

LA DOCTRINA DE LA “CONSIDERATION” EN
BLACKSTONE Y SUS RELACIONES CON LA
“CAUSA” EN EL “IUS COMMUNE”*

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Miembro Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina de la *consideration* es frecuentemente juzgada como una de las figuras singulares más características del derecho de contratos del¹ *common law*. Suele comparársela con la doctrina de la *causa* del *civil law* (por lo general bajo la versión que adquirió a partir del *Code Civil* de 1804, como *cause*)². Y aun cuando se verifique que ambas cumplen funciones similares

* Este trabajo se publicará también en un homenaje al profesor Giuseppe Gandolfi que prepara la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía).

¹ Según FASSÒ, Guido, *Il sesso della common law* (1967), en EL MISMO, *Scritti di filosofia del diritto* (Milano, Giuffrè, 1982), II, pp. 911 ss., debe decirse “la *common law*” y no “il *common law*”, con buenos argumentos, válidos incluso para el castellano. Pero me parece que en castellano usamos decir “el *common law*”, en masculino, y no “la *common law*”, en femenino. Ahora bien, como en materia lingüística, el *communis usus loquendi* es el árbitro supremo del decir –lo que Fassó se manifiesta dispuesto a aceptar–, me atengo a ese árbitro.

² Al respecto: BUCKLAND, W. W. - McNAIR, Arnold, *Derecho romano y common law* (1936, trad. cast. Madrid, U. Complutense, s. d. [1994]), pp. 213 ss., 219 ss.; WALTON, J. P., *Cause and Consideration dans le droit anglais des obligations*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* (1919), pp. 469 ss.; LORENZEN, *Cause and Consideration in the Law of Contract*, en *Yale Law Journal* 28 (1918 - 1919), pp. 621 ss.; NEWMAN, Harold, *The Doctrine of Consideration in the Civil Law*, en *The Canadian Bar Review* 30 (1952), pp. 662 ss.; GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico* (1955, trad. cast., Barcelona, Bosh, 1959), I, pp. 373 ss.; VON MEHREN, *Civil Law Analogues to Consideration: an Exercise in Comparative Law*, en

en uno y otro derecho, a veces se concluye en que tienen estructuras tan disímiles, que no hay manera de conciliarlas y, menos aun, de reducirlas a unidad conceptual³. Esta suerte de antagonismo tradicional secular entre la *consideration* y la *cause*, empero, ha terminado por acabar con ambas. Como se sabe, en los diversos proyectos de derecho europeo unificado de contratos, en los que expresamente va impreso el designio de fundir el *common law* y el *civil law*, la incompatibilidad de la *consideration* y la *cause*, proclamada con tanta reiteración, ha obrado como una suerte de prejuicio bloqueador de cualquier eventual intento de buscar la posible unidad de ambas. En tales circunstancias, se ha optado por suprimir a las dos. Así, ni los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* de Unidroit (1994)⁴, ni *The Principles of European Contract Law* (llamado Proyecto Lando, versión de 1998)⁵, ni el libro I del proyecto de *Code européen des contrats* (2001) de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)⁶, en efecto, mencionan nada parecido a la *consideration* o a la *cause* en sus articulados, como exigen-

Harvard Law Review 72 (1959), pp. 1.009 ss.; DAVID, René, *Causa et Consideration*, en *Mélanges offerts à Jacques Maury* (Paris, Dalloz & Sirey, s. d. [1960]), pp. 111 ss.; MARKESINIS, B. S., *Cause and Consideration. A Study in Paralell*, en *Cambridge Law Journal* 37 (1978) 1, pp. 53 ss.; CRISCUOLI, Giovanni, '*Causa*' e '*Consideration*', o della loro incomunicabilità, en ALPA, Guido - BESSONE, Mario (a cura di), *Causa e Consideration* (Padova, Cedam, 1984), p. IX ss.; FRANCESCHELLI, Remo, '*Causa*' e '*Consideration*' nel diritto privato italiano e anglosassone, *Ibid.*, pp. 85 ss.; GORLA, Gino, *Causa, Consideration e forma nell'atto d'alienazione inter vivos*, *ibid.*, pp. 121 ss.; LARROUMET Christian, *Detrimental Reliance and Promissory Estoppel as the Cause of Contract in Louisiana and Comparative Law*, en *Tulane Law Review* 60 (1986) 6, pp. 1.212 - 1.220. En Chile tenemos: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Causa y 'consideration' en los contratos*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 78 (Santiago, 1981) 2, pp. 71 ss.

³ Así, por ejemplo: CRISCUOLI, Giovanni, '*Causa*' e '*Consideration*', o della loro incomunicabilità, en ALPA, Guido - BESSONE, Mario (a cura di), *Causa e Consideration* (Padova, Cedam, 1984), p. XIII: "La tesi che la *consideration* sia un analogon della 'causa' del contratto continentale o, addirittura, che vi sia immedesimazione tra i due concetti va respinta en el modo più radicale".

⁴ El artículo 3.2 de los Principios de Unidroit dice: "*Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido, por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito*" (ed. cast., Roma, 1995). El comentario oficial de Unidroit a este artículo hace hincapié en que él hace innecesarias tanto la *consideration* cuanto la causa (p. 69).

⁵ El artículo 2.101 de *The Principles of European Contract Law* expresa: "*Conditions for the Conclusion of a Contract*": (1) *A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound; and (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.* (2) *A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses*".

⁶ El artículo 5.3 del proyecto de *Code européen des contrats* manifiesta: "*Les éléments essentiels du contrat sont: a) l'accord des parties; b) le contenu*".

cia general o especial del contrato. Coetáneamente, en algunos países cuyos antiguos códigos habían recibido la noción de causa por influencia del *Code Civil*, al ser aquellos sustituidos por un nuevo cuerpo legal, simplemente la suprimieron, como, en el ámbito europeo, ocurrió en el libro III del nuevo código de Holanda puesto en vigencia en 1992⁷. En el área americana, el requisito de la causa había sido eliminado en el segundo (1936) y tercer (1984)⁸ códigos del Perú, mientras que el primero (1852) la había aceptado plenamente; y en sentido semejante obró el nuevo código de Québec (1991). En compensación, el *Contract Code* (1993), un proyecto de derecho contractual de *common law*, elaborado por el jurista escocés Harvey McGregor en seguimiento de un encargo oficial de la "Law Commission" del Parlamento inglés, también desconoce la tradicional *consideration* como elemento de los contratos.

Aunque suene, pues, como a *requiem*, destinaremos el presente trabajo al estudio de la *consideration* en la doctrina del célebre jurista inglés Sir William Blackstone (1723 - 1780), tal cual la expuso en su obra *Commentaries on the Laws of England* (editada por vez primera entre 1765 y 1769). Espero mostrar aquí cómo Blackstone explicó la *consideration* a partir, en realidad, de lo que se entendía por *causa* en el *ius commune* de los siglos XVII y XVIII. De acuerdo con ello, en ese autor al menos, y por ende antes del *Code Civil*, no había gran diferencia entre ambas figuras.

Deseo insistir en que este estudio se concentra en la *consideration* según Blackstone; no, pues, en la *consideration* en sí misma. Lo hago para prevenir la objeción de que acaso las explicaciones de ese autor hayan sido muy personales suyas, y de que no se adaptaron a lo que históricamente fue la *consideration* antes de Blackstone, ni de que con posterioridad haya sido entendida en la misma manera en que él la concibió. Lamentablemente, no estoy en grado de juzgar ni aquello ni esto, porque no soy competente en la historia del *common law*⁹. Yo, pues, respondo por Blackstone. En lo que a él atañe, no me cabe duda que su doctrina de la *consideration*, como he adelantado, obedece al diseño de la *causa* del *ius commune* de los siglos que señalé. Dejo a los especialistas determinar si este autor traicionó o no a la concepción anterior de la *consideration*, y si la doctrina blackstoniana fue adoptada o no por los tribunales y los autores ingleses en la época sucesiva a la muerte del autor.

⁷ El artículo 40 del libro III se limita a declarar nulo el negocio jurídico que por su contenido o por su alcance es contrario a las buenas costumbres o al orden público.

⁸ Su artículo 140 N° 3 exige un fin lícito para la validez del acto jurídico.

⁹ Acerca de la historia de la *consideration*: BAKER, J. H., *Origins of the 'Doctrine' of Consideration, 1535 - 1585*, en MORRIS, Arnold (ed.), *On the Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne* (1981), pp. 336 ss., con amplia literatura en nota 1.

Me ha parecido que este trabajo de comparación histórico-jurídica constituye un oportuno homenaje al profesor Giuseppe Gandolfi, quien tanto ha contribuido a la unificación del derecho privado europeo como inspirador e impulsor de los trabajos a ella pertinentes de la Academia de Iusprivatistas Europeos.

II. LA NOCIÓN DE CONTRATO SEGÚN BLACKSTONE

1. Hacia la época de Blackstone, en el *ius commune*, el contrato era usualmente definido como: “una convención que tiene nombre por derecho civil, o causa” (“*conventio nomen habens a jure civili, vel causam*”)¹⁰.

Así lo vemos, desde luego, en el *Traité des obligations* de Robert-Joseph Pothier (1699 - 1772), aparecido en 1761, o sea, unos cuatro años antes que Blackstone iniciara la edición de sus *Commentaries* en 1765. Ahí, efectivamente, leemos esto: “*De là il suit que, dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain: conventio nomen habens a jure civili vel causam*”¹¹. Este pasaje no nos sirve para conocer cuál era la definición de contrato que ofrecía Pothier –de hecho la suya era otra, como veremos¹²–. Pero sí nos es útil como testimonio acerca de cuál era la definición concerniente que daban los juristas del *ius commune*, a quienes Pothier se refiere con la expresión “*les interprètes du droit romain*”.

Si ahora retrocedemos un tanto hasta llegar a los *Elementa iuris civilis* (1725) de Iohannes Heineccius (1681 - 1741), encontraremos una definición semejante: “*Contractus sunt conventiones, quae habent nomen vel causam praesentem, sua natura civiliter obligantem*”¹³.

Para el siglo XVII, podemos invocar el testimonio de Samuel Pufendorf (1632 - 1694), quien en su *De iure naturae et gentium* (1672) describe de esta manera el sentir de los juristas acerca del concepto que nos ocupa: “*Interpretes iuris Romani in hoc fere consentiunt: (...) Quosdam (sc. conventiones) quippe generali nomine conventionum non stare, sed transire in proprium nomen contractus. Quibusdam autem, etsi nomine proprio et peculiari forma*

¹⁰ Sobre esto: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, Chile, 2001), pp. 311 - 314 [= *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* 12 (Roma, Mucchi, 2001), pp. 266 - 269].

¹¹ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 3 (ed. Bugnet, Paris, 1861, II).

¹² *Infra* II, 3.

¹³ HEINECCIUS, J. G., *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (1725), en *Opera omnia* (Genevae, 1768), V, párr. 776: “Los contratos son convenciones que tiene nombre o causa presente civilmente obligante por su naturaleza”.

*destitutis, subesse tamen causa, id est promissi implementum, seu dationem rei vel facti praestationem. Et hos proprie vocari contractus, qui suapte vi obligationem efficacem producant*¹⁴. De esta descripción resulta claro que, para los *interpretes iuris Romani*, las convenciones o bien adquieren nombre propio de contrato, o bien tienen causa; y que en ambos casos constituyen contratos con fuerza de obligar. Eso es lo mismo que definir al contrato como la convención que tiene nombre o causa.

Por último, citaremos el célebre *Commentarius* de Arnoldus Vinnius (1588 - 1657), editado la primera vez en 1642: “*Conventio non nuda sive vestita est, quae puri placiti fines agreditur: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si praetor conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit... Haec conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam (...)*”¹⁵. Es de hacer notar que Vinnius, precedentemente a este texto, atribuye la terminología que viene explicando (*conventio nuda, non nuda seu vestita*, etcétera) a los *doctores*¹⁶, esto es, a los intérpretes del *ius commune*, así que otra vez, como en Pothier y Pufendorf, sus palabras ofrecen un valor testimonial sobre cierto estado de cosas prolongadamente vigente en el tiempo.

Lo dicho es, pues, suficiente para demostrar la aserción inicial sobre la propagada definición de contrato en el *ius commune* de los siglos XVII y XVIII.

2. ¿Cómo se explica esta definición? Ella ofrece una larga historia. Sin que, empero, debamos entrar en todo el asunto ni en los detalles, digamos

¹⁴ PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium* (1672, Francofurti et Lipsiae, 1759), lib. V, cap. 2, párr. 2: “Los intérpretes del derecho romano casi concuerdan en esto: (...) Algunas [sc. convenciones], en efecto, no permanecen en el nombre general de convención, sino que transitan a un propio nombre de contrato. Otras, empero, aunque destituidas de un nombre propio y de una forma peculiar, tienen, sin embargo, debajo una causa, esto es, el cumplimiento de lo prometido consistente en la dación de la cosa o en la prestación del hecho. Y estos se llaman propiamente contratos, que por fuerza propia producen obligación eficaz”.

¹⁵ VINNIUS, A., *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (1642, Ludguni, 1699), lib. III, tít. 14, párr. 9: “La convención no nuda o vestida es aquella que sale de los límites del mero consentimiento, lo que se conoce por dos circunstancias: primera, si tuviere un nombre propio; y segunda, si además de la convención hay otra causa de obligar, esto es, si se ha celebrado un negocio civil (...). Esta especie de convención se llama con una sola palabra: contrato, y así se define este último de este modo: contrato es una convención que tiene un nombre especial o, a falta de él, una causa civil de obligar (...)”.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 5.

lo siguiente: hay un texto del Digesto¹⁷ en que las convenciones del derecho de gentes aparecen divididas en aquellas que generan acciones y aquellas que no las generan. Las que generan acciones, a su vez, son de dos tipos. Por un lado, se presentan las que dejan de estar bajo el nombre genérico de “convención” para transitar a un nombre propio de contrato, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el comodato o el depósito, a los que se agregan la prenda, la estipulación¹⁸ y similares. Por otro, comparcen las que sin transitar a un tal nombre propio, de modo de quedarse en el genérico de convención, tienen, empero, una “causa debajo” (*causa subsit*). En fin, las convenciones que ni transitan a un nombre propio ni tienen una causa debajo son simples pactos desnudos (*nudum pactum* o *nuda pactio*), y tales son las que no generan acciones (aunque generen excepciones).

Ahora bien, sobre la base de este texto, los glosadores y comentaristas medievales construyeron una compleja teoría, que incluyó también una terminología¹⁹. De todo, en este momento tan solo interesa remarcar que la

¹⁷ Dig. 2, 14, 7 (Ulp., 4 ed.): “pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*. 1. *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. 2. *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*. (...). 3 (...). 4. *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*” (“pr. Las convenciones del derecho de gentes, algunas paren acciones, algunas excepciones. 1. Las que paren acciones no permanecen en su nombre, pero transitan a un propio nombre de contrato: como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el comodato, el depósito y los demás contratos similares. 2. Y si, con todo, la operación no transita a otro contrato, pero haya una causa debajo, elegantemente Aristón respondió a Celso que hay obligación. (...). 3 (...). Mas, cuando no hay ninguna causa debajo, consta que en razón de la convención no puede constituirse obligación: por consiguiente, la nuda pacción no pare obligación, aunque pare excepción”).

¹⁸ D. 23, 14, 1, 4.

¹⁹ Literatura: KARTENS, C., *Die Lehre vom Verträge bei den italienische Juristen des Mittelalters. Ein Beitrag zur inneren Geschichte der Reception des römischen Rechtes in Deutschland* (Rostock, Werher, 1829, pp. 110 ss.; BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (Padova, Cedam, 1937), pp. 231 ss.; DILCHER, Hermann, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt. 77* (1960), pp. 270 ss.; SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt. 77* (1960), pp. 217 ss.; NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (München, J. Schweitzer, 1985), pp. 31 ss.; VOLANTE, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani* (Milano, Giuffrè, 2001).

convención generadora de acción por tener nombre propio, los medievales la llamaron *pactum* o *contractum nominatus*; la que sin tener nombre propio tiene causa, fue designada por aquellos como *pactum* o *contractum innominatus*; y la que ni tiene nombre ni causa, en fin, se les aparecía como *nudum pactum* o *nuda pactio*. En cuanto al fondo de la doctrina medieval misma –nos referimos a la doctrina de los *vestimenta contractus*– no es necesario entrar en ella aquí. Tan solo observemos que en la época moderna, sobre todo por influencia de los juristas influidos por el humanismo, la enseñanza medieval fue progresivamente abandonada, hasta terminarse por reprimar el texto de D. 2, 14, 7, según el cual, en síntesis última, una convención produce obligación y acción cuando tiene un *proprium nomen contractus*, en vez de ello, cuando hay una *causa quae subest*. Ahora bien, es esto lo que precisamente dice la definición moderna de contrato que hemos ilustrado precedentemente con las versiones de Vinnius, Pufendorf, Heineccius y Pothier, todas coincidentes en lo mismo. Esa definición es un reflejo perfecto de D. 2, 14, 7 pr. - 4.

3. En sus *Commentaries*²⁰, Blackstone define al *contract* como: “*an agreement, upon sufficient*²¹ *consideration, to do or not to do a particular thing*”²². La parte esencial de esta definición es la primera: “*an agreement, upon sufficient consideration*”. Si comprobamos la equivalencia entre *agreement* y *conventio*, comprobaremos de inmediato el paralelismo de la definición de Blackstone y la continental: “*conventio nomen habens a jure civili vel causam*”, cuando se reemplaza *causa* por *consideration* y se prescinde del *nomen a jure civili*.

Esta prescindencia se explica porque la distinción de los *contractus* en *nominati*, vale decir, precisamente aquellos que “tienen un nombre por derecho civil”, e *innominati* o que carecen de él, es desconocida en el *common law*, y Blackstone no hizo ningún esfuerzo por introducirla en él. En la definición continental, como vimos, el *nomen a jure civili* reemplazaba a la *causa*, o bien, ésta sustituía al *nomen*, y en ambos casos la *conventio*, como *contractus*, generaba obligación y acción. Esta alternativa no existía, en cambio, en el *common law*. En consecuencia, Blackstone no necesitaba incluir ninguna referencia al *nomen* en su definición de *contract*.

Por lo que respecta a la segunda parte de la definición de Blackstone: “*to*

²⁰ Aquí usaremos: BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England* (Oxford, Clarendon Press, 1765 - 1769), 4 vols. [es la primera edición].

²¹ Modernizaremos la grafía antigua del original, en donde, en realidad, se lee “*fufficient*”. Así será en todos los casos y, desde luego, en el de *confideration* (= *consideration*).

²² BLACKSTONE, W., *Commentaries*, lib. II, cap. 30, párr. 9 (II, p. 442).

do or not to do a particular thing”, no es que falte en la doctrina continental del *contractus*. Así, por ejemplo, Heineccius en el párr. 773 de sus *Elementa iuris civilis*, antes presentado, dice: “*Conventio vel pactio est duorum in idem placitum consensus de re soluenda, id est facienda vel praestanda*”. Comoquiera que en el sucesivo párr. 776 él escribe: “*Contractus sunt conventiones, quae habent nomen vel causam praesentem*”, entonces resulta que la definición de contrato supone la de convención, en el mismo sentido en que la especie supone al género, por lo cual nada obsta a definir al contrato como “*duorum in idem placitum consensus de re soluenda, id est facienda vel praestanda, <quae habet nomen vel causam praesentem>*”. El mismo ejercicio se puede hacer a partir de los conceptos de Vinnius. Para abreviar, entonces resulta que para éste el *contractus* viene a ser: “*duorum vel plurium in idem, <id est, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat>, placitum et consensus habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam*”. Pothier, por su lado, puesto que él rechaza la definición tradicional (“*dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain*”²³), la sustituye por esta otra: “*une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l’une des deux, promettent et s’engagent envers l’autre à lui donner quelque chose, ou à faire, ou à ne pas faire quelque chose*”²⁴.

Queda, así, claro que la doctrina continental también señalaba que un contrato tiene como objetos a unas prestaciones de *dare* o de *facere*, no bien haya habido oscilaciones en el modo de presentarlas. Así, Heineccius dice: “*de re soluenda, id est facienda vel praestanda*”; Vinnius expresa: “*ut aliquid fiat, aut non fiat*”; y Pothier, el más analítico de todos, en cambio, habla de: “*donner quelque chose, ou à faire, ou à ne pas faire quelque chose*”. En esta línea se presenta Blackstone, para quien el contrato tiene como objetos: “*to do or not to do a particular thing*”, en forma que recuerda a Vinnius. La diferencia está en que los continentales no suelen incorporar las prestaciones en la definición misma de la categoría especial del *contractus*, puesto que ya va incluido en la definición de la categoría más general de la *conventio*, precisamente porque *contractus* es una especie de ésta. Blackstone, en cambio, incorpora las prestaciones en la definición misma de *contract*, igual que el más moderno Pothier.

Resulta firme, pues, la esencial identidad entre la definición de Blackstone como “*an agreement, upon sufficient consideration*”, y la definición continental como “*conventio (...) habens (...) causam*”. De acuerdo con esto, para Blackstone, la *consideration* equivaldría a la *causa*.

²³ Supra II, 1.

²⁴ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 3.

III. LA DOCTRINA DE BLACKSTONE SOBRE LA “CONSIDERATION”

Blackstone trata de la *consideration* en dos lugares de sus *Commentaries*. Inicialmente en el lib. II: *The Rights of Things*, cap. 20: *Of Alienation by Deed*; y después en el mismo lib. II, pero ahora en su cap. 30: *Of Title by Gift, Grant and Contract*. Ahí, pues, habremos de encontrar configuradas las ideas del autor sobre esta noción.

1. Después de haber definido el *contract* en la manera que acabamos de examinar, y de haber desarrollado el primer elemento de esa definición, vale decir, el concepto de *agreement*, Blackstone entra en el segundo, precisamente en el de la *consideration*: “*Having thus saw²⁵ the general nature of a contract, we are, secondly to proceed to the consideration upon which it is founded; or the reason which moves the party contracting to enter into the contract*”²⁶. Al respecto, expresa: “*The civilians hold, that in all contracts, either express or implied, there must be something given in exchange, something that is mutual or reciprocal. This thing, which is the price or motive of the contract, we call the consideration: and it must be a thing lawful in itself, or else the contract is void*”²⁷.

Como puede apreciarse, Blackstone ofrece una definición, o quizá descripción, abstracta de la *consideration*. En el primer texto, ella es presentada como: “*the reason which moves the party contracting to enter into the contract*”²⁸. En el segundo es caracterizada como: “*something given in exchange*”, o sea,

²⁵ En el original: *fhewn*.

²⁶ BLACKSTONE, W., *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 443): “Habiendo ya visto la naturaleza general del contrato, segundamente hemos de avanzar a la *consideration* en la cual él se funda, o sea la razón que mueve a la parte contratante a entrar en el contrato (...)”.

²⁷ BLACKSTONE, W., *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): “(...) Los civilistas sostienen que en todos los contratos, sea expresa, sea implícitamente, debe haber algo dado a cambio, algo que es mutuo o recíproco. Esta cosa, que es el precio o motivo del contrato, la llamamos *consideration*, y debe ser una cosa lícita en sí misma, o de lo contrario el contrato está viciado”.

²⁸ No puedo descartar que esta definición esté en la base de la definición de causa que ofrece el artículo 1.467 inciso 2º del Código Civil de Chile: “*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato*”. Los 4 volúmenes de la edición inglesa de 1826 de los *Commentaries* de Blackstone se hallaban en la biblioteca de Andrés Bello, el autor de ese código: VELLEMAN, Barry, *Andrés Bello y sus libros* (Caracas, La Casa de Bello, 1995), p. 134 (reg. N° 156). Pero debemos reconocer que la fuente también pudo ser DELVINCOURT, *Cours de Code Civil* (Paris, 1819), II, p. 122: “*ce qui détermine les parties à contracter*”, como lo sostuve en mi trabajo: *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, Chile,

“something that is mutual or reciprocal”; lo cual es *“the price or motive of the contract”*.

Blackstone, pues, observa a la *consideration* desde dos ángulos.

Por un lado, en el segundo texto, la *consideration* es lo que se recibe a cambio de lo que se da: el precio (la contraprestación diríamos nosotros, el “corrispettivo” dirían los italianos, la “Gegenleistung” los alemanes). Esta idea la reafirma Blackstone con recurso a una cita introducida con una llamada de nota signada con la letra “h” que sigue a la palabra *“reciprocal”* del segundo texto. En la nota “h” al pie de página leemos lo siguiente: *“In omnibus contractibus, sive nominatis sive innominatis, permutatio continetur*. Gravin. l. 2. §. 12”. Se trata del literato, científico y jurista italiano Gian Vincenzo Gravina (1664 - 1715), autor, entre otras, de una obra bastante conocida en su época titulada *De ortu et progressu iuris civilis* (1701), a la cual podría referirse la no identificada cita de Blackstone a ese autor. Lo cierto es que la cita viene a propósito de la función de la *consideration* como reciprocidad o mutualidad de una prestación frente a otra, pues, según Gravina: “en todos los contratos, sean nominados, sean innominados, se contiene una permuta”, o sea, un intercambio.

Por otro lado, en el primer texto y también en el segundo, la *consideration* aparece como *the reason* o *the motive* que impele (*moved*) a una parte a contratar. En efecto, si hay una parte que está dispuesta a hacer una prestación, eso lo hace porque ha de recibir otra a cambio. En consecuencia, aunque Blackstone hable de *motive*, no se trata de un motivo subjetivo, contingente, variable e interno, sino de algo objetivo, precisamente *the price*, o contraprestación, que constante y objetiva, o típicamente, actúa como motivo.

Ahora bien, es interesante la manera de plantear el tema que asume Blackstone: *“The civilians hold, that in all contracts (...), there must be something (...). This thing (...) we call the consideration (...)”*. Aunque el autor no indica el nombre que los *civilians* imponían a la *“this thing”* atribuida a ellos mismos, expresamente la hace equivalente a aquello que los *common lawyers* ingleses (*we*) llamaban *consideration*. Pero es claro que con *“this thing”*, Blackstone se refería a la *causa* de los *civilians*. De acuerdo con esta ahora expresa declaración, para Blackstone, pues, nuevamente la *consideration* equivaldría a la *causa*.

2. En seguida, Blackstone divide la *consideration* en *good* y *valuable consideration*. De ambas ya había hablado en el cap. 20 del libro II, como el

2001), p. 219 [= *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* 12 (Roma, Mucchi, 2001), p. 117].

segundo requisito del *deed*, o acto escrito, sellado y firmado por las partes²⁹: "*Secondly, the deed must be founded upon good and sufficient consideration. (...) The consideration may be either a good, or a valuable one. A good consideration is such as that of blood, or of natural love and affection, when a man grants an estate to a near relation; being founded in motives of generosity, prudence, and natural duty; a valuable consideration is such as money, marriage, or the like, which the law esteems an equivalent given for the grant*¹; and is therefore founded in motives of justice. *Deeds, made upon good consideration only, are considered as merely voluntary, and are frequently set aside in favour of creditors, and bona fide purchasers*"³⁰.

Blackstone repite casi lo mismo para el *contract* en el cap. 30: "*A good consideration, we have before seen, is that of blood or natural affection between near relations; the satisfaction accruing from which the law esteems an equivalent for whatever benefit may move from one relation to another. This consideration may sometimes however be set aside, and the contract become void, when it tends in it's consequences to defraud creditors or other third persons of their just rights. But a contract for any valuable consideration, as for marriage, for money, for work done, or for other reciprocal contracts, can never be impeached at law; and, if it be of a sufficient adequate value, is never set aside in equity: for the person contracted with has then given an equivalent in recompense, and is therefore as much an owner, or a creditor, as any other person*"³¹.

²⁹ Suele decirse que, al menos actualmente, el *deed* no exige *consideration*: por todos, BEATSON, J., *Anson's Law of Contract* (27^a ed., Oxford University Press, 1998), pp. 77 y 88. Pero ya se ve que otro es el parecer de Blackstone.

³⁰ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 20 (II, p. 296 - 297): "En segundo lugar, el *deed* debe estar fundado sobre una buena y suficiente *consideration*. (...) La *consideration* puede ser buena (*good*) o apreciable (*valuable*). Una buena (*good*) *consideration* es la de sangre, del natural amor o afección, cuando un hombre cede una propiedad a un pariente próximo; estando fundada en motivos de generosidad, prudencia y deber natural; una *consideration* apreciable (*valuable*) es la consistente en dinero, matrimonio, o similares, que el derecho considera como un equivalente dado por la cesión; y está, por consiguiente, fundado en motivos de justicia. Los *deeds* hechos solo sobre una buena (*good*) *consideration* son considerados como meramente voluntarios, y frecuentemente son anulados en favor de los acreedores y adquirentes de buena fe".

³¹ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): "Una buena (*good*) *consideration*, como hemos visto antes, es la de la sangre o afecto natural entre parientes cercanos; la satisfacción proveniente de aquello que el derecho estima un equivalente por cualquier beneficio puede mover a un pariente hacia otro. Esta *consideration*, sin embargo, algunas veces puede ser dejada a un lado, y el contrato tornarse en inválido, cuando en sus consecuencias tiende a defraudar a los acreedores u otros terceros en sus justos derechos. Pero un contrato por alguna *consideration* apreciable (*valuable*), como por matrimonio, por dinero, por trabajo ejecutado, o por otro contrato recípro-

La *good consideration*, pues, es una contraprestación puramente moral, por así calificarla, pues consiste nada más que en la satisfacción recibida por la prestación de un beneficio pecuniario a un pariente cercano, fundada en el amor y afecto naturales, en la generosidad e incluso en la prudencia y los deberes naturales. Esta satisfacción se considera suficiente retribución por la prestación pecuniaria hecha a otro. La *valuable consideration*, en cambio, es, desde luego, la pecuniaria; pero también alguna actividad externa (un hacer), como el matrimonio o el trabajo. Habiendo una u otra *consideration*, el *deed* o el *contract* valen plenamente y no pueden ser atacados de nulidad. Pero cuando intervino solo una *good consideration*, el *deed* o el *contract* pueden ser invalidados, si hubo fraude a terceros; lo cual no ocurre si la *consideration* fue *valuable*.

3. Blackstone se concentra ahora en la *valuable consideration*. Nuevamente el punto de partida para el examen de tal género está en los *civilians*: “*These valuable considerations are divided by the civilians into four species*”³². Después del término *civilians* aparece la llamada de nota signada con la letra “k”, y al pie de página leemos una cita a Digesto 19, 5, 5.

Este texto, los medievales lo habían conectado con D. 2, 14, 7, que antes examinamos³³, y fue sobre la base de ambos que construyeron la doctrina de los *contractus innominati*³⁴.

Para poder recordarla, no bien que de manera resumida, debemos volver por un instante a D. 2, 14, 7, y propiamente a su párrafo 2, con una frase que antes omitimos: “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias (...)*”³⁵. El pasaje, pues, ofrece dos esquemas de convenciones que sin transitar a otro nombre, tienen causa debajo: la convención de dar alguien una cosa a otro para que éste, a su vez, dé algo al primero, y la de dar una cosa para que el receptor haga algo. En la continuación del texto se presenta un ejemplo concreto: “te dí [el esclavo] Estico para que manumitas a [al esclavo] Pánfilo (*dedi tibi*

co, nunca puede ser denunciado en derecho [*sc. common law*]; y, si es de un valor suficientemente adecuado, nunca es dejada a un lado en *equity*, pues la persona con quien se ha contratado ha dado entonces un equivalente en recompensa, y es, por consiguiente, tan dueño o acreedor, como cualquier otra persona”.

³² BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): “Esta *consideration* apreciable los civilistas la dividen en cuatro especies”.

³³ *Supra* II, 2, especialmente nota 17.

³⁴ Véase la literatura citada *supra* n. 19.

³⁵ D. 2, 14, 7, 2: “Y si, con todo, la operación no transita a otro contrato, pero si haya una causa debajo, elegantemente Aristón respondió a Celso que hay obligación. Por ejemplo, te dí una cosa para que me dieras otra, dí para que algo hagas (...)”.

Stichum, ut Pamphilum manumittas). Un ejemplo del primer esquema es que Ticio dé su fundo Corneliano a Cayo, para que éste le dé su fundo Capeno, en lo que consistía la permuta romana.

En el derecho clásico, estos dos esquemas recibieron la designación unitaria de *dare ob rem*³⁶, que debemos traducir por "dar en razón de (en consideración a) un fin". Consistía, pues, en que una persona transfiera efectivamente el dominio de una cosa (o la titularidad de un derecho) a otra, en espera convenida de que esta última, en el futuro, le diera otra cosa a su vez, o hiciera algo. La fórmula que resumía esta idea es: *dare ob rem ut aliquid sequatur* ("dar por un fin para que algo siga"). Si lo esperado tiene lugar (*re secuta*), la operación queda consumada: el que había recibido algo, lo retiene; y el que había dado queda satisfecho con lo que recibió a cambio o con el *factum* ejecutado. Si lo esperado, por el contrario, no sigue (*re non secuta*), el que había dado dispone de un *actio condictio* para recuperar eso dado.

En D. 19, 5, 5 viene presentado un esquema cuatripartito de negocios que en el fondo es un desarrollo del esquema clásico del *dare ob rem*. Este se iniciaba con un dar en espera de que el otro diera o hiciera. Pero tal esquema se puede invertir, de modo de iniciarse ahora con un hacer en espera de que el otro diera o hiciera. Así que se trata nada más que de combinar *dare* y *facere*, comenzando con un extremo (*dare + dare* y *dare + facere*), y acabando con el otro (*facere + dare* y *facere + facere*)³⁷. Es lo que está detrás de D. 19, 5, 5 pr., quizá por obra de los juristas bizantinos, lo que no nos interesa ahora. Dice ese texto.: "*Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*"³⁸.

³⁶ D. 12, 6, 52; 12, 5, 1 pr.; cfr. 12, 6, 65 pr. (itp.). Sobre esta figura: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª reimp. 2001), I, pp. 744 ss.

³⁷ En el entendido que *facere* incluye a *non facere*, de guisa que, por ejemplo, alguien puede dar algo a otro, para que éste no haga algo (*do ut ne facias*).

³⁸ "Mi hijo natural te sirve y tu hijo a mí. Se convino entre nosotros en que tú manumitirías al mío y yo al tuyo. Yo manumití, tú no manumitiste: se preguntó por cuál acción estarás sujeto a mí. A través de esta cuestión puede examinarse todo el tratado acerca de lo dado por un fin (*ob rem dati*). El cual atañe a estas especies: pues o te doy para que des, o doy para que hagas, o hago para que des, o hago para que hagas: acerca de las cuales se pregunta por la obligación que de ellas nazca". En el caso con que se inicia la exposición, se trata de que el hijo biológico (*filius naturalis*) de cada padre está en el poder jurídico llamado *mancipium* (*in mancipio*) del otro, los

Fue esta cuatripartición de formas contractuales: *do ut des, do ut facias, facio ut des* y *facio ut facias*, la que los medievales designaron con la expresión *contractus innominati*, porque entendieron que a ella se refería D. 2, 14, 7, cuando dice: “*Sed et si in alium contractum res non transeat*”, no bien que en ese texto solo se discorra, como se ve al leerlo completo, solo sobre la base de *dare ut des y dare un facias*³⁹, pues tales eran las únicas combinaciones interesantes para los juristas clásicos.

De acuerdo con D. 2, 14, 7, 2, para la existencia del llamado *contractus innominatus*, se requieren dos elementos: primeramente, que la convención no tenga un nombre propio; en seguida, que reciba una *causa*. D. 2, 14, 7, 2 emplea este término con referencia a la efectiva *datio* inicial, que aplica la previa convención en orden a dar para que se dé o haga. Lo que el texto quiere, pues, decir, es que si dos personas convienen en que una dará algo para que la otra dé, a su vez, o haga algo, esta convención no obliga mientras el que convino en dar no haga efectivamente la dación que anunció. El pensaba, así, en una operación de tipo real, y a la realización efectiva de la dación la denominó *causa*, precisamente porque actúa como causa (eficiente = fuente) de la obligación⁴⁰. Los medievales aplicaron analógicamente la idea a los contratos que empiezan con *facere*, del tipo *facio ut des* y *facio ut facias*⁴¹: la convención por la cual dos acuerdan que uno hará para que el otro dé, o que uno hará para que el otro haga necesita de una *causa* para obligar, y la causa obligante es esta vez el efectivo *factum* del que anunció en la convención que iría a hacer algo. Por eso Accursius (+1263) resumió la doctrina de sus predecesores cuando glosó la palabra *causa* que aparece en la expresión *subsit tamen causa* de D. 2, 14, 7, 2, con esta simple aclaración: “*causa: id est datio vel factum quod vestiet pactionem*”⁴². La *causa* (= *datio vel factum*) “viste” con acción al pacto desnudo. Correspondientemente, la glosa a la palabra *igitur* que aparece en la frase “*igitur nuda pactio obligationem*

cuales padres acuerdan que cada uno liberará o manumitirá al hijo ajeno que tiene en su poder. Uno de los padres ejecuta la manumisión de la persona que tiene *in mancipio*, mas no el otro; y el problema jurídico es si el padre que procedió a la manumisión tiene alguna acción en contra del que omitió hacerlo.

³⁹ Es muy posible que D. 19, 5, 5 consista en la reformulación bizantina de un texto clásico, lo cual, en todo caso, a los medievales los traía sin cuidado.

⁴⁰ Los juristas romanos denominaban *causa* a lo que nosotros llamamos “fuente” de una obligación: véase GUZMÁN BRITO, A., *Causa del contrato y causa de la obligación* cit. (n. 10), en REHJ. 23 (2001), pp. 239 - 241 [= *Roma e America* 12 (2001), pp. 197 - 198].

⁴¹ Sobre esto: GUZMÁN BRITO, A., *Causa del contrato y causa de la obligación* cit. (n. 10), en REHJ. 23 (2001), pp. 269 - 277 [= *Roma e America* 12 (2001), pp. 226 - 234].

⁴² *Magna glossa*, gl. *causa* ad D. 2, 14, 7, 2: “*causa: esto es, dación o hecho*”.

non parit” de D. 2, 14, 7, 4, reza: “*igitur: (...) in contractibus innominatis non valet conventio sine causa, id est, sine vestimento*”⁴³, en el entendido que el *vestmentum*, en la hipótesis de los contratos innominados, está constituido por la *datio vel factum*, como queda insinuado en la precedente gl. *causa*.

4. Blackstone, como decíamos, afirma que los *civilians* dividían la *consideration* en cuatro especies. Esto no es exacto. Los *civilians* desconocían el término *consideration*, de modo que mal podían dividir sus especies. De dividir algo concerniente, empero, lo hacían con respecto a la *causa*. Pero, estrictamente, la dividían en solo dos especies: *darey facere* (o *datioy factum*), como acabamos de comprobar que hacía Accursius (y con él toda la tradición posterior). La manera en que Blackstone, sin embargo, plantea el asunto es la que le conduce a ver cuatro especies de *causa* (= *consideration*) en los *civilians*. Como los *contractus innominati* del derecho común son cuatro, y cada uno de los cuatro tipos contiene una *datio* y un *factum*, Blackstone reduplica estas *causae*: la *datio* es causa en los contratos del tipo *do ut desy do ut facias*; y el *factum* lo es en los del tipo *facio ut desy facio ut facias*. En total, pues, le resultaban cuatro causas; y así se explica su afirmación: “*These valuable considerations are divided by the civilians into four species*”.

5. Porque, en efecto, al desarrollar acto seguido Blackstone estas “*four species*”, llega a los cuatro *contractus innominati* del *ius commune*. Por nuestra parte, examinaremos las “*four species*” de *considerations* de Blackstone en comparación con los cuatro *contractus innominati* que, según los juristas del derecho común, aparecen en Dig. 19, 5, 5, citado por aquí.

a) En primer lugar, *do ut des*:

Dig. 19, 5, 5, 1

“*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem (...)*”⁴⁴.

Blackstone

“(...) *as when I give money or goods, on a contract that I shall be repaid money or goods for them again. Of this kind are all loans of money upon bond, or promise of repayment; and all sales of goods, in which there is either an express contract to pay so much for them or else the law implies a contract to pay so much as they are worth*”⁴⁵.

⁴³ *Magna glossa*, gl. *igitur* ad D. 2, 14, 7, 4: “*igitur: (...) la convención sin causa no vale en los contratos innominados, esto es, sin vestimenta*”.

⁴⁴ “Y si verdaderamente yo diera dinero para recibir una cosa, es compra y venta, pero si doy una cosa para recibir otra, como no parece bien que la permuta de cosas sea compra, no hay duda de que nace obligación civil (...)”.

⁴⁵ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): “(...) como cuando doy dinero o especies, en un contrato en el que yo seré recompensado con dinero o espe-

El Digesto considera dos especies del tipo *do ut des*: la de dar dinero para recibir una cosa, y la de dar una cosa para recibir otra cosa, vale decir, la compraventa y la permuta. El texto se concentra enseguida en esta última, para indicar que no siendo compraventa la permuta⁴⁶, de ésta nace una obligación (civil agrega, aunque era pretoria). La continuación del pasaje explica el régimen de la acción, que no nos interesa.

Blackstone, por su lado, ilustra el tipo *do ut des* también con la compraventa, pero añade el mutuo, silenciando la permuta. Puesto que se trata, en efecto, de *money or goods for money or goods*, entonces las combinaciones en que piensa son al menos: dinero por dinero y dinero por especies. La primera combinación es, en efecto, el préstamo de dinero, por lo demás expresamente mencionado después. La segunda es la compraventa, también mencionada. La tercera combinación es especies por especies; pero Blackstone no la menciona.

b) La siguiente especie tratada por Blackstone es *facio ut facias*:

Digesto 19, 5, 5, 4

*Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitor Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem (...)*⁴⁷.

Blackstone

*"(...) as when I agree with a man to do his work for him, if he will do mine for me; or if two persons agree to marry together; or to do any other positive acts on both sides. Or, it may be to forbear on one side in consideration of something done on the other; as, that in consideration A, the tenant, will repaid his house, B, the landlord, will bot sue him for waste. Or, it may be for mutual forbearance on both sides; as, that in consideration that A will not trade Lisbon, B will not trade to Marseilles; so as to avoid interfering with each other"*⁴⁸

cies. De esta clase son todos los préstamos de dinero sobre compromiso, o promesa de restitución; y todas las ventas de especies, en las que hay ya sea un contrato expreso de pagar un tanto por ellas, o en las que la ley implica un contrato de pagar tanto como ellas valen".

⁴⁶ El tema de si la permuta es o no una especie de compraventa fue discutido en época clásica: véase Gai. III, 141; Dig. 18, 1, 1, 1; 19, 4, 1 pr., y tuvo mucha trascendencia en la historia de la permuta, como lo he estudiado en mi trabajo: *Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del derecho romano al Código Civil de Chile*, en *Revista de Historia del Derecho Privado* 2 (Santiago de Chile, 1999 [pero 2002]), pp. 7 - 64.

⁴⁷ "Pero si hago para que hagas, esta especie admite varios tratamientos. Porque si

“En el Digesto, el tipo del *facio ut faciases* anunciado como muy variado en su régimen; y viene ilustrado con dos ejemplos de pactos concernientes: que una de las partes cobre al deudor de la otra en Cartago, y que esta otra cobre al deudor de la primera en Roma; o bien que pacten una edificar en el suelo de la otra, y ésta en el suelo de la primera. Lo que sigue del texto explica las alternativas de régimen a que el caso queda sometido, y no nos interesa.

Blackstone ofrece mayor riqueza de ejemplo en que combina el hacer y el no hacer, según se lee sin dificultad en el texto.

c) Viene enseguida el tipo del *facio ut des*:

Digesto 19, 5, 5, 3

*“Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur”*⁴⁹.

Blackstone

*“(...) when a man agrees to perform any thing for a price, either specifically mentioned, or left to the determination of the law to set a value on it. As when a servant hires himself to his master, for certain wages or an agreed sum of money: here the servant contracts to do his master’s service, in order to earn that specific sum. Otherwise, if he be hired generally; for then he is under an implied contract to perform this service for what it shall be reasonably worth”*⁵⁰.

pactamos que tú cobres de mi deudor en Cartago y yo del tuyo en Roma, o que tú edifiques en mi solar y yo en el tuyo (...).”

⁴⁸ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): “(...) como cuando acuerdo con un hombre hacer yo su trabajo por él, si él quiere hacer el mío por mí; o si dos personas acuerdan casarse; o hacer cualquier otro acto positivo por ambas partes. O puede ser abstenerse por una parte en consideración a algo hecho por la otra; como, que en consideración a que A, el *tenant*, reparará la casa, B, el propietario de la tierra, no lo demandará por daños. O puede ser por mutua abstención de ambas partes; como que en consideración a que A no comerciará en Lisboa, B no comerciará en Marsella, para evitar interferir uno con el otro”.

⁴⁹ “Pero si yo hiciera para que des, y después que hice dejas de dar, no habrá ninguna acción civil y por esto se dará la de dolo”.

⁵⁰ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445): “(...) cuando una persona acuerda realizar alguna cosa por un precio, ya sea específicamente mencionado, o dejada su evaluación a la determinación de la ley. Como cuando un sirviente se alquila a sí mismo a su patrón por un cierto salario o una suma acordada de dinero: aquí el sirviente contrata la realización de servicios para su patrón en orden a ganar esa suma específica. Es de otra manera, si él se alquila en general; pues entonces lo está bajo un

El Digesto no ilustra el tipo, y se limita a explicar que no habiendo otra acción, se otorga la de dolo, cuando una parte hizo para que otra le diera algo, y ésta dejó de cumplir. Blackstone, en cambio, aclara el tipo con el ejemplo del arrendamiento de servicios inmateriales.

d) En fin, está el tipo del *do ut facias*:

Digesto 19, 5, 5, 2

*“At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas (...)”*⁵¹.

Blackstone

*“(...) which is the direct counterpart of the other. As when I agree with a servant to give him such wages upon his performing such work: which, we see, is nothing else but the last species inverted; for servus facit, ut herus det, and herus dat, ut servus faciat”*⁵².

Bajo el mismo respecto, ambos textos tratan temas diferentes. El Digesto ilustra el tipo con algunos ejemplos y discute el régimen de las acciones según que pueda considerarse arrendamiento o no, y continúa con ese tema en lo que resta del pasaje no copiado. Blackstone anota, en cambio, que el tipo del *do ut facias* es la inversión del tipo *facio ut des*, lo cual, por lo demás, no había sido dejado de observar por los medievales. En efecto, en el arrendamiento de servicios, cuando el servidor presta el servicio para recibir un salario, se trata de un *facio ut des*; pero si es el patrono el que paga para que le presten el servicio, es un *do ut facias*.

contrato implícito de ejecutar sus servicios por lo que razonablemente ha de ser recompensado”.

⁵¹ “Mas, cuando doy para que hagas, si el hecho fuera una cosa tal, que suele darse en arrendamiento, por ejemplo, que pintes un cuadro, habiéndose dado dinero, será locación (...); y si una cosa, no será locación, pero nacerá, o la acción civil por lo que me importa, o la condición para repetirla. Pero si el hecho es tal, que no pueda darse en arrendamiento, por ejemplo que manumitas a un esclavo (...)”.

⁵² BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445): “(...) la cual es la contrapartida directa de la anterior. Como cuando yo acuerdo con un sirviente pagarle tal salario para que él ejecute tal trabajo: lo que, según vemos, no es nada más que la anterior especie invertida; por *servus facit ut herus det*, y *herus dat ut servus faciat*.” [“el siervo hace para que el amo dé, y el amo da para que el siervo haga”].

⁵³ “Pero cuando ninguna causa hay debajo, consta entonces que en razón de la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no pare obligación, pero pare excepción”.

IV. “EX NUDO PACTO NON ORITUR ACTIO”

Blackstone termina su exposición, remarcando que un acuerdo sin *consideration* no vale en derecho y que no es, por ende, ejecutable. Para aclarar más aun el asunto, recurre a la doctrina del *civil law*, según la cual “*ex nudo pacto non oritur actio*” (“de un pacto desnudo no se origina una acción”).

Debemos recordar que, para el *civil law*, un *nudum pactum* es aquel sin *proprium nomen*, respecto del cual *nulla subest causa*. Esa doctrina se fundaba en el ya citado Dig. 2, 14, 7, 14: “*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”⁵³. El *nudum pactum*, pues, es la contrapartida del *contractus innominatus*, que, careciendo igualmente de *nomen*, ofrece, empero, *causa*. Recordemos, para completar las ideas, que enfrente de ambos está el *contractus nominatus*, que ofrece un *proprium nomen contractus* (y no requiere *causa*), como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, etcétera.

Para Blackstone, pues, un *agreement* sin *consideration* no es un *contract*, sino un *nudum pactum*, carente de toda obligatoriedad en derecho. Expresa al respecto: “*A consideration of some sort or other [sc. good o valuable] is so absolutely necessary to the forming of a contract, that a nudum pactum or agreement to do or pay any thing on one side, without any compensation on the other, is totally void in law; and a man cannot be compelled to perform it. As if one man promises to give another 100 £, here there is nothing contracted for or given on the one side, and therefore there is nothing binding on the other*”⁵⁴. Queda, así, claro lo anunciado.

Aunque en el *civil law*, un *pactum* podía ser *nudum* por varias circunstancias, una de las cuales tan solo era el defecto de causa –otras eran, por ejemplo, la ausencia de formalidades–, es claro que Blackstone piensa en la “desnudez” derivada precisamente de la ausencia de causa. Ese autor declara que un acuerdo sin causa “*is totally void in law; and a man cannot be compelled to perform it*”; y concluye con el ejemplo de alguien que prometa dar a otro 100 libras sin ninguna contraprestación del que ha de recibir, pues entonces la promesa no es obligatoria.

⁵⁴ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445): “Una *consideration*, de una clase o de otra [sc. *good o valuable*], es tan absolutamente necesaria para la formación de un contrato, que un *nudum pactum* o acuerdo de hacer o pagar cualquier cosa por una parte, sin ninguna compensación de la otra, es totalmente nula en derecho; y una persona no puede ser obligada a ejecutarla. Como cuando una persona promete dar a otra 100 libras, y no hay nada contratado o dado por esta parte, entonces nada hay que vincule a la otra”.

Pero, ¿podría pensarse en que si alguien ha hecho una promesa sin contraprestación, quede obligado *in honor or conscience*? Blackstone explica que los *municipals laws*⁵⁵ no deciden esta materia. Agrega, como lo único claro, que esos derechos al menos no compelen a la ejecución de tales promesas⁵⁶. Sobre esta base mínima, concluye lo anunciado al principiar este capítulo: “(...) *and therefore our law has adopted the maxim of civil law, that ex nudo pacto non oritur actio*”⁵⁷. En apoyo, la nota “m”, adosada al término “*adopted*”, remite a Cod. Iust. 2, 3, 10 y 5, 14, 1 en donde se lee, en la parte que interesaba a Blackstone, la formulación original romana del principio del *civil law* que invoca: “*ex pacto actionem non nasci*”.

Por el contrario, una contraprestación recíproca, de cualquier naturaleza que esta sea y de cualquier monto –aunque sea un deber moral, por ejemplo, el de pagar una deuda legalmente prescrita–, extrae al acuerdo del género de los *pacta nuda* (y, por consiguiente, los convierte en ejecutable, según había establecido antes): “*But any degree of reciprocity will prevent the pact from being nude: nay, even if the thing be founded on a prior moral obligation, (as a promise to pay a just debt, though barred by the statute of limitations) it is no longer nudum pactum*”⁵⁸.

Blackstone pone fin a sus elucidaciones, recordando la razón del *civil law* para no hacer ejecutables los *pacta nuda*, y la consecuencia que se sigue cuando esa razón cesa: “*And as this rule was principally established, to avoid the inconvenience that would arise from setting up mere verbal promises, for which no good reason could be assigned, it therefore does not hold in some cases,*

⁵⁵ Bajo el cual entiende lo que en la tradición continental se llama “derecho positivo”, en oposición al derecho natural: véase BLACKSTONE, *Commentaries*, Introd., párr. 2 (I, p. 45).

⁵⁶ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445): “*And, however a man may or may not be bound to perform it, in honor or conscience, which the municipals laws do not take upon them to decide; certainly those municipal laws will not compel the execution of what he had no visible inducement to engage for (...)*” (“Y, sin embargo, que una persona pueda o no estar obligada a ejecutarlo, en honor o en conciencia, es algo que los *municipals laws* no deciden; ciertamente estos *municipal laws* no compelerán a la ejecución de aquello para lo que alguien no tiene una visible inducción para obligarse (...)

⁵⁷ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445): “...por lo tanto, nuestro derecho ha adoptado la máxima del *civil law* de que *ex nudo pacto non oritur actio*”.

⁵⁸ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445): “...Pero cualquier grado de reciprocidad evitará que el pacto sea nudo: en ningún caso, incluso si el asunto está fundado en una obligación moral anterior (como una promesa de pagar una justa deuda, no bien prescrita en virtud del *statute of limitations*), ya no será un *nudum pactum*”.

where such promise is authentically proved by written document"⁵⁹. Nuestro autor afirma que el *civil law* se fijaba en el carácter de *verbal promises*⁶⁰ de los *pacta nuda* sin *causa* (= *consideration* = *no good reason*), y que les negaba efecto obligacional en atención a ciertas *inconveniences*, que el autor no indica. Por lo que dice acto seguido, parece haber pensado en que al menos una de estas *inconveniences* era la inseguridad de su prueba, precisamente atendido el carácter verbal (consensual) de los *pacta nuda*; de lo que concluye que cuando la prueba está asegurada auténticamente por documentos escritos, cesa la razón de negar ejecutabilidad al pacto, aunque solo sea en ciertos casos. Con ello, el autor piensa en documentos mercantiles del tipo de los pagarés (*promissory note*), que se ven beneficiados como de una presunción de tener al menos una *good consideration*, lo que impide al girador alegar su ausencia para evitar el pago, aunque la presunción no afecte a terceros acreedores o en general a extraños a la operación⁶¹.

V. EL "PACTUM NON NUDUM A CAUSA" EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL CANÓNICO

En el derecho romano clásico, justiniano y medieval, la *causa quae subest*, que convierte en obligatorio al pacto (o que lo viste, en la terminología de glosadores y comentaristas), y lo lleva a la categoría de *contractus innominatus*, debe consistir en una *datio vel factum*, efectivamente realizados o ejecutados (*causa data, impleta*). Por consiguiente, una *datio vel factum* pendientes no

⁵⁹ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445 - 446) : "Y como esta regla se estableció principalmente para evitar el inconveniente que se presentaría al convalidar meras promesas verbales, para las cuales no pueda darse ninguna buena razón, es consiguiente que ella no se mantenga en algunos casos en que las promesas están auténticamente probadas por documentos escritos".

⁶⁰ Esta expresión no debe traer a la memoria las *stipulationes*, que se perfeccionan merced a los *sollennia verba* en que consisten, sino los acuerdos *solo consensu*, que se perfeccionan de cualquier manera que denote el acuerdo alcanzado.

⁶¹ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 445 - 446): "*For if a man enters into a voluntary bond, or gives a promissory note, he shall not be allowed to aver the want of a consideration in order to evade the payment: for every bond from the solemnity of the instrument, and every note from the subscription of the drawer, carries with it an internal evidence of a good consideration. Courts of justice will therefore support them both, as against the contractor himself; but not to the prejudice of creditors, or strangers to the contract*" ("Pues si una persona se obliga voluntariamente, o entrega una *promissory note*, no le será permitido alegar la falta de *consideration* para así evitar el pago, puesto que cada vínculo derivado de la solemnidad del instrumento, y cada *note* con suscripción del girador, lleva implícita una evidencia interna de una *good consideration*. Las cortes de justicia, por lo tanto, deberán aceptar ambas, en contra del obligado mismo, pero no en perjuicio de los acreedores o extraños al contrato").

valían como *causa*. Un pacto, mientras permanece en estado de mera promesa de ejecutar una *datio vel factum* por ambas partes, seguía siendo, pues, un *nudum pactum (a causa)*, sin acción ni obligación.

Fue el derecho canónico el que superó esta limitación del *ius civile*, dando entrada a la *causa* pendiente. En ello, Baldus degli Ubaldis (c. 1327 - 1400), en cuanto canonista, cumplió un papel decisivo⁶². Pero no debemos entrar aquí en los detalles, de modo de ser suficiente explicar que desde Baldus empezó a aceptarse en el derecho canónico que un pacto con causa, no es un *nudum pactum* y, por ende, genera acción: "*iure canonico oritur actio ex nudo pacto, dummodo habeat causam*"⁶³.

Ahora bien, la verdadera novedad introducida en el tema radicó en el modo de ser de la *causa*, porque, después de todo, también el derecho civil la exigía para dar acción al pacto. Para el derecho civil, *causa* –ya lo vimos– es una *datio vel factum* realizados o ejecutados (*causa data, impleta*). Se trata, en consecuencia, de una causa eficiente, que desencadena la obligación y la acción; en terminología moderna, la llamaríamos "fuente". La *causa* canónica, en cambio, ofrece dos aspectos diferenciadores.

Por un lado, la causa canónica no necesariamente consiste en una *datio vel factum*, y bien puede estribar en un motivo de liberalidad, paz o concordia. Baldus, describiendo con terminología filosófica este más amplio modo de ser de la *causa*, dice que ella puede ser *extrinseca*. Con este adjetivo, los escolásticos designaban colectivamente a la *causa finalis*⁶⁴ y a la *causa efficiens* o *impulsiva*, en oposición a las *intrinsicae causae*, con que denominaban a la *causa materialis* y a la *formalis*. Así, pues, Baldus sentencia: "*Sed ubi habet causam extrinsecam, ut liberalitas, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum*"⁶⁵.

Por otro lado, cuando se trata de una *datio vel factum* expresados en el pacto, pueden no estar ejecutados o realizados –lo propio es para el caso de que la *causa* sea *impulsiva*–, y aun así ese pacto vale como acto obligante. Esto implicaba transformar a las prestaciones de dar o hacer expresadas (pero

⁶² Sobre lo que sigue: GUZMÁN BRITO, A., *Causa del contrato y causa de la obligación* cit. (n. 10), en *REHJ.* 23 (2001), pp. 282 - 286 [= *Roma e America* 12 (2001), pp. 238 - 242].

⁶³ BALDUS, *Commentaria in Codicem*, ad l. *Si divisionem*, CI. 3, 36, 15, núm. 3: "por derecho canónico, el nudo pacto origina acción, en tanto tenga causa".

⁶⁴ En el sentir de los glosadores y comentaristas, los contratos innominados, aparte tener una *causa quae subest*, de naturaleza eficiente, tienen una *causa finalis*. En efecto, se da o hace "para" (*ut*) que otro dé o haga.

⁶⁵ BALDUS, *Lectura super tres primos libros Decretalium*, ad c. 1 X 1, 35, núm. 5: "Pero cuando tiene causa extrínseca, como la liberalidad, la paz o la concordia, entonces hay que observar absolutamente el pacto".

aun no cumplidas) en fines tenidos en vista o consideración al contratar. En efecto, si Ticio conviene con Cayo en darle una cosa y Cayo acepta hacer algo por él a cambio, y para que este convenio obligue a ambos no se exige que Ticio dé efectivamente ni que Cayo haga efectivamente, vale decir, no se pide *causa data* o *impleta*, y sin embargo decimos que hay *causa*, todo esto quiere decir que ahora la *causa* para Ticio es el *facere* solo prometido por Cayo, en cuanto fin; y que la *causa* para Cayo es la *datio* solo prometida por Ticio, en cuanto fin. Por lo demás, aun desde antes los civilistas medievales consideraban como *causa finalisa* la prestación convenida y aun no cumplida, si bien, como sabemos, no les acordaran efecto obligante antes de convertirse en *causa data* o *impleta*.

Por cierto, estos principios sólo regían en el ámbito cubierto por el derecho canónico, vale decir: en las tierras políticamente gobernadas por la Sede Pontificia y en las relaciones entre clérigos; por lo que respecta a los laicos, solo en materia espiritual (*in spiritualibus, quae inducit peccatum*). El *ius civile* continuó durante algún tiempo aferrado a la *causa* del *contractus innominatus* consistente en una *datio vel factum* realmente ejecutados. Esta notable diferencia entre ambos derechos todavía subsistía en el siglo XVI. Acerca de ella nos ilustra muy claramente, por ejemplo, el filósofo, teólogo y jurista español Luis de Molina (1535 - 1600), en cuyo gran tratado *De justitia et jure* (1593 - 1609) leemos lo que sigue: "*Latissimus esse discriminem inter jus civile et jus canonicum, dum dicimus, jure civili non concedi actionem ex pacto nudo, si tamen vestiatur superventu causae, dari eodem civili jure actionem, ut disp. 255 ostensum est: et dum hac disputatione dicimus, ut ex pacto nudo compellatur, necessariam esse causae expressionem, aut probationem. Illis namque sermo est de causa exequutioni mandata quae proinde pactum vestit, neque illud reliquit intra limites pacti nudi; hic vero sermo est de causa expressa in ipso pacto aut aliunde probata, vel quam reus confiteatur, sive illa exequutioni sit mandata, sive non. Verbi gratia, si Petrus paciscatur cum Joanne, se illi daturum mutuo centum, neque illa tradiderit: cum mutuuum includat causam onerosam, nempe ut Joannes totidem post ea restituat, de jure canonico concedetur Joanni actio adversus Petrum, ut illa mutuo det; de jure vero civili actio ei denegabitur: eo quod illud sit pactum nudum, ex neutraque parte facta sit ulla traditio, seu adimpletio; quae adimpletio causae, pactum nudum vestiens appellatur. Si item Petrus et Joannes publico instrumento absque stipulatione convenerunt ut tali die commutarent bovem pro decem ovibus, atque ex neutra parte facta sit ulla traditio, de jure canonico unicuique eorum, adversus alterum renuentem, concedetur actio: eo quod expressa fuit causa, ob quam dare pactum est, nempe in commutationem pro alia re; de jure tamen civili non conceditur, quoniam illud est pactum nudum nondum vestitum superventu causae, ad*

*impletioneve ex altera parte contrahentium*⁶⁶. Más sintéticamente, la misma diferencia había sido expuesta por el célebre Diego de Covarrubias (1512 - 1577) así: “*constat discrimen maximum inter iura Pontificia et civilia: quia iure civili tunc demum pactum alioqui nudum fomentum a causa recipit, cum eius sit effectus sequutus, non ex simplici tantum eius appositione*”⁶⁷.

Queda, así, claro que mientras el derecho canónico se satisface con la expresión o indicación de una causa en el pacto (*appositio causae* la denomina Covarrubias), el derecho civil exige que la causa haya sido realizada (*sit effectus sequutus*).

VI. “EXECUTED - EXECUTORY CONTRACT” Y
“EXECUTED - EXECUTORY CONSIDERATION”

Según hemos visto, para Blackstone un *agreement* con *consideration* implica un *contract* obligatorio y accionable. Pero la *consideration*, ¿debe estar cumplida, o basta que haya sido prometida y, por ende, se encuentre pendiente o esperada? En la terminología inglesa actual, la *consideration* puede ofrecer

⁶⁶ MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, pars II, disput. 257, núm. 10: “Muy amplia es la diferencia entre el derecho civil y el derecho canónico: mientras decimos que por derecho civil no se concede acción en virtud de un nudo pacto, pero que si resulta vestido por el evento de una causa, se da acción por el mismo derecho, como quedó de manifiesto en la disputación 255, ahora decimos, en esta disputación, ser necesaria la expresión de una causa o su prueba, para que haya compulsión merced a un pacto. Pues, en aquel, el discurso versa sobre una causa ejecutada, que por ello viste al pacto, y no lo deja dentro de los límites del pacto nudo; en este, en cambio, el discurso trata de una causa expresada en el mismo pacto o probada en otro lugar, o que el reo confiesa, háyase ejecutado o no. Por ejemplo, si Pedro pacta con Juan que le dará cien en mutuo, pero no le entrega la cantidad: puesto que el mutuo incluye una causa onerosa, a saber: que Juan restituya totalmente la cantidad después de la tradición, por derecho canónico se concederá a Juan una acción contra Pedro, para que le dé la cantidad en mutuo; mas por derecho civil se le denegará la acción, por tratarse de un pacto nudo, a partir del cual ninguna de ambas partes hizo la tradición o cumplimiento, el cual cumplimiento de la causa se dice ser el que viste al pacto nudo. También si Pedro y Juan, mediante instrumento público aunque sin estipulación, convinieron que en tal fecha permutarían un buey por diez ovejas, y por ninguna de ambas partes se hizo alguna tradición, por derecho canónico se concede acción a cada uno de ellos en contra de la otra parte renuente, porque la causa por la cual se pactó dar, vale decir, la permutación por otra cosa, fue expresada; mas, por derecho civil, no se concede, porque aquel es un pacto nudo todavía no vestido por el evento de una causa, bajo la forma de cumplimiento de una de las partes contratantes”.

⁶⁷ COVARRUBIAS, D., *Relectio de pactis*, c. *quamvis pactum*, pars II, párr. IV, n. 14: “Consta haber una diferencia máxima entre los derechos Pontificios y civiles: pues, por derecho civil un pacto nudo recibe el fomento de la causa en otro sentido, cuando haya subseguido su efectuación, no tan solo de su simple aposición”.

ambos estados. Los *common lawyers* hablan de *executed consideration* para referirse a la ya realizada; y de *executory consideration* para designar la pendiente o esperada⁶⁸.

1. Blackstone no dice nada directo al respecto. Pero dentro del análisis de su definición del *contract*, a propósito del *agreement* que ella incluye, ese autor fija algunas que podríamos denominar clasificaciones del *contract*, de las cuales nos interesa destacar la que aparece a través de estas sus palabras: “*A contract may also be either executed, as if A agrees to change horses with B, and they do it immediately; in which case the possession and the right are transferred together; or it may be executory, as if they agree to change next week; here the right only vests, and their reciprocal property in each other’s horse is not in possession but in action; for a contract executed (which differs nothing from a grant) conveys a chose in possession; a contract executory conveys only a chose in action*”⁶⁹.

a) Para bien comprender el texto, preciso es aclarar la terminología *in possession - in action* que aquí aparece. Ella corresponde a la distinción canónico-medieval de los *iura in re* y *ad rem*, después convertida en la distinción civilista más moderna de los *iura realia* y *personalia*⁷⁰. Blackstone explica que se es dueño de algo *in action*, cuando solo se tiene una acción para reclamarla como debida, merced a un *contract* celebrado con su actual propietario para dejarla precisamente como debida, por ejemplo, si A se obliga para con B a pagarle 100 libras sin todavía entregarle el dinero: de B se dice ser dueño del dinero *in action*. Alguien es dueño *in possession*, en cambio, si la propiedad de la cosa fue realmente adquirida, merced a la efectiva transferencia (que normalmente incluye la posesión, de donde seguramente vino el nombre), de guisa que, en el ejemplo, cuando A transporta efectiva y realmente las 100 libras a B, de éste se dice ser dueño del dinero *in possession*⁷¹.

⁶⁸ Por todos, BEATSON, J., *Anson’s Law of Contract* (27^a ed., Oxford University Press, 1998), p. 92.

⁶⁹ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 443): “Un contrato, por lo tanto, puede ser, ora ejecutado [*executed*] como cuando A conviene cambiar caballos con B, y ellos hacen esto inmediatamente; en el cual caso, la posesión y el derecho son transferidos inmediatamente; ora, ejecutable [o ejecutorio: *executory*], como si aquellos acuerdan hacer el cambio la próxima semana; en este caso, solo se queda investido con el derecho, y la recíproca propiedad de cada uno sobre los caballos del otro no está en posesión [*in possession*], sino en acción [*in action*]; por medio de un contrato ejecutado (que no difiere de una cesión) se transfiere una cosa en posesión; un contrato ejecutable solo transfiere una cosa en acción”.

⁷⁰ Para esta materia me remito a la obra clásica de RIGAUD, Louis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional* (trad. cast. Madrid, Reus, 1928), pp. 56 ss.

⁷¹ Estas explicaciones en BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 442).

b) Volvamos ahora al texto inicialmente transcrito. Blackstone comienza por decir ahí que un *contract* puede ser, bien *executed*, como si dos personas acuerdan la permuta o cambio de caballos, y se los entregan recíprocamente en el acto; bien *executory*, como acaece si aquel acuerdo de cambio incluye la cláusula de proceder a las entregas recíprocas de los caballos al cabo de una semana. Y termina por explicar que por un *executed contract* se transfiere una cosa *in possession*, mientras que merced a un *executory contract* solo se la transfiere *in action*. En efecto, en el caso del *executed contract*, como cada permutante ya recibió del otro sus caballos, tiene la posesión de éstos y adquiere una propiedad directa sobre los mismos (*“the possession and the right are transferred together”*). En la hipótesis del *executory contract*, en cambio, por él cada permutante solo adquiere un derecho de reclamar ante los tribunales mediante una acción contra el otro para que lo haga propietario de los caballos, sin que tenga una actual propiedad sobre ellos (*“here the right only vests, and their reciprocal property in each other’s horse is not in possession but in action”*). En la terminología civilística aun moderna, se diría, pues, para el primer caso, que cada permutante tiene el derecho real de propiedad sobre los caballos, y que, en el segundo, solo tiene un derecho personal contra el otro permutante, con la advertencia de que se trata de meras aproximaciones de construcciones dogmáticas diferentes, y no solo de cuestión de vocabulario⁷².

Desde otro punto de vista, la distinción de *executed* y *executory contracts* guarda relación con la distinción civilista de contratos reales para ambas partes (como el trueque) y contratos obligacionales para ambas partes (o para una sola), como la compraventa de muebles.

2. Como ya adelantamos, en el moderno *common law*, la distinción *executed*-*executory* viene referida a la *consideration* misma. Pero las nociones generales involucradas son similares a las que Blackstone refiere al *contract*. Si Ticio promete a Cayo darle una suma de dinero a cambio de la promesa de Cayo de prestarle determinado servicio, que lo presta efectivamente, la promesa dineraria de Ticio es una *executory consideration*. Si en vez de prometer la suma, la da a Cayo en espera de sus servicios, ahora se trata de una *executed consideration*. Desde el punto de vista del contrato, cuando ninguna de las promesas ha sido realizada, él es un *executory contract*; una vez realizadas ambas, es un *executed contract*. Por consiguiente, bien puede de-

⁷² En efecto, en el *civil law*, para el caso de una cosa debida, no hay cuestión de decir que haya una propiedad sobre esa cosa, sino solo un derecho personal, muy diferente al derecho real de dominio. A lo más se dice que sobre el derecho personal se tiene una propiedad, como *res incorporalis* que es; pero en ningún caso, repito, sobre la *res corporalis* debida y objeto de la obligación.

cirse que en un *executed contract* hay una *executed consideration*, y que en un *executory contract* hay una *executory consideration*.

Ahora bien, aunque Blackstone silencie el tema de la ejecución o pendencia de la *valuable consideration*, da por sentado que ella no necesariamente debía estar ejecutada, lo cual se desprende de sus ejemplos a propósito de cada una de las "four species" de *consideration* examinadas más arriba⁷³: "promise of repayment", "when I agree with a man to do his work for him, if he will do mine for me", "two persons agree to marry together", "a man agrees to perform any thing for a price", "a servant hires himself to his master, for certain wages or an agreed sum of money", "he be hired generally; for then he is under an implied contract to perform this service for what it shall be reasonably worth", "I agree with a servant to give him such wages upon his performing such work", "as a promise to pay a just debt", son, en efecto, expresiones que no se avienen con la idea de una prestación, en que la *consideration* consiste, ya efectivamente ejecutada, y, al revés, denotan claramente la posibilidad de que esa prestación esté aun pendiente de ejecución.

En qué momento, sin embargo, se empezó a hablar de *executed consideration* y *executory consideration* no es tarea nuestra investigarlo. Solo nos basta la verificación hecha en torno a Blackstone, quien, al parecer, aun no usaba tal terminología, aunque, atendida su división de los *contracts* en *executory* y *executable*, es evidente que tenía que aceptar la posibilidad de una *consideration* aún no ejecutada (*executory*), como sus ejemplos corroboran⁷⁴.

3. La diferencia entre el derecho civil y el derecho canónico en torno al punto de ejecución de la causa, examinada en el precedente capítulo V, resulta correctamente enunciada en terminología inglesa si decimos que el derecho canónico se contentaba simplemente con una *executory consideration*, mientras que el civil demandaba una *executed consideration*. De acuerdo con el análisis conducido para conocer el pensamiento de Blackstone acerca del mismo punto, debemos concluir que su doctrina de la *valuable consideration* se corresponde con la doctrina canónica de la *causa*, en el punto de la no necesidad de su ejecución, no obstante que nuestro autor expresamente haya citado al *civil law* y a los *civilians*.

Esto es claramente así; solo que el punto lo observamos nosotros, pues Blackstone no dice palabra alguna a su respecto. En dos sentidos: primera-

⁷³ Véase III, 5.

⁷⁴ Según GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico* (1955, trad. cast., Barcelona, Bosh, 1959), I, p. 389, la idea de un *quid* prometido pero todavía no realizado, que después se llamará *executory consideration*, aparece hacia la mitad del siglo XVI.

mente, que, como vimos, nada expreso dice acerca de que la *consideration* pueda o deba estar o no ejecutada; en seguida, que nada expreso dice acerca de que la *causa* de los *civilians* pueda o deba estar o no ejecutada. El tema, pues, resulta del todo silenciado. Únicamente a partir del íntegro contexto, nosotros podemos saber que Blackstone pensaba en una *consideration* tan solo *executory* mas no necesariamente *executed*. Lo cual significa, en último término, que él daba ese régimen por implícito.

Agreguemos ser muy posible que Blackstone pensara en que también el *civil law* se contentaba con una *causa* no necesariamente cumplida, ignorando la diferencia que al respecto separaba al derecho civil del canónico, porque lo más probable es que su fuente principal en la materia haya sido su contemporáneo el francés Robert-Joseph Pothier, quien, como bien sabemos, ofrece una completa doctrina de la *cause* a la que no exige estar cumplida para dar validez al contrato. Dice, en efecto, Pothier: “*Dans les contrats intéressés, la cause de l’engagement que contracte l’une des parties, est ce que l’autre partie lui donne, ou s’engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge*”⁷⁵, en el entendido que para Pothier los *contrats intéressés* (de la clase de los *commutatifs*) son aquellos del tipo *do ut des*, etcétera, vale decir, los contratos innominados del *ius commune*⁷⁶. Se observará, pues, que la *cause* viene presentada en aquel texto tanto como lo que la otra parte da (“*ce que l’autre partie lui donne*, o sea, una *executed consideration*), cuanto como lo que la otra parte se obliga a dar (“*ce que l’autre partie... s’engage de lui donner*, vale decir, una *executory consideration*). Asimismo, la *cause* puede consistir en una asunción de riesgo, lo cual cabe mirarlo también como una *executory consideration*. Estas descripciones resultaban suficientes para dar a entender con claridad que la *cause* puede no estar ejecutada y que basta con que haya sido prometida⁷⁷.

⁷⁵ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 42.

⁷⁶ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 13: “*Les contrats intéressés de part et d’autre se subdivisent en contrats commutatifs et contrats aléatoires. Les contrats commutatifs sont (...). On les distribue en quatre classes: do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias*”. Se observará que la secuencia de enunciación de estos contratos en Blackstone es la misma de Pothier, a diferencia de D. 19, 5, 5, cuya secuencia es *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

⁷⁷ Por lo demás, de la propia definición del *contrat* que ofrece Pothier (*Traité des obligations*, párr. 3), se desprende claramente el carácter que venimos subrayando. Según aquella, en efecto, en el *contrat* “*deux parties réciproquement (...)* promettent et s’engagent envers l’autre (...)”, y en eso precisamente radica la *cause* de los contratos onerosos (párr. 42: “*la cause de l’engagement que contracte l’une des parties, est ce que l’autre partie lui donne, ou s’engage de lui donner*”). En otras palabras, la causa puede ser también la promesa de una parte, o las promesas recíprocas de ambas partes, vale decir, una o dos *executory considerations* en la terminología inglesa.

Por consiguiente, Pothier sustentaba una doctrina sobre la causa que en el punto concerniente a la no necesidad de su ejecución es de origen canónico, y que el derecho francés, reforzado por el consensualismo iusnaturalista⁷⁸, tenía ya asumida en el siglo XVIII. Ahora bien, si es verdad que Blackstone consultó a Pothier, fue entonces lógico que él diera por supuesto que la *cause* podía ser tanto cumplida como esperada, porque tal era el modelo que encontraba en ese autor, que él tal vez supuso ser el general del *civil law*⁷⁹.

En cualquier caso, podemos dar por seguro que la efectiva ejecución de la *consideration* no era exigida por el *common law* de la época de Blackstone, y que ella, tanto podía ser *executory* cuanto *executable*, en la terminología que al parecer se le aplicó posteriormente. Con independencia de lo que Blackstone haya pensado acerca de la *cause* del *civil law*, sin duda él se encontró con ese régimen de la *consideration* en el *common law* como con un dato, que se limitó a verificar. La interesante cuestión del origen de este régimen de la *consideration*, como de toda ésta, y de su conexión con el derecho canónico⁸⁰, queda fuera de los límites del presente trabajo.

VII. "GOOD CONSIDERATION" Y "CAUSA"

Aunque la definición general de *consideration* que Blackstone propone al comenzar el tratamiento del tema, según la cual aquella consiste, en síntesis, en la contraprestación, aparece como válida tanto para la *valuable* como

⁷⁸ Sobre el destino de la causa en el iusracionalismo: GUZMÁN BRITO, A., *Causa del contrato y causa de la obligación* cit. (n. 10), en *REHJ*. 23 (2001), pp. 339 - 342 [= *Roma e America* 12 (2001), pp. 293 - 298].

⁷⁹ En la época de Blackstone, resultaba muy difícil discernir el verdadero *ius commune*, vale decir, aquel que en línea continua se conectaba con la tradición de los comentaristas de los siglos XV y XVI, herederos, a su vez, de los comentaristas clásicos de la Edad Media, como Bartolo y Baldo y de la *Glossa*, discernir –digo– ese derecho de las tradiciones romanistas formadas sucesivamente, como la de la jurisprudencia elegante y especialmente del iusracionalismo, debido a que ambos influían en quienes aun cultivaban el derecho romano según la tradición del *mos Italicus*. Por ejemplo, el mismo Pothier aparece como un humanista, cuando se pone el acento en su tendencia sistemática. Desde el punto de vista de muchas de sus opiniones, v. gr., en cuanto al consensualismo, es un iusracionalista. Pero si atendemos al entramado fundamental de sus opiniones, es un jurista del *ius commune*.

⁸⁰ COING, Helmut, *English Equity and the 'denunciatio evangelica' of the Canon Law*, en *Gesammelte Aufsätze zu Rechtshesichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* (Frankfurt am Main, Klostermann, 1982), I, p. 170, insinúa muy sumariamente la posibilidad de que el derecho canónico, merced a su *denuntiatio evangelica*, haya influido en la doctrina de los *pacta nuda* de la *equity*. Cfr. HELMHOLZ, Richard, *Contracts and Canon Law*, en BARTON, John (ed.), *Towards a General Law of Contract* (Berlin, Duncker und Humblot, 1990), especialmente pp. 60 ss.

para la *good consideration*, las explicaciones que siguen el modelo de los contratos innominados del tipo *do ut des*, etcétera, solo son válidas para la *valuable consideration*. Blackstone lo dice expresamente: “*These valuable considerations are divided by the civilians into four species*”⁸¹.

Pero, a diferencia de cuanto ocurre en tema de *valuable consideration*, Blackstone no hace invocaciones al *civil law* ni citaciones de los *civilians* en tema de *good consideration*, salvo la genérica referencia a los *civilians* que enuncia al iniciar el tratamiento de toda la *consideration*: “*The civilians hold, that in all contracts, either express or implied, there must be something given in exchange, something that is mutual or reciprocal. This thing, which is the price or motive of the contract, we call the consideration (...). A good consideration, we have before seen (...)*”⁸². Según esto, lo dicho inmediatamente antes de anunciarse la *good consideration*, en orden a que, según los *civilians*, en todo contrato debe haber algo dado a cambio, algo que es mutuo o recíproco, vale también para ella. Pero es todo. Y, de esta manera, la doctrina de la *good consideration* aparece como desligada del *civil law*.

Sin embargo, algo que recuerda a la *good consideration* también era conocido en el *civil law*. Pothier, por ejemplo, escribe: “*Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés (...). Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l’une des parties veut exercer envers l’autre, est une cause suffisante de l’engagement qu’elle contracte envers ell*”⁸³. Así que, según Pothier, no solo los contratos onerosos –*intéressés*, como él los denomina, cuya subespecie de los *commutatif* se llena con los de tipo *do ut des*, etcétera– deben tener una *cause*, más también aquellos gratuitos –o *de bienfaisance*, como la donación o el comodato–. Ahora bien, en estos últimos, la *cause* de la obligación que alguien contrae con otro nada más consiste que en la liberalidad que aquel quiere ejercer hacia éste. Sin gran esfuerzo, descubrimos aquí al paralelo causal de la *good consideration* de Blackstone, no bien que ésta resulte más restringida, en cuanto ese autor exige su circunscripción a las “*near relation*”⁸⁴, lo que no ocurre en Pothier.

La otra vía que permite establecer un paralelo entre la *good consideration* y la *causa* del *ius commune* es el amplio concepto de esta última que se había

⁸¹ BLACKSTONE, *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): “Esta *consideration* apreciable los civilistas la dividen en cuatro especies”.

⁸² BLACKSTONE, W., *Commentaries*, lib. II, cap. 30 (II, p. 444): “(...) Los civilistas sostienen que en todos los contratos, sea expresa, sea implícitamente, debe haber algo dado a cambio, algo que es mutuo o recíproco. Esta cosa, que es el precio o motivo del contrato, la llamamos *consideration* (...). Hemos visto antes que una buena *consideration* (...)”.

⁸³ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párrafos 42.

⁸⁴ Véanse los textos citados supra III. 2.

venido formando en el derecho canónico, bajo la noción de *causa impulsiva*. Sin que debamos entrar en ello, porque de otra manera sobrepasaríamos los límites impuestos a este trabajo, que son las referencias que el propio Blackstone hace al *civil law* (y ya hemos visto que en esta materia no las hay específicamente), baste recordar, a título de orientación, el concepto que Baldus había ofrecido al respecto: “*Sed ubi habet causam extrinsecam, ut liberalitas, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum*”⁸⁵.

VIII. SÍNTEISIS Y CONCLUSIONES

1. Espero haber alcanzado el propósito trazado al principio, consistente en verificar que la doctrina de la *consideration* de William Blackstone contiene extremos tomados de la doctrina de la *causa* del *civil law*. Tales extremos son: i) la definición del *contract*, como “*agreement upon consideration*”, con la que Blackstone sigue ostensiblemente a la definición del *contractus* como “*conventio cum causa*”, usual en el *ius commune* de los siglos XVII y XVIII; ii) el uso de la cuatripartición de los contratos innominados *do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias* como modelo para explicar los tipos de *valuable consideration*; iii) la equiparación de los *contracts* sin *consideration* a los *nuda pacta* del *ius commune*, y la invocación de su máxima “*ex nudo pacto non oritur actio*” con su justificación histórica; y iv) los expresos intercambios de las palabras *consideration* y *causa*, como cuando Blackstone dice que aquella mutualidad o reciprocidad de prestaciones exigida por los *civilians*, con evidente referencia a la *causa*, ellos, los ingleses, lo llaman *consideration (we call the consideration)*; o cuando afirma que los *civilians* dividen la *consideration* en 4 especies, en circunstancias que lo dividido por ellos era la *causa*.

Complementariamente, añadimos las citas que Blackstone hace a textos del *Corpus iuris civilis*, concretamente a D. 19, 5, 5 y a CI. 2, 3, 10 y 5, 14, 1; y la invocación genérica del *civil law* y de los *civilians*, y en un caso la citación nominativa de unos de estos últimos: Gravina.

Por lo que atañe específicamente a la *good consideration*, ella corresponde a la *liberalité* de los civilistas, aunque Blackstone no ofrezca indicios específicos de haberla tenido en cuenta en su exposición.

2. Resulta, así, ostensible que Blackstone recurrió a la doctrina de la *causa* del *civil law* para aportar su entramado fundamental a la doctrina de la *consideration* del *common law*. Eso induce a pensar en que él no veía diferencias fundamentales entre ambas. Este pensamiento se ve ampliamente

⁸⁵ BALDUS, *Lectura super tres primos libros Decretalium*, ad c. 1 X 1, 35, núm. 5: “Pero cuando tiene causa extrínseca, como la liberalidad, la paz o la concordia, entonces hay que observar absolutamente el pacto”. Véase supra V.

corroborado cuando se examina a fondo en qué consistía la doctrina de la causa de los contratos innominados del *ius commune*, cosa que no hemos podido hacer aquí, puesto que nos hemos autolimitado a recurrir a ella únicamente en cuanto el propio autor lo hizo. Pero si se tiene en cuenta que la *causa* de los contratos innominados consistía precisamente en una contraprestación (ejecutada por derecho civil, meramente prometida por derecho canónico), y que en una contraprestación determinante de reciprocidad consiste la *valuable consideration* (“*something given in exchange, something that is mutual or reciprocal*”⁸⁶), entonces se tendrá a la vista el paralelismo. Paralelismo que en tema de *good consideration* queda cerrado al comparar esta noción con la *liberalitas* del derecho civil y la *causa impulsiva* del derecho canónico, en los términos insinuados antes⁸⁷.

Si, en fin, se tiene presente que Pothier (ya antes Domat, en realidad⁸⁸) convirtió la *causa finalis* de los *contractus innominati* (es decir, las prometidas prestaciones recíprocas de dar o hacer) en *cause des contrats intéressés*, en los términos por lo demás examinados antes, que son estos: “*Dans les contrats intéressés, la cause de l’engagement que contracte l’une des parties, est ce que l’autre partie lui donne, ou s’engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge*”⁸⁹, podemos concluir al menos que la doctrina de la *consideration* de Blackstone y la doctrina de la *cause* de Pothier (reflejada después en el *Code Civil* y recibida por la *école de la exégèse* durante todo el siglo XIX) son intercambiables.

⁸⁶ Véase supra III, 1.

⁸⁷ Véase supra VII.

⁸⁸ Sobre la causa en Domat y Pothier: GUZMÁN BRITO, A., *Causa del contrato y causa de la obligación* cit. (n. 10), en REHJ. 23 (2001), pp. 344 - 365 [= *Roma e America* 12 (2001), pp. 298 - 315].

⁸⁹ POTHIER, R.-J., *Traité des obligations*, párr. 42.