familiar-, alude a la vida en común de los futuros cónyuges. Y

esta, viene exigida por el propio vínculo matrimonial al constituir un deber jurídico impuesto por el legislador (el deber jurídico de la convivencia Cfr.art.68 C.c.).

En referencia a los bienes que constituyen el patrimonio de los sujetos, nos remitimos a lo expuesto en páginas anteriores respecto a las relaciones patrimoniales, donde afirmábamos que no pueden considerarse objeto propio del matrimonio.

La doctrina también ha señalado en calidad de objeto del negocio jurídico matrimonial, el "bien amado"¹²⁶ entendiendo éste como la persona del otro cónyuge y el "consorcio de vida conyugal"¹²⁷.

126.-VILADRICH, P.J.-Agonía del Matrimonio Legal..Una introducción a los Elementos Conceptuales Básicos del Matrimonio. Universidad de Navarra, Pamplona, 1.984. Pág.70. LÓPEZ ALARCON.-El Nuevo sistema... Op.cit. Pág.75.

127.-SANTOS DIEZ, J.L.-"La incapacidad psíquica en el consentimiento matrimonial" en El Consentimiento Matrimonial hoy. Ed. Bosch. Barcelona, 1.976. Pág.19. LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA.-Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia. Vol.IV. Ed. Bosch, 1.984. Pág.132, entienden que el matrimonio sí tiene objeto y éste viene marcado por la ley. FINOCCHIARO lo delimita en el "amor entre dos personas de sexo diferente, que se expresa por un comportamiento externo y susceptible de valoración jurídica". El autor entiende que las partes persiguen una finalidad común, que no es otra que la creación del consorcio total de vida, otorgándole, como objeto global que se dirige al consentimiento de las partes, las características de posible, lícito y determinado por la ley. Por la concepción social, concreta el objeto en "...L'acquisto del diritto a compiere sul futuro coniuge tutti gli atti occorrenti per l'accoppiament e, reciprocamente, l'attribuzione di tale diritto sopra se stesso al l'altro contraente"(sic)."Argumenta, asimismo, que en el supuesto de la "impotencia coeundi", falta la posibilidad de realizar en concreto el consorcio total de vida y por ello, falta el objeto propio del negocio. En Enciclopedia del Diritto... .Voz:"Matrimonio(Diritto

Ninguno de los contrayentes, puede a nuestro juicio considerarse jurídicamente objeto del matrimonio. El consorcio de vida conyugal o comunidad de vida, es en el matrimonio una aspiración de los cónyuges, algo etéreo que escapa de la estructura jurídica.

En el Código civil, no hay ningún artículo que consagre esta comunidad de vida, a diferencia del Código francés, que en virtud de Ley 4 de junio de 1.970, dió nuevo contenido al apartado 1º del art.215 en los siguientes términos¹²⁸:

"...Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie".

El mencionado artículo no contempla los derechos y deberes de los cónyuges, por que éstos vienen expresados en el art.212 del Código:

Civile)"Pág.16 a 19 y 76.El mismo autor en "Appunti sulla Simulazione nel matrimonio civile" en Diritto di Famiglia.Mila Dott,A.Giuffrè Editore, 1.982.Pág.148 afirma de nuevo que la relación de amor entre las partes es el objeto del matrimonio.Deseamos señalar al respecto y, en contra de la argumentación dada por el autor, que en nuestro ordenamiento ningún artículo exige la consumación del matrimonio para realizar el denominado "consorcio de vida" y, tampoco de forma automática, la impotencia coeundi conducirá a la invalidez del matrimonio, por falta de objeto. En todo caso, podría solicitarse la nulidad cuando el cónyuge no conociera con anterioridad al matrimonio la impotencia por engaño del que la sufre. Sería éste el único supuesto con fundamento en el párrafo 4º del art.73 del C.c., ya que se habría producido un error en las cualidades personales, que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.

128.-En el mismo sentido:el Código civil alemán.Art.1.353:"Los cónyuges están obligados recíprocamente a la Comunidad matrimonial de vida.(ehelichen Lebensgemeinschaft)."

"...Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance."

Puede suponerse, de la lectura de los dos artículos anteriormente citados, que la comunidad de vida es una noción ajena a la de la fidelidad y socorro mutuo. Realmente así es, porque en el art.212 en ningún momento se menciona el derecho/deber de convivencia que tienen los cónyuges y es efectivamente esta convivencia lo que consagra el art.215 al hablar de comunidad de vida. En apoyo de esta interpretación se suscribe el párrafo segundo de la misma norma, redactado por Ley 11 de julio de 1.975 al tratar de la residencia o domicilio de la familia:

"La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord".

La comunidad de vida, esta basada o referida a la convivencia como hemos indicado con respecto al Código civil francés. Es innecesario por ello, que en nuestra legislación se haga referencia a tal comunidad, ya que la convivencia viene exigida en el art.68 del Código civil. En sí misma, es ya un deber jurídico y no un objeto del matrimonio. Recopilando las diferentes posturas doctrinales y matizaciones que hemos realizado, nuestra postura es propugnar la carencia de objeto como elemento del negocio dentro del matrimonio.

3.4.-LA CAUSA EN LA RELACIÓN JURÍDICA

MATRIMONIAL.

3.4.1.-PLANTEAMIENTO.

La causa ha sido, y continua siendo, uno de los elementos del negocio jurídico sobre el que se ha vertido mayor número de hipótesis y razonamientos, sin que se haya logrado una definición de carácter unánime.

Puede afirmarse también, que es uno de los puntos más oscuros en el estudio del Derecho civil como elemento del contrato¹²⁹ y, que han sido escasos los autores que han entrado en su análisis con respecto al matrimonio.

No pretendemos, en ningún caso, hacer un análisis exhaustivo de la causa, ni adentrarnos en una visión histórica y doctrinal.

Nuestro planteamiento está centrado en un interrogante muy concreto: ¿Puede hablarse de "causa" en el matrimonio?. Para hallar la respuesta a esta cuestión, creemos oportuno, partir de una premisa previa, a fin de reseñar brevemente la causa en el negocio jurídico, ya que el matrimonio está inmerso en esta naturaleza; la negocial.

129.-En este sentido DIEZ PICAZO-PONCE DE LEON, L.-"El Concepto de Causa en el Negocio Jurídico" en Anuario de Derecho Civil. Enero-Marzo, 1.963. Tomo XVII. Fascículo I. Pág. 3 a 32.

Prescindimos, por su evidencia, de referencias a la causa en el contrato, no sin recordar como pone de relieve el profesor DE CASTRO que: "la doctrina de la causa del negocio se ha construido tomando como base y ejemplo la causa del contrato"¹³⁰. Es incuestionable que no podemos plantearnos, en el matrimonio, si es susceptible de acogerse a algunos de los criterios diferenciadores ofrecidos en el art.1.274 del C.c.131, referidos todos ellos, en principio, a causa de la atribución patrimonial y, cumpliendo ésta, una función justificadora de esa atribución patrimonial¹³².

Desde la perspectiva de la causa en el negocio jurídico, postura no pacífica en nuestra doctrina en cuanto a su admisibilidad¹³³, podemos señalar alguna de las opiniones doctrinales que se han propugnado.

130.-DE CASTRO Y BRAVO, F.-El Negocio Jurídico. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1.971. Pág.185.

131.-Norma que ha sido ampliamente criticada por DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON. L.-El Concepto de Causa.....Op.cit. Pág.18.

132.-En este sentido DE CASTRO Y BRAVO, F.-El Negocio Jurídico..Op.cit. Pág.185, define la causa como el resultado social que con el negocio se haya propuesto conseguir. Pág. 56 y 289. Siguiendo en la misma línea ROCA SASTRE, R.M.-Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y Contratos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.984. Pág.52 .CASTAN TOBEÑAS, J.-Derecho Civil Español. Tomo I. Vol. 2º. 12ª Edición. Ed. Reus. Madrid, 1.976. Pág.672. Ha sido este autor, uno de los defensores de la inexistencia de causa en el matrimonio, por referirlo única y exclusivamente, en virtud del art.1.274, a los negocios típicos de atribución patrimonial.

133.-ZUMALACARREGUI, T.-Causa y Abstracción Causal en el Derecho Civil Español. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1.977. Pág.72 y ss. Afirma que no es lícito identificar la causa ni con

Así, BETTI ¹³⁴ identifica la causa con la función del negocio, en el por qué del negocio, destacando asimismo, el aspecto subjetivo que se centrará en la intención práctica a la que se dirige específicamente la voluntad de las partes. Con ello, se dará cabida a determinados móviles o motivos que lógicamente serán distintos en cada caso y que se centrarán en los fines psicológicos, individuales o puramente personales.

el objeto ni con los motivos personales, ni con el consentimiento, idea que parece latir de forma inequívoca en la redacción del art.1.262 del C.c., exponiendo a continuación las diverss posturas doctrinales en razón de la figura jurídica de la que es integrante la causa. Así, como elemento de las obligaciones nacidas de contrato (BONET, SANCHO REBULLIDA, ALBALADEJO), elemento del propio contrato (ALONSO, DUALDE), elemento del negocio jurídico de atribución patrimonial (ROCA SASTRE, GULLON, SANCHEZ BLANCO), elemento del negocio jurídico independientemente de la naturaleza que tenga (CARIOTA FERRARA, DIEZ PICAZO) y, con ciertas reservas (CASTRO, MARTIN BALLESTEROS y PUIG PEÑA).

134.-BETTI, E.-El Negocio Jurídico. Op.cit. Pág.132 y ss. La identificación de la causa y función del negocio, es criticada por DIEZ PICAZO en El Concepto de Causa... Op.cit. El autor afirma que la idea de función del negocio respondería a la razón que justifica la tutela jurídica de ese negocio, y así sería protegido por ser una causa idónea para alcanzar una serie de finalidades prácticas empíricas que son serias y merecen la tutela del ordenamiento. Junto a la función social situa el elemento causa, en sentido estricto, que responderá al interrogante de por qué se realiza un negocio jurídico buscando la causa eficiente o determinante del mismo. Distinguen, para ello, entre los negocios que denomina "ejecutivos" y los "iniciales", los negocios "ejecutivos" seran aquellos que tienen su causa en negocios anteriores y presuponen siempre una situación anterior o antecedente. Los negocios "iniciales" serán, por el contrario, aquellos que abren las relaciones entre las partes y para los cuales la causa se centraría en "el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trate de obtener, o si se quiere en la representación mental por la que las partes se han dejado guiar al concluir su negocio". Pág.30 a 32.