

CAUSA Y CONSIDERACION

Ciertamente, el tema que nos proponemos desarrollar en este estudio no ofrece una gran novedad, ya que en los últimos lustros ha sido el favorito de un considerable sector de destacados juristas —tanto del ámbito jurídico continental euro-americano como del mundo anglosajón del *Common Law*— que se ocupa de la ardua y sugestiva tarea de la técnica comparatista en el campo del Derecho.

La elección del mismo por nuestra parte obedece, sin embargo, a la esperanza que abrigamos de poder decir algo modestamente nuevo en el enjuiciamiento comparativo de ambas nociones.

Sin entrar en detalle sobre los pormenores de la clásica discusión doctrinaria en torno al problema de la “causa” en las obligaciones, sobre el cual tratamos de estructurar un punto de vista, en cierta forma original, en nuestro trabajo: “La noción de “causa y el principio de razón suficiente en el Derecho” (*Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo VII, Nos. 25-26, enero-junio, 1957, pp. 189-208) al que nos remitimos ampliamente, dedicaremos ahora nuestra atención al estudio de la noción de “consideration” dentro del *Common Law*, para terminar con un breve enfoque comparativo entre ella y la “causa” del Derecho continental, con la que, sistemáticamente, suele relacionarse.

Sin querer adelantar desde ahora conceptos fundamentales de este estudio, deseamos no obstante, anticipar la convicción que tenemos sobre la paralela y tal vez idéntica razón de ser que se agita en el fondo de la problemática planteada por ambas nociones, bien que una y otra, “causa” y *consideration*, reconozcan distintas coyunturas de gestación dentro de la evolución del correspondiente sistema jurídico a que pertenecen.

I. La "Consideration" del "Common Law".

Antes de afrontar el tema concreto de la *Consideration*, conviene esbozar un breve cuadro sobre la gestación y desenvolvimiento del *Common Law* que, desde el siglo XIII, viene llenando, junto con el Derecho continental, el panorama jurídico occidental.¹

Tal parece que, después de una confusa etapa anterior al siglo XI, en la que tuvo lugar lo que los ingleses llaman la "conquista" de Inglaterra por los pueblos normandos —al invadir éstos las islas, hacia el año 1066 de nuestra era, capitaneados por el célebre Guillermo el Conquistador, Duque de Normandía— y durante la cual los usos y las costumbres de los habitantes insulares, junto con las de los primeros invasores, anglosajones y daneses, constituyeron las bases de su rudimentaria y bárbara organización jurídica, comienza propiamente la estructuración del Derecho inglés de tipo consuetudinario y de formación empírica, elementos estos que, aunados al espíritu conservador y tradicionalista de dichos pueblos determinaron, desde sus inicios, las características actuales del *Common Law* —modelado, preminentemente, a través de la jurisprudencia de sus tribunales— que lo han mantenido al margen de la influencia decisiva del Derecho romano que inspiró casi la totalidad de las demás ordenamientos jurídicos del mundo. Tales características se perpetuaron en virtud de la regla del *Stare Decisis* —estar a lo decidido—, principio edificante del gran monumento jurídico anglosajón. De acuerdo con este principio, lo que se ha resuelto en un caso sometido a la consideración de un tribunal inglés, es obligatorio, para éste y para los tribunales de rango inferior, en todos los demás casos semejantes que en el futuro puedan presentarse, por la fuerza vinculatoria del acatamiento al precedente.²

La organización feudal introducida por los normandos en Inglaterra, originó, al principio, un sistema judicial de carácter local, no dependiente del rey, sino sostenido por los señores feudales. Poco después, conforme se fueron afirmando las reales instituciones, el gobierno fue centralizándose y la función judicial absorbiéndose en las facultades del monarca, que llegó a controlar todos los aspectos del poder a través de su Consejo

1 Cf. Fausto E. RODRIGUEZ, *Justicia y Equidad*, México, 1950, pp. 81-84 y 89.

2 Edward B. WHITNEY, *The Doctrine of Stare Decisis*. Artículo publicado en el Vol. XIV de la Col. "International Congress of Arts and Science", por la University Alliance, London y New York, 1908, p. 638.

Real o *Curia Regis*, germen de las actuales instituciones políticas del Imperio: Parlamento, Gabinete y Cortes.

Hacia principios del siglo XII, con Enrique II, comenzó a integrarse un cuerpo unitario de tribunales reales que tomaron, como de su exclusiva competencia, materias que hasta entonces lo habían sido de la de los dispersos jueces locales, respecto de los cuales constituyeron aquéllos, en todo caso, una especie de segunda instancia. Fueron principalmente las cuestiones sobre propiedad y posesión de las tierras feudales, que eran las que motivaban los más serios conflictos entre señores feudales y vasallos —por la manifiesta ventaja que en ese aspecto tenían los primeros sobre los segundos, dado el control que ejercían sobre los jueces comunales, que eran su hechura—, las que llevaron al monopolio de tales asuntos por parte de las cortes reales.

Poco a poco fueron consolidándose y definiéndose las competencias de los diversos tribunales derivados de la descomposición del Real Consejo, culminando en el siglo XIII con el establecimiento de los tres principales tribunales ingleses de derecho común, anteriores a la reforma judicial de 1873-75: la Corte de Asuntos Ordinarios (*Court of Common Pleas*), la Corte del Banco del Rey (*Court of King's Bench*) y la Corte del Fisco (*Court of Exchequer*), a través de cuya jurisprudencia fue tomando cuerpo y unidad el *Common Law* o Derecho estricto inglés.

Lentamente, por esta vía de respeto al precedente —con todos los inconvenientes implicados por ella— fue forjándose un acervo de principios jurisprudenciales, provenientes de la sistematización de las diversas soluciones pronunciadas en los distintos casos presentados a la consideración de las cortes inglesas, que constituyeron todo un acopio de “derecho judicial” (*judge made law*):³ el *Common Law* en sentido estricto, impermeable a toda consideración ajena a los elementos proporcionados por los precedentes. La urgencia de un remedio contra el rigor y la inflexibilidad de sus principios, fue gestando una corriente de *equidad*, iniciada por conducto del *Lord Chancellor* del Consejo Real —personaje que significó para el derecho inglés lo que el Pretor para el romano antiguo—, hasta llegar al establecimiento y consolidación de una verdadera jurisdicción específica frente a la del “derecho común”, no precisamente antagónica, sino más bien a manera de un apéndice de ésta: la *Equity* que, al decir de Allen, citando a Maine, “ha sido una especie de jurisdicción suplemen-

3 Paul VINOGRADOFF, *Common-Sense in Law*, Chap. VII, Tenth Imp. The Home University Library. London, 1933, p. 169.

taria o residual sin la cual el derecho se hubiera estancado fatalmente".⁴ El proceso de afirmación de esta nueva rama del derecho anglosajón fue obra de las Cortes de Cancillería en Inglaterra y de las Cortes de Equidad en los Estados Unidos.

Este movimiento de complementación y mejoramiento del *Common Law* estricto, se inició hacia el siglo XIV y alcanzó sus máximos desarrollos en el XIX, en que el Lord Canciller Eldon introdujo también, en la rama de la *Equity*, el principio del *Stare Decisis*, como criterio determinante en la decisión de los conflictos de equidad, mediante el acatamiento a los precedentes privativos de esta jurisdicción; circunstancia que ha venido a hacer de la *Equity* una rama tan técnica y jurídica como la del *Common Law*, al grado de que el propio Allen ha dicho que, en algunas materias, "hay una 'super-rectitud' de equidad tan desafortunada en sus consecuencias como la 'super-rectitud' del derecho, un rigor *aequitatis* tan austero como el rigor *iuris*... la Cancillería ha ido mucho más lejos en sumisión al precedente que el *Common Law*".⁵

No sabemos qué factores habrán determinado este peculiar desenvolvimiento del Derecho anglosajón, el que, aparentemente, se ha detenido —en relación al conjunto de ordenamientos de filiación romana— en una primera etapa en el proceso de su normal y lógica evolución hacia el sistema de elaboración científica y racional basada en formulaciones generales, es decir, hacia el sistema de Derecho codificado. Porque podríamos decir con Ihering que "todo principio abstracto, desde el momento que se produce por primera vez, se manifiesta en un caso aislado que se podría llamar *su punto de invasión histórica*"⁶ y que, necesariamente, por este momento ha tenido que pasar todo orden jurídico existente, en el proceso de su formación; es decir, que todo Derecho ha debido tener, en sus orígenes, una base empírica indiscutible;⁷ las primeras situaciones de conflicto planteadas a la consideración judicial. Sólo que el Derecho anglosajón parece haberse quedado en esta primera etapa, mientras que el Derecho romano y sus derivados modernos continuaron por la vía de la racionalización progresiva hasta el sistema de codificación de sus principios generales, objetivados en las normas jurídicas integrantes del derecho positivo. Lo cierto es que, en definitiva, en ambos tipos de sistemas —uno

4 Carleto K. ALLEN, *Law in the Making*, Chap. V, Third Edition, Oxford University Press, 1939, pp. 305, 306, 322 y 328.

5 *Idem*, pp. 340 y ss.

6 Rudolf v. IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, lib. II, cap. I, § 44.

7 Joaquín DUALE, *Una revolución en la lógica del Derecho*, Lib. Bosch, Barcelona, 1933, p. 21.

por demasiado empírico y el otro por excesivamente racional— han sido más o menos los mismos las diferencias y los inconvenientes. Tan es así, que en ambas manifestaciones jurídicas se ha hecho necesaria la benéfica intervención de la idea de *equidad*, bien como principio formal estimativo, bien como jurisdicción accesaria de la del derecho común, pero, en todo caso, como factor *sine qua non* del progreso jurídico.

Una considerable ventaja ha implicado el sistema romanista sobre el anglosajón por cuanto a la mayor facilidad en el manejo de los principios jurídicos en su aplicación; pero, en cambio, el sistema del *Common Law* ha logrado mantenerse, en su desarrollo, más apegado a la realidad vital que aquél.

Parece que actualmente se observa ya, en el Derecho angloamericano, sobre todo en los Estados Unidos, una gradual tendencia hacia una reestructuración científica de su Derecho, así como la gestación de una filosofía jurídica.⁸

Ahora bien, aun cuando la época de formulación del *Common Law* por vía jurisprudencial puede ubicarse en la Inglaterra del siglo XIII, su etapa de consolidación sólo comienza a fines del XVI y principios del XVII, en que la labor jurídica de Sir Edward Coke lo plasma en las fórmulas que después han de pasar a Norteamérica.⁹

Dentro de las dos ramas en que se halla dividida la jurisdicción de los tribunales del *Common Law*, derecho estricto y *Equity*, ha sido en la primera que se ha desenvuelto toda esa concepción que, tradicionalmente, se designa con el término de *consideration*. El origen preciso de la expresión es algo que no ha podido determinarse. Generalmente se localiza su aparición en el léxico de los tribunales ingleses del siglo XV,¹⁰ y algunos consideran que la vía de su introducción ha sido la influencia de la concepción causalista del Derecho romano y canónico. A este respecto suele citarse el famoso diálogo de St. Germain, muy difundido por su traducción al inglés en esa época en Inglaterra, que consigna el coloquio entre un *Doctor iuris* —exponente del tipo romano-canónico de Derecho— y un *Estudiante del Common Law*, y en el cual hay un pasaje en el que, tratando el Doctor de hacer comprender al Estudiante la idea causal en los contratos, emplea en su explicación la palabra “*consideration*” como sus-

8 Benjamín N. CARDOZO, *The Growth o the Law*. Yale University Press, 8th. Imp. 1946, p. 1.

9 Roscoe POUND, *El espíritu del “Common Law”*, Trad. de José Puig Bru-tau, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pp. 30, 31 y 54.

10 POLLOCK, *On contracts*, 3ª ed., Stevens & Sons Limited, London, 1950, (Ed. de Sir Percy Winfield), p. 134.

titutivo de la expresión latina del Derecho romano, generalmente inaccesible para la mentalidad anglosajona.¹¹

Por otra parte, la connotación de *consideration* ha pasado por diversos matices, desde su sentido gramatical más general de “acción de pensar, meditar o reflexionar sobre una cosa con atención y cuidado”, pasando por su acepción como “los razonamientos fundantes (*considerandos*) de una resolución”, hasta su posterior significado concreto de “aquello en virtud de lo cual una persona realiza una prestación o hace una promesa”¹² que es el sentido propio del término dentro de la técnica jurídica del *Common Law* en materia contractual.

Es una cuestión generalmente aceptada por los tratadistas del Derecho inglés y norteamericano que la historia de la idea de *consideration* se halla ligada con la llamada *Actio of Assumpsit* del *Common Law*. Esta acción comenzó a concederse en asuntos de responsabilidad del demandado por el imprudente cumplimiento de su obligación contractual, si causaba con su negligencia un daño al actor (p. e., el médico que administra medicamentos contraindicados; el batelero que sobrecarga su embarcación y ahoga al caballo del actor, cuyo transporte ha asumido, etc.)¹³

De este tipo de casos —negligencia en el cumplimiento de la obligación (*misfeasance*)— se pasó a conceder la misma *actio* en aquellas hipótesis en las que el demandado había faltado simplemente al cumplimiento de lo prometido (*non-feasance*).

En ambas clases de supuestos anteriores, la noción de *consideration* se hacía consistir en el daño o detrimento causado al actor por el acto o abstención del demandado, como base para conceder al primero la *Actio of Assumpsit*. Posteriormente, se admitió como fuente de *consideration*, para la validez de una promesa de pagar una deuda anterior, el hecho mismo del beneficio recibido por el promitente (*Actio of Debt*).

Estas dos clases de *consideration* que se han ido configurando por la evolución del concepto en la práctica de los tribunales, sirvieron para la moderna formulación de la definición del término dada por la *Exchequer Chamber*, en 1875, en el caso *Currie v. Misa*, que más adelante transcribimos.

11 Citado por Luis Ma. ESTIBALEZ S. J., *La “consideración” en el Derecho contractual inglés*, en “Estudios de Deusto”, N° 9, 1957, Bilbao.

12 POLLOCK, *op. cit.*, p. 135.

13 AMES, *The History of Assumpsit*, 1882, 2 *Harvard Law Review*, 1, 2; y *Selected Readings*, p. 33 (cit. por WILLISTON, *Treatise on the Law of Contracts: Selections*, Baker, Voorhis & Co., N. York, 1-38, p. 125).

Desde luego, pues, la operancia de la locución estudiada se verifica en el campo obligacional de los contratos y la elaboración de toda la doctrina que en torno a ella se ha acumulado ha sido obra, en gran parte, de la paulatina integración que del concepto ha venido realizándose, a través de la función de los tribunales angloamericanos, en la resolución de los casos que se van presentando, y sobre cuyo comentario han trabajado los teóricos de la materia.

De aquí se desprende el “casuismo” que caracteriza a toda la teoría sobre *consideration* y, consecuentemente, su inacabada y renovada formulación de acuerdo con las nuevas hipótesis que se van suscitando día con día y sometándose a la estimación de los jueces del *Common Law*. En tales condiciones, sólo pasaremos a destacar aquellas notas que ya se han definido como más características de la *consideration* y que nos suministran una idea más o menos clara sobre su naturaleza y función dentro de la esfera contractual del derecho anglosajón.

Pues bien, existen dentro del panorama de los contratos del *Common Law* de nuestros días, dos grandes sectores: a) las promesas o contratos formales *under seal*, para cuya validez basta la formalidad del acta sellada que consigna la promesa o promesas de los contratantes, y b) las simples promesas que, sin reunir formalidad alguna, tienen, en cambio, una *consideration* suficiente. Cualquier otro tipo de promesa que no reúna uno de los dos requisitos mencionados, no tiene relevancia jurídica alguna, considerándose *nudum pactum*, que no crea obligación.¹⁴

La formalidad del sello en los contratos *under seal* fue introducida por los normandos¹⁵ y, propiamente, viene a ser un sustituto del requisito de la *consideration*. Contra un convenio que obre en acta sellada (*deed*), sólo puede alegarse *fraude*; es un principio claramente establecido —el juez Holmes lo afirmó en el caso *Krell v. Codman*, en 1891— que “en ausencia de fraude, de presión o de injusticia, la *consideration* no debía ser investigada en un instrumento sellado”.¹⁶

14 James G. BALLENTINE, *Law Dictionary*, Rochester, N. Y., 1930 (voces: *consideration* y *nudum pactum*) también John SALMOND y James WILLIAMS, *Principles of the Law of Contracts*, London, 1945, p. 97.

15 *The Archeological Journal*, 1850, 1 (cit. por Robert A. MACDONELL, *Necessity of Consideration on a Sealed Instrument*, en “Notre Dame Lawyer”, 1946, N° 3, pp. 219-221).

16 Citado por Robert A. MACDONELL, *op. cit.* El autor consigna en su artículo la tendencia, observable en varios Estados de Norteamérica, dirigida a derogar, mediante leyes, el principio en cuestión y dice que la mayoría de ellos —Michigan y Wisconsin entre otros— han abolido la distinción entre contratos sellados y no sellados, a los efectos del requisito de la *consideration* que se exige para toda clase de contratos, dejando, sin embargo, la presunción *iuris tantum* en favor de los sellados (*under seal*) de que están provistos de una *consideration* valuable y suficiente.

La razón de ser de tal principio radica, indudablemente, en la reflexión de que una relación contractual que consta en instrumento sellado, concluido con tal deliberación y solemnidad, ha de suponerse basado en una *consideration* suficiente.

La definición clásica, decíamos, de la *consideration* fue dada por la *Exchequer Chamber*, en 1875:

“Una *consideration* valiosa, en sentido jurídico, puede consistir bien en un derecho, interés, provecho o beneficio que resulte para una de las partes, bien en un detrimento, pérdida o responsabilidad que la otra padece o asume por su cuenta”.¹⁷

En nuestros días, el *Restatement on Contracts*¹⁸ —especie de codificación privada de los principios rectores de la materia dentro del *Common Law*, realizada por el “American Law Institute” —ha establecido la siguiente definición:

“La *consideration* para una promesa puede consistir en un acto diverso de una promesa, en una abstención o en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, o bien en otra promesa pactada y otorgada a cambio de la primera. La *consideration* puede ser dada al promitente de ésta o a alguna otra persona y otorgada por el promisario o por algún tercero”.¹⁹

Esta definición parece ser más completa que la de la *Exchequer Chamber*, pues comprende tanto los contratos unilaterales como los bilaterales. A este propósito, debemos aclarar que el carácter unilateral o bilateral de un contrato en Derecho angloamericano²⁰ atiende al hecho de las prestaciones (hechos o abstenciones) cuyo cumplimiento quede pendiente (prometido) para una época posterior, más o menos próxima, respecto de la de concertación del convenio. En relación con esto, debe también hacerse notar que la noción de *consideration* únicamente opera frente a la *promesa* o intención jurídica declarada de uno de los contratantes de dar, de hacer o dejar de hacer algo en beneficio del co-contratante o de un tercero, por lo que cuando se trata de una transacción en la que ambas partes cumplen *ipso facto* con el contenido de sus respectivas prestaciones, allí mismo se agota la relación obligacional, en la que la *consideration* no llega a entrar en función.²¹

17 *Currie v. Misa*, 1875, L. R. Ex. at 162 (cit. por POLLOCK, *op. cit.* p. 133).

18 En lo sucesivo, lo citaremos simplemente por *Restatement*.

19 *Restatement*, § 75. En el mismo sentido, Paul R. CONWAY, *Outline of the Law of the Contracts*, Harmon Publications, N. York, 1939, p. 115.

20 *Restatement*, § 12.

21 POLLOCK, *op. cit.*, p. 133.

En la exposición de las notas más características de la *consideration* nos atenderemos, básicamente, a los principios consignados en el *Restatement* ya citado, adoptado en 1932, y a algunos de sus correspondientes comentarios incluidos en el mismo al pie de cada párrafo.

Por regla general, nadie que haga una promesa informal, esto es, no sellada, puede ser obligado a cumplirla, a no ser que dicha promesa esté sustentada por una *consideration* suficiente.²² “Un pacto sin una *consideration* es una contradicción en los términos y no puede existir”, decía Lord LOUGHBOROUGH LC. en el caso *Middleton v. Lord Kenyon*, en 1794.²³

La *consideration* constituye, pues, uno de los requisitos de formación de todo contrato informal, salvo las excepciones limitadas referidas por el *Restatement* en sus §§ 85-94 y 535.²⁴

Es necesario distinguir entre la “existencia” de *consideration* y la “suficiencia” de la misma. No basta, en efecto, que en un contrato o promesa se haga una simple referencia a la existencia de una prestación, en realidad no cumplida, como *consideration* de la promesa, por el mero afán de dar apariencia de pacto a un convenio.²⁵ Esta falsa referencia sólo hace prueba en los supuestos citados en los párrafos 243 y 244 del *Restatement*²⁶ La *consideration* debe de ser efectiva y no meramente aludida en el contrato.

De la definición de *consideration* dada por el *Restatement* se desprende, desde el punto de vista de la naturaleza unilateral o bilateral del contrato, que en los unilaterales la *consideration* necesariamente ha de consistir en una prestación (acto abstención, etc.), ya realizada y no en otra promesa a cambio de la del obligado, y que en los bilaterales, la *consideration* para la promesa de una de las partes consiste en la promesa, absoluta o condicional, hecha en cambio por la otra parte.²⁷

Sobre la determinación de en qué consista materialmente la *consideration* para cada promesa en los contratos bilaterales, se ha suscitado una interesante discusión en el medio doctrinal de los juristas anglosajones. A este respecto, bueno es saber que la teoría de la *consideration* funcionó originalmente y durante mucho tiempo sólo a propósito de las promesas unilaterales; no fue sino hasta fines del siglo XVI que comenzó a sancio-

22 *Restatement*, § 75, Comentario a.

23 Citado por Luis Ma. ESTIBALEZ, *op. cit.*, p. 181.

24 *Restatement*, § 19.

25 *Idem*, § 75, Comentario b.

26 *Ibidem*, § 82.

27 *Ibidem*, § 75, Comentario d, y § 77.

narse respecto de los contratos bilaterales. Naturalmente, la tendencia inmediata inicial fue la de hacer extensiva a los segundos el concepto de *consideration* aceptado para los primeros, planteando la necesidad de determinar la consistencia del detrimento o del beneficio que entraba en juego respecto de cada una de las promesas integrantes del convenio. Algunos juristas sostuvieron que bastaba atender al hecho mismo de la promesa: cada promesa es suficiente *consideration* para la otra promesa y viceversa; ²⁸ para otros, la *consideration* en los bilaterales la constituye, para cada promesa, el contenido obligacional de la otra promesa hecha en cambio.

Es la primera tesis la que ha prevalecido generalmente, pero con la observación adicional de que, en todo caso, ha de investigarse si los contenidos obligacionales de cada promesa (actos u abstenciones prometidos y por realizarse) constituyen, en sí mismos, un detrimento tal para el promitente que pueda estimarse una suficiente *consideration* para la otra promesa correspondiente. ²⁹

En cuanto a dicha primera tesis, cuya fórmula de la *consideration* en los convenios bilaterales dice que "cada una de las promesas recíprocas o mutuas constituyen *consideration* suficiente para la otra", adviértase su notable semejanza con el principio de la teoría "causalista", formulado por Domat, para los contratos bilaterales también. ³⁰

En Derecho anglosajón, por principio, cualquier acto o abstención que no sea una promesa constituye una *consideration* suficiente, a menos que se trate: *a*) de un acto o abstención reclamado por un deber jurídico que no sea dudoso ni materia de una disputa honesta y razonable, cuando el deber se tenga frente al propio promitente o frente al público en general, o, si tratándose de un deber impuesto por la ley de responsabilidad extracontractual o penal, el mismo se tiene frente a toda persona; *b*) de la renuncia o abstención de hacer valer una reclamación o defensa en juicio, inválidas, por aquél que no tenga la creencia honesta y razonable en su posible validez y *c*) de la entrega de dinero o de bienes fungibles, como *consideration* para una promesa de entregar en la misma época y lugar una cantidad mayor de dinero o de bienes de la misma clase y calidad. ³¹

28 POLLOCK, *op. cit.*, p. 144; WILLISTON, *op. cit.*, p. 142. POLLOCK ha llamado a este principio "una de las secretas paradojas del *Common Law*" (cit. por WILLISTON, *op. cit.*, p. 133, *in fine*).

29 Sobre este punto es fundamental WILLISTON, *op. cit.*, pp. 133-142.

30 Cf. Fausto E. RODRIGUEZ, *La noción de "causa" y el principio de razón suficiente en el Derecho*, "Rev. Fac. de Der. de México", T. VII, Nos. 25-26, enero-junio 1957, p. 192, 2º párrafo.

31 *Restatement*, § 76.

Es oportuno dejar bien esclarecido que la suficiencia jurídica de la *consideration* nada tiene que ver con la equivalencia o adecuación económica de las prestaciones intercambiadas en virtud del contrato, pues ello es algo que queda dentro del exclusivo resorte de los interesados.³² Hobbes afirmaba al respecto que “la medida del valor de todas las cosas en los contratos depende del deseo de los contratantes y, por tanto, su justo valor es aquel que ellos han aceptado darle”.³³ Aquí cabe invocar una expresión que se ha vuelto un adagio generalizado en la jerga jurídica del *Common Law*, en materia de contratos, a saber: que “un grano de pimienta es *consideration* suficiente para una promesa de pagar 100 libras esterlinas” (*nominal consideration*).

En los contratos bilaterales, una promesa es suficiente *consideration* para la otra, salvo en los siguientes supuestos: a) cuando sea presumible que la realización del acto o abstención en que consiste su contenido obligacional sería insuficiente *consideration* para una convención unilateral; b) cuando tal contenido obligacional de la promesa consista en una conducta alternativa, a elección del promitente,³⁴ y cualquiera de los términos de la misma fuera una *consideration* insuficiente, caso de ser la única pactada; y c) cuando el cumplimiento del acto o abstención prometidos no sea exigible jurídicamente en el momento ni después de la concertación del pacto.³⁵

En los contratos unilaterales, la *consideration* es “ejecutada” (cumplida), y en los bilaterales es “ejecutoria” (por cumplirse). En este punto es procedente explicar una distinción que es fundamental en la teoría de la *consideration*: no es la misma cosa una *consideration* “ejecutada que una *consideration* “pasada”. La primera tiene actualidad (presenteidad) y es válida, pues su ejecución ha de ser inmediatamente próxima al momento de la promesa hecha en su consideración —en principio, a solicitud del promitente—, mientras que la segunda se entiende como una prestación o servicio anterior a la época de la promesa que se pretende hacer efectiva, y no tiene valor alguno ni protección jurídica³⁶, dentro del *Common Law*.

Sobre la llamada *past consideration* se halla planteada, en la jurisprudencia y la doctrina anglosajonas, una situación aún oscura, ya que,

32 *Idem*, § 81; y Paul R. CONWAY, *op. cit.*, pp. 123 y sig.

33 *Leviathan*, Parte I, Cap. 15.

34 Paul R. CONWAY. *op. cit.*, pp. 151 y sigs.

35 *Restatement*, §§ 78-80.

36 Paul R. CONWAY, *op. cit.*, pp. 153 y sig.

generalmente, rige el principio de que una *consideration* "pasada" no es suficiente; pero la dificultad está en definir un criterio firme para la caracterización de su preteridad. Quizás para su comprensión ayudaría bastante invocar la teoría de las "estructuras" o de la "forma" (*Gestalt*), desarrollada modernamente en el terreno de la Psicología³⁷. De acuerdo con ella, los fenómenos de conducta —y los jurídicos no son otra cosa—, han de captarse como una "totalidad de sentido" (*estructura*) y no en sus elementos aislados. Tal ha sido, sin duda, el proceso mental que en la realidad practican los jueces anglosajones para llegar a la determinación de la *past consideration*, cuya definición unitaria elude tanto a la concepción. Efectivamente, los teóricos del *Common Law* estiman como "pasada" aquella *consideration* que se hace consistir en un servicio o prestación pasados y que, claramente, presentan una solución de continuidad en su sentido, respecto de la promesa presente que se pretende fundar en ellos, y en relación con los cuales dicha promesa viene a constituir una especie de cosa yuxtapuesta.

La explicación de esta discriminación de la *consideration* "pasada" para negarle su calidad de suficiente, suelen basarla los juristas anglosajones en esta reflexión: el servicio o prestación pasados se han realizado, bien sin el consentimiento del ahora promitente (demandado), y en tal caso no hubo contrato; o bien, con este consentimiento, en cuyo caso desde entonces se perfeccionó cabalmente un acuerdo o convenio —formando en ese momento una "totalidad de sentido" diríamos nosotros— que tiene autonomía respecto de la promesa posterior, a la que ahora se niega obligatoriedad³⁸.

El *Common Law* no acostumbra ver con buenos ojos las promesas gratuitas (donaciones) hechas informalmente, ya que, por definición, carecen de suficiente *consideration*, pues la mera intención del donante de hacer una liberalidad —que dentro de la teoría "causalista" de nuestro Derecho civil es bastante para fundar tales actos—, no comporta una *consideration* valiosa (valuable), esto es, tasable económicamente, para determinar el detrimento o beneficio a cargo del donatario que está en juego en el caso concreto. En tal virtud, estas promesas gratuitas, para ser válidas, deben de hacerse constar en acta sellada (*under seal*) y, aún así, no gozan de la protección legal ni de los remedios que los tribu-

37 Wolfgang KÖHLER, *Psicología de la Forma*, Trad. Raquel Valente de Tortarolo, Ed. Argonauta, B. Aires, 1948; Guillermo DILTHEY, *El mundo histórico*, México, 1944; Eduardo SPRANGER, *Las ciencias del espíritu y la escuela*, Madrid, 1935.

38 POLLOCK, *op. cit.*, p. 143.

nales conceden a las promesas que reúnen el requisito de la *consideration*.³⁹

En relación con lo anterior, precisa recordar que el concepto de detrimento que entra a operar en la noción de *consideration* tiene una acepción amplia, y no limitada a su connotación económica (*valuable*); puede tener también una significación jurídica, como restricción a su libertad de acción que el promisorio asume respecto de la esfera de actividades que cae dentro de su "facultad de señorío" que el Derecho le garantiza.⁴⁰ De donde, p. e., se comprende que dentro del *Common Law* se estime como *consideration* suficiente para una promesa de recompensa económica, el hecho de que una persona acepte, en cambio, dejar el vicio de fumar o de beber —decisión que cae totalmente dentro de su esfera de libertad jurídica— y lo cual, en cierto sentido, más que un detrimento podría considerarse un beneficio para la salud del promisorio.

Sin embargo, el elemento de detrimento padecido por el promisorio o beneficiario de una promesa, es más importante que el de beneficio que pueda recibir el promitente a cambio de su promesa, ya que no es esencial que este último se aproveche personal y efectivamente de la *consideration* suministrada por el primero —el aprovechado puede ser un tercero—, bastando para su validez que la acepte el que con vista de ella hace la promesa (promitente) y que el promisorio consienta el gravamen a su cargo.⁴¹

Por otro lado, es un requisito de la *consideration* que el hecho que la constituya emane siempre del promisorio⁴² y no de un tercero, por lo que el detrimento debe sufrirlo aquél, y para los efectos de su invocación como fundamento de la reclamación judicial de una promesa, el actor (promisorio) debe demostrar la existencia real de esa *consideration* a su cargo.⁴³

Una cuestión final que tiene su importancia dentro de la doctrina de la *consideration*, es la relativa a la discusión sobre la eficacia de las llamadas *obligaciones morales* como constitutivas de aquélla. Inicialmente, se rechazó a la "obligación moral" como fundante de una promesa dirigida a cumplir con ella. Sólo fue reconocida a mediados del siglo XVIII, al

39 *Idem*, p. 134; y *Restatement*.

40 WILLISTON, *op. cit.*, p. 130. Sobre la noción de "facultad de señorío" ver los magistrales desarrollos de Carlos COSSIO, *Teoría Ecológica del Derecho* . . . , ed. cit., Cap. III, principalmente Sección d), pp. 329 y sigs.

41 POLLOCK, *op. cit.*, p. 133.

42 SALMOND y WILLIAMS, *op. cit.*, p. 99.

43 POLLOCK, *op. cit.*, p. 134.

parecer por conducto de Lord Mansfield, quien la introdujo a propósito de pactos o promesas en las que había habido una deuda precedente o que así podía considerarse. Pero en 1840 la *Exchequer Chamber* se pronunció en su contra.⁴⁴ Sin embargo, esta es una cuestión aún no definida del todo. Los §§ 86, 87, 88 y 89 del *Restatement* establecen principios catalogados como casos de promesas informales —no selladas— que, no obstante, no requieren de una *consideration*⁴⁵ y que, en el fondo, consagran verdaderos casos de obligaciones morales como *consideration*; tales son: *a*) la promesa de pagar un adeudo eximido por la Ley de Limitaciones; *b*) la promesa de pagar un adeudo excluido o excluible por la liquidación de una quiebra; *c*) la promesa de cumplir una obligación condicional, a pesar de la no realización de la condición, si ésta no era un elemento esencial para la promesa; y *d*) la promesa de cumplir una obligación anulable.

II. *Apéndice comparativo.*

La somera y por tanto deficiente exposición que acabamos de hacer sobre la *consideration* del *Common Law*, ha tenido por objeto destacar, únicamente, las notas más relevantes que caracterizan a la doctrina elaborada en su derredor, notas que escapan a una definición precisa de la misma, por el desbordado casuismo que la ha acompañado a lo largo de su gestación y desenvolvimiento jurisprudencial. No obstante, consideramos bastantes los elementos apuntados para los efectos del breve enfoque comparativo que a continuación desarrollamos:

Se advierte, desde luego, que respecto de la palabra *consideration* no se plantea la cuestión terminológica que, como grave inconveniente, señalamos, en nuestro aludido trabajo anterior⁴⁶ a propósito de la “causa”. El término *consideration* tiene una prístina connotación que resulta más afín a la índole del razonamiento jurídico.

Para este esfuerzo comparatista entre las nociones de “causa” y *consideration*, resulta de mucha utilidad la caracterización simplista que Roscoe Pound hace, respecto del mecanismo jurídico contractual en uno

⁴⁴ William MEEHAN y Alphonse SPAHN. *Moral Obligations as consideration*, en “Notre Dame Lawyer”, 1946, N° 4, y POLLOCK, *op. cit.*, p. 143; y Paul R. CONWAY. *op. cit.*, pp. 157 y sigs.

⁴⁵ *Restatement*, § 85.

⁴⁶ cf. Fausto E. RODRIGUEZ, *La noción de “causa”...*, *cit.*, pp. 199, 4° párrafo y sigs.

y otro sectores del Derecho mundial.⁴⁷ Afirma Pound, que dentro del sistema romanista de Derecho toda la materia de contratación gira en torno al concepto central de *voluntad* de los contratantes, mientras que en el campo del *Common Law* la idea básica en cuestión de contratos es la de *relación* o situación jurídica objetiva. En nuestro estilo de Derecho, se considera, en efecto, que en un contrato cada una de las partes se obliga en la medida en que aparezca que quiso obligarse,⁴⁸ según se desprenda de los términos del documento o de su interpretación jurídica; en cambio, en el Derecho anglosajón, la manifestación de voluntad del contratante cuenta, pero no lo es todo para los efectos de su vinculación por el contrato. Para el jurista inglés hay “relaciones entre personas que, voluntarias o no, tienen una dimensión jurídica y pueden crear obligaciones y derechos mutuos.

Esta concepción del derecho de *contratos* de los anglosajones deriva, como es bien sabido, de los orígenes feudales (germánicos) de su Derecho, en los que tuvo una grande y preponderante beligerancia la relación entre “señores” y “vasallos”, determinada por la posesión de la tierra, y de cuya relación fundamental se fueron desprendiendo, paulatinamente, todas las demás nociones jurídicas propias de la convivencia entre ambos estamentos. Todavía, en nuestros días, dicha relación tiene su eco en el razonamiento de jueces y abogados angloamericanos sobre los problemas jurídicos que confrontan.

Volviendo a la materia de *contratos*, dice Pound que, p. e., “el romanista considera que el mandato deriva de una manifestación de voluntad por la que una persona atribuye a otra un poder de representación con eficacia jurídica . . . En cambio, el jurista del *Common Law* concibe que se trata de una relación entre el principal y el gestor de la que brotan poderes, derechos, deberes y responsabilidades, pero no como algo querido por las partes, sino como algo que resulta exigido por la naturaleza de la relación”.⁴⁹

En cuanto a nuestro asunto, hemos de recordar, efectivamente, que al enjuiciar el problema de la “causa” en las obligaciones y emitir una opinión⁵⁰ hicimos girar la cuestión en torno al principio de la “autonomía de la voluntad”, que todavía rige en la materia contractual de nuestro Derecho civil, tipo continental, y decíamos que a la susodicha “causa”

47 ROSCOE POUND, *op. cit.*, p. 35.

48 Art. 1,832 del Código civil mexicano vigente para el Distrito y Territorios Federales.

49 ROSCOE POUND, *op. cit.*, p. 40.

50 Cf. Fausto E. RODRIGUEZ, *La noción de “causa” . . .*, cit., principalmente, pp. 204-208.

había que concebirla como una manifestación del *principio de razón suficiente* en el Derecho, por lo que no podía catalogársela, ni mucho menos tratar de encontrársela, como un elemento autónomo al lado del *consentimiento* y del *objeto*, que apareciera como yuxtapuesto a éstos, sino como algo inmanente a ellos, en tanto que sentido o conexión de sentidos de conducta, cuyo conocimiento o verificación recién aflora en la comprensión del caso que el juez —o cualquiera que se coloque en el papel de éste— realiza, al interpretar el contrato como una “totalidad de sentido”, esto es, como una *estructura*, y no como un compuesto de partes yuxtapuestas.

Considero factible practicar, respecto de la *consideration* del *Common Law*, una reflexión semejante. Desde luego, es muy reveladora una circunstancia que nos resulta feliz para el objeto que nos ocupa: la insistencia con la que, en la mecánica contractual del *Common Law*, se alude a la “suficiencia” de la *consideration*, en tanto que elemento *sine qua non* de su validez, como fundamento de la obligatoriedad de una promesa. Ello nos hace ver que la “suficiente” *consideration* de los anglosajones tiene una gran afinidad —nosotros diríamos mejor que son la misma cosa— con el *principio de razón suficiente*, que hemos invocado como explicación del manejo de la idea de “causa” por la tradición jurídica de cuño romanista. En este caso, trátase también de la “razón suficiente jurídica” (*sufficient consideration*) para la validez y exigibilidad de una promesa que crea, por ello, una obligación a cargo del promitente, y cuya determinación incumbe, en última instancia, como en el caso de la “causa”, a la resolución del juez que practica la interpretación del sentido jurídico inmanente a la conducta contractual de los protagonistas del caso a decidir.

A todo esto se debe esa extraña coincidencia que tan a menudo ponen de manifiesto los distintos puntos de contacto que, espontáneamente, ofrecen las doctrinas “causalista” y de la *consideration*, sobre todo a propósito de los contratos bilaterales, según observamos en su oportunidad.

FAUSTO E. RODRÍGUEZ
Del Instituto de Derecho Comparado
de México.