

Por lo tanto, una teoría coherente asignará los derechos mayormente sobre la base de factores que minimizan la probabilidad de generar reclamos conflictivos. En este sentido, la conducta manifestada objetivamente, que por lo general refleja la intención subjetiva, proporciona bases más firmes que las provistas por las intenciones subjetivas para la obligación contractual. La evidencia de intención subjetiva extrínseca a la transacción e inaccesible para la otra parte será relevante sólo en la medida en que ayude al tribunal a determinar el significado “objetivo” de algunos términos ¹⁴⁰.

¿Qué es lo que el promitente debe haber comunicado al destinatario de la promesa para que un juez pueda concluir que existe un compromiso? Si el consentimiento es correctamente entendido como asentimiento “objetivo” o “manifestado”, ¿a qué debe prestarse asentimiento para que nazca una obligación contractual? No basta con que uno asuma un compromiso o prometa realizar o abstenerse de realizar un acto determinado. Tal manifestación no sería más que una promesa ¹⁴¹. La teoría contractual busca ese factor “extra” que, estando presente, justifica la ejecución forzada de un acuerdo o promesa.

La teoría de los derechos indica que ese factor se encuentra presente cuando se presta el consentimiento para la transferencia de los derechos ¹⁴². El consentimiento que se requiere es *la manifestación de la intención de transferir derechos* ¹⁴³. En un sistema de derechos donde las transferencias manifestadas justifican la exigibilidad de los acuerdos, estas manifestaciones implican necesariamente que uno pretende quedar “vinculado jurídica-

conjunto de reglas y principios morales aplicables”); STEINER, *supra* nota 137, en 768 (“Alguien llamado a arbitrar entre dos personas cuyas acciones son mutuamente excluyentes, pudiendo demostrar cada una que su propia acción está comprendida en el ámbito del derecho reclamado... concluirá que al menos uno de los dos derechos invocados es inválido”).

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, “Kabil Dev. Corp. v. Mignot”, 279 Or. 151, 157-58, 566 P.2d 505, 508-09 (1977) (analizado en EISENBERG, “The responsive model of contract law”, 36 *Stan. L. Rev.* 1107, 1119 n.36 (1984)).

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 2 (1979) (“Una promesa es una manifestación por parte de un sujeto de su intención de actuar o de abstenerse de actuar en cierto sentido, hecha en modo tal que justifica que el destinatario de la promesa entienda que existe un compromiso”).

¹⁴² Véase *supra* notas 117-128 y el texto adjunto.

¹⁴³ Esta manifestación de la intención de enajenar derechos puede ser directa o indirecta. El objeto de un contrato de transferencia de derechos directo es transferir derechos enajenables como, por ejemplo, derechos sobre las posesiones externas. El objeto de un contrato de transferencia de derechos indirecto es garantizar que alguien ejerza sus derechos inalienables —por ejemplo, el derecho a trabajar— de un modo particular que exija una transferencia de derechos enajenables (por ejemplo, la indemnización por daños) en caso de incumplimiento. Véase *supra* nota 99; *infra* nota 218; cf. GREEN, *supra* nota 123, en 95 (distinguiendo entre una “oferta autoejecutoria” y una “oferta de hacer o dejar de hacer algo”).

mente”, es decir, respetar el compromiso asumido. Por lo tanto, la frase “la manifestación de la intención de quedar jurídicamente vinculado” ¹⁴⁴ representa en forma nítida lo que el juez debería buscar antes de determinar que existe una obligación contractual ¹⁴⁵.

Charles Fried sostiene que el promitente incurre en una obligación moral porque intencionalmente invocó una convención social cuyo propósito es procurar que otros esperen el cumplimiento de lo prometido ¹⁴⁶. Por su parte, la teoría consensual especifica que el promitente asume una obligación contractual cuya exigibilidad puede justificarse moralmente al manifestar su asentimiento a la ejecución legal y de ese modo invocar la institución del contrato. En las circunstancias descritas por Fried, el promitente puede tener la obligación moral de cumplir su promesa. Hasta esa instancia no tendría obligación legal alguna y el destinatario de la promesa no tendría un derecho jurídicamente tutelado a exigir el cumplimiento ¹⁴⁷. Incurre en una obligación contractual sólo cuando manifiesta a la otra parte su intención de quedar jurídicamente vinculado. Entonces, la base de la obligación contractual no es la promesa *per se*; la base del contrato no es otra cosa que el consentimiento.

Resulta paradójica la adhesión a una concepción “objetiva” del consentimiento que se base sólo en aquellas palabras y aquellos actos de las personas que comúnmente son interpretados como la manifestación de su voluntad subjetiva de quedar jurídicamente vinculadas, aun cuando ellas de hecho no hayan querido transmitir el significado más corriente de esas expresiones ¹⁴⁸. El análisis del consentimiento tiene un interés genuino por las verdaderas intenciones de las partes, pero nunca se tiene acceso directo a la intención subjetiva de las demás personas. Por lo tanto, siempre debemos captar el significado de los términos empleados mediante la comparación de (1) la conducta de las personas con sus palabras; (2) la conducta y las

¹⁴⁴ Cf. GREEN, “Is an offer always a promise?”, 23 *Ill L. Rev.* 301, 302 (1928) (utiliza la frase “una expresión de voluntad o consentimiento de ser responsable”); LORENZEN, *Causa and consideration in the law of contracts*, 28 *Yale L.J.* 621, 646 (1919) (“Los acuerdos que son físicamente posibles y que están jurídicamente permitidos deberían, en principio, ser exigibles... si fue intención de las partes entablar relaciones *jurídicas*”).

¹⁴⁵ Por supuesto, una exigencia adicional de la obligación contractual en un sistema de derechos es que los derechos transferidos sean válidos y enajenables. Véase *supra* notas 99-100 y el texto adjunto.

¹⁴⁶ Véase FRIED, C., *supra* nota 8, en 16.

¹⁴⁷ Cf. I CORBIN, A., *supra* nota 1, § 110, en 490 (“Para que la promesa sea exigible debe concurrir otro factor”).

¹⁴⁸ Del mismo modo, no se considera paradójico que el sistema penal raramente declare la nulidad de los veredictos de los jurados ante una prueba de inocencia que no fue presentada en el juicio.

palabras en distintos contextos; o (3) la conducta y las palabras de una persona con las de otra ¹⁴⁹. Incluso en una teoría subjetiva en algún punto debe haber evidencia de asentimiento subjetivo —aunque sea a partir de una prueba testimonial o de documentos en beneficio propio—.

Por lo tanto, la única diferencia entre el tratamiento que dan a la evidencia de la intención subjetiva el enfoque subjetivo y el objetivo del contrato tiene que ver con la evidencia de la intención subjetiva que es *extrínseca* a la transacción. Al momento de la formación, la evidencia extrínseca es inaccesible para la otra parte, que sólo percibe lo que parece o no parece ser el asentimiento para transferir derechos. Como esta información es, por definición, inaccesible para la otra parte al momento en que se manifiesta el asentimiento, su utilización posterior por un tribunal (siguiendo un enfoque subjetivo) frustra la función que el consentimiento cumple al definir y comunicar claramente los límites de la conducta legítima *al tiempo de la transacción* ¹⁵⁰. Un verdadero enfoque subjetivo de la intención contractual admitiría esta evidencia mientras que uno objetivo la excluiría.

El hecho de que el consentimiento objetivo generalmente tenga prioridad sobre el asentimiento subjetivo no hace peligrar la libertad para cuya protección se formularon los derechos. Nadie sostiene que una visión objetiva tanto de la adquisición de derechos como del uso de los recursos sea inconsistente con la libertad que el esquema de derechos privados intenta garantizar. Más bien, estos enfoques de la adquisición de derechos y del uso de los recursos son aceptados precisamente porque respetan y protegen los derechos y la libertad de *otros individuos*, cuyos planes y expectativas se verían severamente limitados si no tuviesen derecho a confiar en los hechos y en la conducta asertiva de otros tal como parecen ser ¹⁵¹.

Lo mismo sucede en el derecho contractual. Los actos volitivos, tanto las palabras como los hechos, que manifiestan asentimiento para transferir derechos presuntamente vinculan al actor independientemente de su intención subjetiva. Esta teoría contractual apoyada en la “responsabilidad objetiva” resulta atractiva porque también reconoce los derechos legítimos y las

¹⁴⁹ Esta lista puede no ser exhaustiva.

¹⁵⁰ Aunque el destinatario de la promesa puede legítimamente confiar en la manifestación objetiva, si de hecho no confía en la manifestación, exigir el cumplimiento no servirá al propósito de definir los límites de la conducta. Véase *infra* notas 156-60 y el texto adjunto.

¹⁵¹ Una noción correlativa es la de presunción de conocimiento y conocimiento real. Cf. 3 POMEROY, J., *Equity Jurisprudence* § 842, at 292 (5th ed. Symons 1941) (“Si la ignorancia del derecho pudiese ser alegada con frecuencia, no habría seguridad en los derechos, ni certeza en las investigaciones judiciales ni se definirían los litigios” [se omitió la cita al pie]).

libertades de otros ¹⁵². Lon Fuller señaló hace más de cuarenta años que un derecho contractual que busca asegurar la esfera de la autonomía privada tiene una cualidad “bipartidista” que da origen a una teoría objetiva del contrato ¹⁵³.

En la teoría consensual, entonces, los contratos son interpretados poniendo énfasis en el cumplimiento de las intenciones de las partes, pero cuando la intención subjetiva de una de ellas no ha sido manifestada a la otra, sólo la interpretación “razonable” u objetiva del acuerdo establecerá claramente los límites requeridos por un enfoque basado en los derechos individuales.

No hay nada nuevo o revolucionario acerca de la preocupación del derecho contractual por proteger la confianza. Una de las funciones más importantes de los derechos de propiedad consiste en proteger jurídicamente ciertas expectativas de los titulares de derechos de modo que puedan confiar en el uso continuo de determinados recursos. Por ejemplo, el propietario de un terreno confía en su título cuando invierte para construir una casa o una fábrica, porque espera que su derecho sea respetado por el sistema jurídico en el futuro. También confía en su título al irse de vacaciones, y espera que la propiedad aún le pertenezca a su regreso.

En la teoría consensual, la confianza en las palabras o actos de los otros está “justificada” sólo (1) en los casos y en la medida en que tales palabras

¹⁵² Cf. EPSTEIN, “A theory of strict liability”, 2 *J. Legal Stud.* 151, 168-69 (1973):

“Para la doctrina de la responsabilidad objetiva, la prueba de que el demandado ha causado el daño genera [una]... presunción [a favor del demandante] porque [para la doctrina de la responsabilidad objetiva] la prueba de una fuente no recíproca del daño es suficiente para inclinar la balanza dado que una persona debe ganar y la otra perder. No cabe considerar, como parte del caso *prima facie*, si el demandado intentó dañar deliberadamente al demandante, o si pudo haber evitado el daño guardando un cuidado razonable. La elección es entre el demandante o el demandado...”.

¹⁵³ Al distinguir su concepto de “autonomía privada” de la teoría de la voluntad, Fuller observó:

“El principio de autonomía privada, correctamente entendido, de ninguna manera es inconsistente con una interpretación objetiva de los contratos. En efecto, podemos ir más allá y afirmar que la llamada teoría de la interpretación objetiva en su versión más extrema es comprensible sólo en los términos del principio de autonomía privada... [Esta teoría] descansa sobre la necesidad de promover la seguridad en las transacciones. Sin embargo, la seguridad en las transacciones presupone que haya ‘transacciones’, en otras palabras, actos de los particulares que tienen por función crear normas y alterar derechos”.

FULLER, “Consideration and form”, 41 *Colum. L. Rev.* 799, 808 (1941). Por supuesto, la seguridad en las transacciones es una de las tantas funciones que cumple la institución de los derechos. Véase también RAZ, “Book review”, 95 *Harv. L. Rev.* 916, 936 (1982):

“El *test* objetivo de la formación del contrato no es un problema para la visión según la cual el propósito del derecho contractual es apoyar la práctica consistente en asumir obligaciones voluntarias. Por el contrario, dicho *test* es requerido por ésta. Por más paradójico que suene, el derecho reconoce la validez de contratos que no son resultado de obligaciones voluntarias justamente con el fin de proteger a la práctica del abuso y la degradación”.

o actos tengan un significado corriente en el contexto relevante o cuando pueda demostrarse que las partes les han atribuido un significado especial, y (2) cuando este significado exprese un consentimiento para transferir derechos enajenables legítimamente adquiridos. Cualquier sistema basado en los derechos individuales tiene la difícil tarea de determinar qué constituye un título “válido” y qué actos constituyen “consentimiento”. Sólo cuando se definen correctamente estos conceptos puede “esperarse” que el sistema jurídico responda de una manera lo suficientemente predecible como para que nuestra confianza sea “razonable” o esté “justificada”.

2. Los límites del enfoque objetivo

La teoría consensual también explica los límites del enfoque objetivo: por qué a veces la interpretación objetiva debe ceder ante la prueba de una intención subjetiva diferente de una o ambas partes ¹⁵⁴.

A los fines de determinar la existencia de consentimiento, lo que importa es el significado que generalmente le es atribuido a determinada palabra o conducta indicativa de asentimiento —un significado al que ambas partes tienen acceso—. En el derecho contractual, este significado generalizado pasa entonces a ser el significado *presunto* ¹⁵⁵. La presunción puede desvirtuarse, no mediante la referencia a la intención subjetiva del promitente, sino probando que de la conducta de las partes se desprende un significado especial (lo que negaría la función social de aceptar el significado generalizado) ¹⁵⁶ o mediante la prueba de que el receptor de la promesa entendió que el significado pretendido por el promitente era distinto del significado “razonable” ¹⁵⁷. El receptor de la promesa no encuentra “justificada” su con-

¹⁵⁴ Véase EISENBERG, *supra* nota 140, en 1117-27 (para una discusión sobre qué límites deberían imponerse a la aplicación del enfoque objetivo).

¹⁵⁵ Véase *Restatement (Second) of Contracts* § 201 comentario a) (1979) (“Las palabras son utilizadas como símbolos convencionales que representan la condición subjetiva, con un significado estandarizado basado en la práctica habitual o tradicional. A menos que se demuestre una intención distinta, el lenguaje es interpretado de acuerdo con su significado común”).

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, “Weinberg v. Edelstein”, 201 Misc. 343, 345, 110 N.Y.S.2d 806, 808 (Sup. Ct. 1952) (Los tribunales no pueden “confiar en las definiciones despojadas de los diccionarios” sino que deben determinar el significado según las “prácticas y usos del comercio”); *Restatement (Second) of Contracts* § 201 comentario a) (1979). No obstante cf. *id.* § 201 comentario c (“Sin embargo, las partes que utilizan un término estándar en un sentido poco común obviamente corren el riesgo de que su acuerdo sea interpretado incorrectamente en el litigio”).

¹⁵⁷ En la teoría consensual, es totalmente consistente con la función definitoria de límites del derecho contractual permitir que el promitente refute el hecho de que el destinatario de la promesa haya confiado en el significado objetivo. Asumiendo que el promitente puede probar este hecho, la confianza para cuya protección fue pensado el enfoque objetivo es inexistente, y permitir esa prueba reduciría las probabilidades de que se cometa fraude. En este aspecto, la teoría consensual sigue la interpretación con-

fianza en el significado común de las palabras o actos del promitente si puede probarse que ambas partes les otorgaron un significado especial. Del mismo modo, la aplicación del significado “razonable” no cumple ningún propósito constructivo cuando no fue el que el receptor de la promesa entendió ¹⁵⁸. La función demarcatoria de límites ¹⁵⁹ propia de los derechos no requiere que esa confianza sea protegida o que ese significado sea el que rija ¹⁶⁰.

Esto también explica por qué el uso incorrecto de un término en particular por la parte A, que no conocía su significado ordinario, no la obliga si puede demostrarse que las circunstancias de la transacción advirtieron a la parte B del error ¹⁶¹. La prueba de este hecho demostraría que la función definitoria de límites propia de un enfoque objetivo diseñado para proteger a las partes en la posición de B ha sido cumplida en razón del conocimiento que B tenía de lo que A pretendió manifestar. La teoría consensual, entonces, explica tanto por qué las partes pueden apartarse del significado común de las palabras y los actos, ya sea intencionalmente o no, y por qué debe prevalecer el significado ordinario u “objetivo” cuando el alejamiento de ambos no puede demostrarse.

Las personas generalmente utilizan palabras y acciones convencionales para comunicar su intención con un grado considerable de exactitud. Por ello, sólo en circunstancias excepcionales el resultado de los casos solucionados con un enfoque objetivo, basado en el significado natural y corriente de las palabras y de otras conductas asertivas, será distinto de los casos resueltos mediante un enfoque subjetivo. La mayoría de los casos se resolverán del mismo modo en ambos análisis. Pero a diferencia de la teoría de la voluntad, la teoría consensual, por estar fundada en nociones fundamentales de derechos, puede explicar por qué generalmente damos cumplimiento a la manifestación objetiva de consentimiento cuando difiere de la intención

vencional de la teoría objetiva. Véase, por ejemplo, “*Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.*”, 127 Mo. App. 383, 392, 105 S.W. 777, 780 (1907) (donde se sostiene que el demandado es responsable por incumplimiento contractual si una persona razonable hubiese entendido que aquel había aceptado la oferta del demandante, y así lo entendió el demandante”).

¹⁵⁸ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 7.9, en 483-92.

¹⁵⁹ Véase *supra* notas 139-40 y el texto adjunto.

¹⁶⁰ Cf. FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 7.9, en 484 (“Como el contrato involucra dos partes... la búsqueda de significado empieza por el significado atribuido por las dos partes a las palabras del contrato; cada uno necesita el asentimiento del otro”); U.C.C. § 1-201(3) (1978) (“Acuerdo” significa la negociación de las partes según surge del lenguaje empleado por éstas o se infiere de otras circunstancias como el curso de la negociación, los usos del comercio o de la ejecución según lo dispuesto en esta ley”).

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 153 (1979) (donde se especifica cuándo el error de una de las partes es causa de nulidad del contrato).

subjetiva así como las excepciones en las que prevalece la evidencia de esta última.

C. Determinación de la obligación contractual en la teoría consensual

1. La naturaleza presuntiva del consentimiento

Richard Epstein sugirió que los principios jurídicos utilizados para determinar la obligación pueden ser caracterizados como presuntivos por naturaleza ¹⁶². En otras palabras, los principios jurídicos que intentan describir a grandes rasgos cuáles son las obligaciones a las que darán lugar ciertos actos no deberían ser aplicados de manera “absoluta”. Más bien, estos principios deberían presentar “casos *prima facie*” de obligación jurídica que describan la conexión normal o presunta entre ciertos actos y sus consecuencias ¹⁶³. Tal presunción de obligación, sin embargo, puede ser refutada si se prueba la existencia de otros hechos que el sistema jurídico reconoce como factores que debilitan la significación normal del caso *prima facie*. Estas respuestas o “excepciones” presentadas al caso *prima facie* son sólo vinculantes en principio, ya que también pueden ser rebatidas por otros hechos alegados por la persona que busca obtener reparación. De este modo, los principios o elementos que determinan la obligación jurídica intervienen en etapas ¹⁶⁴.

En la teoría consensual, no habiéndose opuesto ninguna excepción válida, la prueba del consentimiento a una transferencia de derechos enajenables (junto con la del incumplimiento) es suficiente para obtener una sentencia por incumplimiento contractual. El consentimiento es *prima facie* vinculante por su conexión típica con el asentimiento subjetivo (lo que protege los

¹⁶² Véase EPSTEIN, “Pleadings and presumptions”, 40 U. Chi. L. Rev. 556 (1973) (para una descripción del funcionamiento de la argumentación por etapas en el análisis jurídico); cf. EISENBERG, *supra* nota 1, en 641 (“Expresado en el lenguaje del procedimiento civil, los principios que se ocupan de la exigibilidad de las promesas deberían establecer si el incumplimiento de una promesa de una clase determinada da lugar a un reclamo jurídico. Entonces, las cuestiones relativas a la calidad de una promesa individual deberían ser un tema vinculado a las excepciones”).

¹⁶³ Un enfoque que interprete las normas jurídicas presuntamente aplicables —el caso *prima facie*— basándose en las circunstancias “normales” y luego permita ciertas excepciones fundadas en las circunstancias “anormales” que afectan la aplicabilidad del caso *prima facie* minimizaría (aunque tal vez no eliminaría totalmente) el problema de la “textura abierta” de las reglas generales señalado *supra* en la nota 85 y el texto adjunto.

¹⁶⁴ Cf. EPSTEIN, “Defenses and subsequent pleas in a system of strict liability”, 3 J. Legal Stud. 165 (1974) (ofrece una amplia descripción de aquellas circunstancias que refutan la presunción normal implícita en el caso *prima facie* de daño extracontractual según el cual las personas responderían por los daños que causen); EPSTEIN, *supra* nota 152, en 166-74 (A es *prima facie* responsable del daño que haya causado intencionalmente, pero si esgrime exitosamente una excepción, puede que B no tenga derecho a una sentencia favorable).

intereses del promitente) y porque las personas por lo general sólo pueden conocer las intenciones que han sido manifestadas por otros (lo que protege la confianza del destinatario de la promesa y de terceros, así como la “seguridad en las transacciones”). En las dos secciones siguientes se discutirá el caso *prima facie* de consentimiento y el rol que cumplen las excepciones en la teoría consensual.

2. *Determinación del caso prima facie de consentimiento*

Hay dos maneras de manifestar la intención de obligarse. La primera es recurrir al uso deliberado de una formalidad legal ¹⁶⁵ de modo de comunicar en forma explícita a otro un significado concreto: la intención de obligarse. Éste es el modo formal de prestar consentimiento. La segunda consiste en comunicar indirecta o implícitamente ese significado por medio de otro tipo de actos. Éste es el modo informal de consentir.

2.a. *El consentimiento formal*

Durante gran parte de la historia del *common law*, la principal manera de dar origen a lo que ahora entendemos como una obligación contractual consistía en plasmar el acuerdo en un documento escrito y sellado ¹⁶⁶. Las acciones iniciadas sobre la base de promesas informales eran susceptibles de ser objeto de las excepciones comúnmente oponibles a los contratos de apuesta, lo que socavaba seriamente la posibilidad de reclamar el cumplimiento ¹⁶⁷. El surgimiento de la *action of assumpsit* puede entenderse como la respuesta de los jueces del *common law* a presiones competitivas ¹⁶⁸ para escapar de este (y otros) obstáculo procesal a la ejecución de promesas informales.

Como ya se dijo ¹⁶⁹, sin embargo, el surgimiento de la *assumpsit* como la principal acción de cumplimiento contractual requirió el desarrollo de una limitación doctrinaria a la ejecución de los acuerdos, proporcionada por la doctrina de la contraprestación ¹⁷⁰. Este desarrollo finalmente derivó en el

¹⁶⁵ Véase FULLER, *supra* nota 153, en 801 (El uso de una forma legal “ofrece un marco jurídico al cual la parte puede ajustar sus acciones o, para decirlo de otro modo, ofrece canales para la expresión de la intención con efectos jurídicos”).

¹⁶⁶ Véase SIMPSON, A., *supra* nota 75, en 88-90.

¹⁶⁷ *Id.* en 137-44.

¹⁶⁸ Véase HELMHOLZ, “Assumpsit and fidei laesio”, 91 *Law Q. Rev.* 406 (1975) (describe la competencia entre los tribunales del *common law* y los tribunales eclesiásticos en la ejecución de las promesas informales).

¹⁶⁹ Véase *supra* notas 73-75 y el texto adjunto.

¹⁷⁰ La Ley de Fraudes de 1677 era otra limitación de este tipo. Véase A. SIMPSON, *supra* nota 75, en 599-600.

posicionamiento de la teoría de la contraprestación, que a su vez creó involuntariamente problemas doctrinarios en la ejecución de los acuerdos formales en los que no había contraprestación. No obstante su larga historia, los acuerdos formales tales como los contratos sellados comenzaron a ser vistos como “excepciones” al requisito “normal” de existencia de contraprestación. Expresiones tales como “un sello implica contraprestación” o “sustituye a la contraprestación” se hicieron corrientes ¹⁷¹.

A pesar de esos casos y de las compilaciones doctrinarias ¹⁷², las promesas formales han ocupado un lugar incierto en el derecho contractual ¹⁷³ porque han carecido de soporte teórico. En un escenario en el que la opinión está influida por nociones de “intercambio” y “confianza inducida”, cuando no hay intercambio o confianza demostrable que respalden la ejecución, la presencia de una formalidad significativa puede no ser suficiente para satisfacer a los tribunales ¹⁷⁴. Ni siquiera los renombrados trabajos sobre el derecho de los contratos de Lon Fuller ¹⁷⁵ lograron dar un soporte teórico a los contratos formales.

La teoría consensual, sin embargo, proporciona la base teórica ausente en los contratos formales y explica el lugar que éstos ocupan en un derecho contractual bien construido. El uso voluntario por el promitente de una formalidad reconocida transmite de la manera más inequívoca posible a la otra

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, In re “Conrad’s Estate”, 333 Pa. 561, 563, 3 A.2d 697, 699 (1938); “Aller v. Aller”, 40 N.J.L. 446 (1878); cf. CRANE, “The magic of the private seal”, 15 *Colum. L. Rev.* 24, 25-26 (1915) (“Los libros mencionaban con frecuencia que los sellos constituían evidencia de contraprestación; pero la versión correcta de la norma es que un instrumento sellado no requiere contraprestación” [se omitió la nota al pie]).

¹⁷² Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 95 (1979) (especifica las condiciones necesarias para que un documento sellado sea vinculante sin contraprestación).

¹⁷³ Véase FRIED, C., *supra* nota 8, en 28-29 (“La tendencia a alejarse de los sellos por ser una reliquia anacrónica y la naturaleza estrecha y episódica de las excepciones legales hacen que la doctrina de la contraprestación sea la norma”).

¹⁷⁴ Es difícil determinar en qué medida esta negativa se debe a razones teóricas o a la poca importancia de ciertas formalidades que se supone equivalen a sellos. Compárese la opinión de Chancellor Kent en “Warren v. Lynch”, 5 Johns. 239, 245-46 (N.Y. 1810) (“Un garabato con un bolígrafo no es un sello, y no merece ser tenido en cuenta... Por más que llamemos a un papel escritura no será tal si carece de los requisitos formales... La política de la norma consiste en dotar de solemnidad al otorgamiento de instrumentos importantes, de modo de garantizar la atención de las partes y reducir las posibilidades de que se cometa fraude contra los desprevenidos”) con 1892 *N.Y. Laws*, ch. 677 § 13 (“El sello privado de las personas... en los instrumentos o documentos... será la palabra ‘sello’ o las letras ‘L.S.’ junto a la firma”). Véase también EISENBERG, *supra* nota 1, en 660 (donde se describe la erosión sufrida por “los elementos de ritual y de personificación”); FULLER, *supra* nota 153, en 823 (donde se cuestiona “si con nuestra forma actual de hacer negocios, rutinaria e institucionalizada, las ‘formalidades sábana’ pueden cumplir las aspiraciones que las formas supuestamente deben cumplir”).

¹⁷⁵ Véase FULLER, *supra* nota 153, en 822-23 (“Mientras los hombres se hagan promesas unos a otros, el desiderátum que subyace al uso de formalidades retendrá su relevancia”).

parte la intención de quedar jurídicamente vinculado. Como señaló un tribunal:

“Si una parte ha manifestado su intención en forma completa y absoluta en un documento sellado y entregado, con las formalidades más solemnes previstas por nuestro derecho, ¿con qué razón podría impedirse su cumplimiento cuando no medie fraude o ilegalidad?”¹⁷⁶.

Los contratos formales deberían ser un caso “sencillo” de ejecución contractual, pero las teorías dominantes que requieren la existencia de contraprestación, confianza inducida o incluso “eficiencia” económica tendrían serios problemas para explicar por qué¹⁷⁷. Por el contrario, la teoría consensual no requiere que subyazga intercambio alguno o confianza demostrable para que tales acuerdos sean ejecutables.

Lo mismo sucede, señala Lon Fuller, con la contraprestación nominal y las falsas declaraciones que denuncian una contraprestación recibida¹⁷⁸. La teoría consensual reconoce que la declaración de las partes de que existe “contraprestación” puede satisfacer la función canalizadora de las formalidades, ya sea que exista en realidad contraprestación o no. Si es de conocimiento público que la frase escrita “como contraprestación por valor recibido” significa que uno intenta celebrar un acuerdo jurídicamente vinculante, entonces estas palabras cumplirán la función canalizadora con la misma o mayor eficacia que un sello o cualquier otra formalidad¹⁷⁹. La norma vigente según la cual la falsedad de tal declaración permite a los tribunales anular la transacción por falta de contraprestación¹⁸⁰ es por lo tanto contraria a la teoría consensual¹⁸¹.

¹⁷⁶ “Aller v. Aller”, 40 N.J.L. 446, 451 (1878); véase también *Handbook of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Proceedings* 194 (1925) (“No veo por qué un hombre no podría hacerse responsable si desea hacerlo” [declaración de S. Williston]).

¹⁷⁷ Por ejemplo, cuando no hay una contraprestación distinta a cambio de mantener una oferta irrevocable durante un tiempo determinado, la teoría de la contraprestación tendría dificultades para explicar la exigibilidad de esas “ofertas firmes” tal como están reconocidas en el U.C.C. § 2-205 (1977), el cual no requiere ni contraprestación ni confianza perjudicial para obtener el cumplimiento.

¹⁷⁸ Véase FULLER, *supra* nota 153, en 820 (“El motivo correcto para confirmar estas decisiones sería que el desiderátum que subyace al uso de formalidades está satisfecho por el hecho de que las partes se han tomado la molestia de dar a su transacción la forma de un intercambio”).

¹⁷⁹ Véase EISENBERG, *supra* nota 1, en 660-61 (“Podemos asumir que las partes que simulan formular una promesa con contraprestación cuando no la hay, lo hacen con el fin de que la promesa sea jurídicamente exigible”).

¹⁸⁰ Véase *Restatement (Second) of Contracts* § 71 comentario b (1979); véase, por ejemplo, “Schnell v. Nell”, 17 Ind. 29, 32 (1861) (“La contraprestación de un centavo es y quiso ser claramente, en este caso, solo nominal”); “Shepard v. Rhodes”, 7 R.I. 470, 475 (1863) (La contraprestación de un dólar fue “meramente nominal” [el énfasis es del original]).

¹⁸¹ Véase no obstante *Restatement (Second) of Contracts* § 87(1)(a) (1979) (que modifica la prohibición del § 71 para permitir que las declaraciones sobre contraprestaciones supuestas hagan exigible una “oferta firme” como un contrato de opción).

2.b. *Consentimiento informal*

El consentimiento a una transferencia de derechos puede ser expreso o tácito. Los contratos formales que expresan consentimiento para transferir derechos enajenables no presentan problema alguno para la teoría consensual. La ejecución de compromisos informales en los que la evidencia de la intención de quedar jurídicamente obligado es menos clara, sin embargo, ha asediado al derecho contractual por siglos ¹⁸². En tales acuerdos, los tribunales deben inferir el asentimiento a quedar obligado de las circunstancias del caso, o de las “contraprestaciones” ¹⁸³, o de la “causa” ¹⁸⁴ que indujo a las partes a actuar.

(i) *El intercambio como evidencia de consentimiento*

En la teoría consensual, el intercambio cumple con el rol canalizador ¹⁸⁵. El hecho de que una persona haya recibido algo de valor a cambio de una “promesa” puede indicar que esta promesa fue expresión de una intención de transferir derechos ¹⁸⁶. Más aún, en ciertas circunstancias en las que las transferencias gratuitas son poco frecuentes, la recepción de un beneficio a cambio de una promesa debería indicar objetivamente al promitente que la promesa ha sido interpretada por la otra parte como jurídicamente vinculante ¹⁸⁷.

Aunque la existencia de intercambio u otra motivación para la transacción puede constituir evidencia válida del tipo de acuerdo que se ha cele-

¹⁸² Véase LORENZEN, *supra* nota 144, en 646 (quien critica los límites impuestos por el derecho angloamericano a las formas en que puede demostrarse la “intención de asumir una obligación”).

¹⁸³ Con respecto a este uso arcaico de la palabra “contraprestación”, véase A. Simpson, *supra* nota 75, en 321 (“Las argumentaciones en la acción de *assumpsit* siempre alegaban una confianza inducida”).

¹⁸⁴ Para ver las posibles similitudes entre la noción de “contraprestación” y el concepto de “causa” civil, véase MASON, “The utility of consideration. A comparative view”, 41 *Colum. L. Rev.* 825, 825-31 (1941); cf. LORENZEN, *supra* nota 144, en 646 (“No hay en realidad una ‘doctrina’ de la *causa* que pueda ser definida”).

¹⁸⁵ Cf. *Restatement (Second) of Contracts* § 75 comentario a (1979) (“Dado que el principio de que los intercambios son vinculantes está ampliamente reconocido y es reafirmado en muchas situaciones por costumbre o convención, el hecho del intercambio... tiende a satisfacer la función precautoria y canalizadora de las formas”).

¹⁸⁶ Cf. ATIYAH, P., *supra* nota 123, en 184 (“Uno de los justificativos más comunes de considerar a la promesa como obligatoria es que ella constituye evidencia, reconocimiento, de la existencia de alguna otra obligación debida por el promitente. Al hacer una promesa explícita, el promitente concede o reconoce la existencia y el alcance de la obligación preexistente”).

¹⁸⁷ Los eventuales deberes que la recepción de un beneficio oneroso impone a quien lo recibe están más allá del alcance de este artículo, salvo para señalar que tal recepción puede manifestar la intención del beneficiario de quedar jurídicamente obligado por el compromiso al mismo tiempo asumido.

brado, en la teoría consensual la ausencia de contraprestación no excluye la aplicación de sanciones legales si hay otros indicios de consentimiento. Volviendo a los ejemplos de Fried ¹⁸⁸, si puede probarse que una parte voluntariamente expresó su intención de quedar jurídicamente obligada a mantener una oferta de transferir derechos, condonar una deuda, modificar una obligación o pagar por favores pasados, estos acuerdos son exigibles (siempre que se cumpla con los otros requerimientos contractuales, como la aceptación).

Cuando el intercambio es lo usual —como en la mayoría de las compraventas— no es necesario que el derecho exija una prueba explícita de la intención de quedar jurídicamente obligado, tal como una formalidad adicional ¹⁸⁹, o incluso la prueba del intercambio. En esas circunstancias, si puede probarse que se realizó una venta en condiciones de igualdad, presuntamente ha habido una manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado. Por esta razón, la disposición del Uniform Commercial Code según la cual “un contrato de compraventa de mercaderías puede celebrarse de cualquier manera que indique la existencia de acuerdo, incluida la conducta de las partes que evidencia la existencia del contrato” ¹⁹⁰ es totalmente consonante con la teoría consensual.

En un sistema jurídico animado por el enfoque del consentimiento, el reconocimiento de que la “contraprestación” es solamente evidencia presuntiva de la existencia de consentimiento y de que éste puede demostrarse por otros medios podría producir resultados notablemente similares a la práctica habitual. Sin embargo, para evitar errores y confusiones innecesarias, es importante comprender el marco teórico ¹⁹¹.

¹⁸⁸ Véase *supra* nota 77 y el texto adjunto. Nótese que en la mayoría de estos casos las formalidades son suficientes para indicar la presencia de consentimiento.

¹⁸⁹ Véase FULLER, *supra* note 153, en 806 (La función canalizadora de las formalidades “no tiene lugar cuando las actividades humanas ya están divididas en categorías de negocios claramente definidas... Es por esta razón que importantes transacciones tanto en el mercado de valores como de productos pueden llevarse a cabo con seguridad de la manera más ‘informal’”). La formalidad podría ser exigida, sin embargo, si fuese la costumbre comercial o si la transacción fuese particularmente importante o, en algún otro aspecto, fuera de lo común.

¹⁹⁰ U.C.C. § 2-204 (1977).

¹⁹¹ Como concluye FULLER, *supra* nota 153, en 824:

“Una crítica original a estos problemas llegaría a conclusiones sustancialmente similares a aquellas que resultan de la doctrina de la contraprestación actual. No es necesario abolir la doctrina de la contraprestación sino la concepción del método jurídico que asume que aquella puede ser entendida y aplicada sin tomar en cuenta los fines a los que sirve. Cuando hayamos redefinido la contraprestación de acuerdo con sus políticas subyacentes el problema de adaptarla a nuevas circunstancias quedará mayormente resuelto”.

(ii) *La confianza como evidencia de consentimiento*

La teoría consensual también identifica aquellas circunstancias en las que la presencia de confianza constituye un sustituto adecuado para el tradicional requisito de contraprestación. Si la principal función de la contraprestación es ser un modo de manifestar el asentimiento a obligarse y no constituir un requisito *prima facie* de la obligación contractual, entonces afirmar la equivalencia entre la confianza y la contraprestación ¹⁹² es menos problemático. Los gastos en los que incurre la parte que confía en las palabras y la conducta del promitente prueban la naturaleza de la transacción tanto como lo hace la existencia de contraprestación, especialmente cuando el promitente conoce o debe conocer la existencia de confianza ¹⁹³.

Suponga que A promete algo importante a B como, por ejemplo, transmitir la propiedad de un terreno. La promesa es clara, pero es ambigua en cuanto a los efectos jurídicos buscados. ¿Pretende A quedar obligado y, por tanto, sujeto a las sanciones legales si incumple o está simplemente manifestando lo que cree que serán sus intenciones futuras? Ahora suponga que B anuncia a A su intención de confiar en la promesa de un modo sustancial —por ejemplo, construyendo una casa en el terreno— y que A no dice nada. Suponga además que B comienza la construcción mientras ve que A observa en silencio. Parecería que en tales circunstancias las intenciones ambiguas de A se han clarificado. Al permanecer en silencio frente a una manifestación de confianza tan importante que B no hubiese realizado sin un compromiso jurídico de A (A no podría razonablemente haber creído que B tenía la intención de donarle la casa), A ha manifestado su intención de quedar jurídicamente obligado ¹⁹⁴.

De este modo, el silencio del promitente mientras observa la inversión sustancial en confianza del destinatario de la promesa puede manifestar su asentimiento ¹⁹⁵. En la teoría consensual, la ejecución está garantizada aun en ausencia de intercambio o formalidad si se prueba que hubo consentimiento.

¹⁹² Véase, por ejemplo, ATIYAH, P., *supra* nota 123, en 184-89.

¹⁹³ Véase *id.* en 192-95 (para un análisis del valor probatorio de la confianza en la promesa).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, “Greiner v. Greiner”, 293 P. 759 (Kan. 1930); “Seavey v. Drake”, 62 N.H. 393 (1882); “Roberts-Horsfield v. Gedicks”, 94 N.J. Eq. 82, 118 A. 275 (1922). En cada uno de estos casos, el promitente permaneció callado ante la confianza sustancial en una promesa de transmitir inmuebles. Los tribunales otorgaron una indemnización pese a la falta de contraprestación.

¹⁹⁵ Cf. McCORMICK en *Evidence* § 270, en 799 (3d ed. 1984) (“Si un tercero en presencia de una de las partes del juicio realiza una declaración que contiene afirmaciones de hecho que, de ser falsas, serían negadas por la parte en cualquier circunstancia, el silencio se interpreta tradicionalmente como aceptación” [se omitió la cita al pie]).

Como ya se discutió ¹⁹⁶, cuando intentamos discernir la confianza “razonable” (o prudente) no podemos arribar a ninguna conclusión que sea independiente de la percepción acerca de la exigibilidad de la promesa, lo que nos deja nuevamente frente a la pregunta con la que empezamos. Por consiguiente, una teoría basada únicamente en la confianza no puede contestarla. Por el contrario, en la teoría consensual la confianza está jurídicamente protegida (y por lo tanto se la considera justificada) sólo si se trata de confianza en una intención manifestada de obligarse ¹⁹⁷. La confianza en un acuerdo que no llega a ser una intención manifestada de obligarse no está por lo general protegida y es asumida por el destinatario de la promesa a su propio riesgo.

La única evaluación de “razonabilidad” que exige la teoría consensual es sobre el *significado* “razonable” o probable de las palabras y la conducta del promitente. Pese a lo difícil que a veces puede resultar esta tarea interpretativa, no adolece del mismo tipo de circularidad que afecta a la determinación de la “confianza razonable”. La interpretación de significado en el contexto contractual consiste en establecer, o bien (a) el sentido común y no jurídico de las palabras, (b) el significado especial de la jerga jurídica o de las formalidades que han empleado las partes ¹⁹⁸, o (c) algún otro significado especial entendido por ambas partes ¹⁹⁹. En todo caso, éste es el tipo de investigación en el que rutinariamente nos involucramos cada día al comunicarnos ²⁰⁰.

Al proveer un criterio de exigibilidad *accesible para ambas partes*, la teoría consensual alienta la acción informada. Una vez que se sabe que el estándar jurídico de exigibilidad es el consentimiento, ¿a quién corresponde decir qué conducta es “razonable” o prudente? Podría ser prudente confiar en un compromiso que se sabe no exigible, en virtud de otras circunstancias que el receptor de la promesa conoce del promitente, o podría no serlo. Esta

¹⁹⁶ Véase *supra* notas 20-25 y el texto adjunto.

¹⁹⁷ Esto está sujeto a la condición de que los tribunales ejecuten los acuerdos subjetivos una vez probados. Véase *supra* nota 156 y el texto adjunto.

¹⁹⁸ Una formalidad ideal es un acto tan singular que no tiene un significado “normal” además del jurídico, de modo que ninguna persona “razonable” que no haya buscado ese efecto lo habría realizado. Prender una vela, derramar la cera sobre un documento y luego imprimir sobre ella el sello personal era un acto de naturaleza singular. Una vez que el documento “sellado” pudo ser ejecutado imprimiendo de antemano las letras “L.S” después de la firma, el acto obviamente perdió esta característica. Ver *supra* nota 174.

¹⁹⁹ Este significado incluiría cualquier uso específico empleado en una comunidad en particular. Véase, por ejemplo, “Weinberg v. Edelstein”, 201 Misc. 343, 345. 110 N.Y.S.2d 806, 808 (Sup. Ct. 1952).

²⁰⁰ Ver HART, H.L.A., *supra* nota 85, en 123 (“Los términos generales serían inútiles como medio de comunicación a menos que hubiesen... casos familiares, generalmente indiscutidos”).

decisión no le corresponde a un tribunal. Debería ser claro a esta altura que la teoría consensual identificaría casos de obligación contractual que la teoría del intercambio ignoraría. Por ello, protegería mejor la confianza y la facilitaría: en la teoría consensual, uno no necesitaría haber confiado en un intercambio para estar protegido.

Una vez establecido que la confianza está protegida porque está basada en el consentimiento (y por lo tanto cuando así lo sea), los tribunales deben aún decidir *en qué medida* la confianza será protegida, es decir, cuál es la medida de la responsabilidad por las consecuencias del incumplimiento de la obligación ²⁰¹. El enfoque estándar es adoptar una valoración de la responsabilidad basada en la “previsibilidad” ²⁰², similar al juicio de prudencia o predicción empleado al evaluar la existencia de una obligación basada en la confianza: ¿qué conducta debería haber esperado razonablemente el promitente del destinatario de la promesa que confió en el contrato? Pero el mismo problema visto anteriormente respecto de la obligación existe respecto de la responsabilidad ²⁰³. En ambos casos, lo que la mayoría de las personas haría depende de su percepción sobre cuál es la regla jurídica que regula el alcance de la responsabilidad, por lo que tal predicción no puede por sí misma determinar la regla jurídica.

Así como la teoría consensual encara el problema de la obligación empleando el criterio de “consentir la obligación”, se encargaría del problema de la extensión de la responsabilidad empleando el criterio de “consentir la responsabilidad”. Ésta es la misma respuesta propuesta por el Juez Holmes en “Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.” ²⁰⁴, que ha sido llamada el *test* del “asentimiento tácito” ²⁰⁵.

²⁰¹ Véase EISENBERG, *supra* nota 1, en 651 (“La determinación de qué *tipo* de promesas debería hacer cumplir el derecho está estrechamente ligada con el *alcance* dicha ejecución” [énfasis en el original] [cita al pie omitida]).

²⁰² Véase, por ejemplo, “Hadley v. Baxendale”, 9 Ex. 341, 355, 156 *Eng. Rep.* 145, 151 (1854).

²⁰³ Véase *supra* notas 19-25 y el texto adjunto.

²⁰⁴ 190 U.S. 540, 545 (1903) (la parte que será responsabilizada “debe darse cuenta de la medida de la responsabilidad, en aquellas circunstancias en que *debe saber* que la persona con la que contrata cree razonablemente que él acepta el contrato con la condición especial prevista por éste” [el énfasis es nuestro] [citando “British Columbia Saw-Mill Co. v. Nettleship”, 3 L.R.-C.P. 499, 509 (1868)]); véase también “Hooks Smelting Co. v. Planters’ Compress Co.”, 72 Ark. 275, 286-87, 79 S.W. 1052, 1056 (1904) (para el empleo del *test* del asentimiento tácito); HOLMES, O., *The Common Law* 236-37 (M. Howe ed. 1963) (“Conocer, incluso al momento de la celebración del contrato, aquellas circunstancias especiales que podrán dar lugar a indemnizaciones por daños indirectos en caso de incumplimiento, no es suficiente, a menos que se interprete que la asunción de ese riesgo estaba incluida equitativamente en el contrato”); McCORMICK, C., *A Handbook on the Law of Damages* § 141, en 578-79 (1935) (citando otros casos que siguen el criterio de “Globe” y emplean el *test* del asentimiento tácito).

²⁰⁵ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 12.14, en 875 (quien describe el *test* del asentimiento tácito y señala que ha sido rechazado en la mayoría de las jurisdicciones); U.C.C. § 2-715 comentario

Mientras que la naturaleza ficticia del consentimiento “tácito” ha sido objetada en más de una ocasión ²⁰⁶, la fuente de este problema no se encuentra en la teoría consensual sino en la tradicional renuencia judicial a ejecutar cláusulas expresas que especifican el alcance de la responsabilidad, cuando difieren del estándar aplicado por los tribunales ²⁰⁷. Con estos antecedentes jurídicos, ¿qué otra razón tendrían los agentes maximizadores racionales para negociar tales cláusulas que no fuera su discrepancia respecto de ese estándar y la posibilidad de encontrar la forma de apartarse de él? Al reconocer a las partes el derecho de consentir la extensión de la responsabilidad, del mismo modo que la obligación, puede anticiparse que la ficción del asentimiento “tácito” será reemplazada por verdaderos acuerdos, ya sean implícitos o expresos, cuando las partes discrepen con la regla establecida por los tribunales ²⁰⁸.

Sin embargo, en la medida en que las partes *puedan* autoexcluirse voluntariamente de la responsabilidad integral por todas las consecuencias dañosas previsibles, la adopción de la teoría consensual en esta área es menos necesaria que al nivel de la obligación. Esto se debe a que la mayoría de las personas saben que están celebrando un contrato y, entonces, pueden estipular, y de hecho estipulan, cláusulas que limitan la responsabilidad. En cambio, si la teoría consensual no es empleada para determinar la existencia de la obligación, las partes que no saben que están celebrando un contrato no siempre podrán tomar medidas para evitar la obligación que se les puede imponer.

En resumen, la contraprestación y la confianza son equivalentes en la medida en que la existencia de cualquiera de ellas en una transacción puede manifestar la intención de una o de ambas partes de quedar jurídicamente

2 (1977) (“El *test* del ‘acuerdo tácito’ para el cobro de la indemnización por daño emergente es rechazado”). Pero véase “*Murrow v. First Nat’l Bank*”, 261 Ark. 568, 550 S.W.2d 429 (1977) (donde se acepta el *test* del asentimiento tácito).

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, McCORMICK, C., *supra* nota 204, § 141, en 580 (“agrega la ficción de una promesa tácita a la ficción original de la ‘previsibilidad’...”).

²⁰⁷ Véase NOTE, “Liquidated damages recovery under the restatement (second) of contracts”, 67 *Cornell L. Rev.* 862, 866 (1982) (“Cuando los daños ciertos resultantes de un incumplimiento eran menores o inexistentes, algunos tribunales aplicaban principios de equidad para evitar ejecutar las cláusulas penales” [se omitió la cita]); véase también A. SIMPSON, *supra* nota 75, en 118-25 (quien describe el desuso de la caución condicional).

²⁰⁸ Véase, por ejemplo, POLINSKY, A., *supra* nota 28, en 25 (el derecho contractual proporciona términos supletorios que minimizan los costos de transacción al satisfacer las intenciones de la mayoría de los contratantes); POSNER, R., *supra* nota 30, en 69 (Una función económica del derecho contractual “es reducir la complejidad y, por lo tanto, los costos de transacción ofreciendo un conjunto de términos normales que, de no existir el derecho de los contratos, las partes hubiesen negociado expresamente”).

obligadas. En cualquier caso, la ausencia de contraprestación o confianza no impedirá la ejecución de una transferencia de derechos que pueda probarse de cualquier otra forma, como ser, por ejemplo, por un documento escrito o por la prueba suficiente de un acuerdo verbal claro ²⁰⁹.

3. *Excepciones contractuales: refutación del caso prima facie de consentimiento*

Se requiere de consentimiento, tanto formal como informal, para que exista un caso *prima facie* de obligación contractual. Esto significa que, en ausencia de una excepción (*affirmative defense*), la intención manifestada de transferir derechos enajenables justificará la ejecución del compromiso. Las excepciones contractuales tradicionales son aquellas que describen circunstancias que, una vez probadas, privan a la manifestación de asentimiento de su significación moral y, por lo tanto, también jurídica. Estas excepciones pueden ser agrupadas en tres categorías, cada una de las cuales destruye el caso *prima facie* de consentimiento de una manera diferente.

El primer grupo de excepciones —la violencia, el dolo y (posiblemente) las disposiciones abusivas— ²¹⁰ se refiere a circunstancias en las que la manifestación de la intención de obligarse jurídicamente ha sido obtenida por el destinatario de la promesa incorrectamente; la manifestación de asentimiento fue obtenida ilegítimamente ²¹¹ o se basó en una información errónea de la cual el destinatario de la promesa es responsable ²¹². El segundo grupo —incapacidad, minoridad e intoxicación— está vinculado con atributos del promitente que evidencian una falta de aptitud para declarar su asentimiento. El tercer grupo —error, imposibilidad y frustración— proviene de la imposibilidad de prever en forma acabada en el acuerdo todas las contingencias que pueden afectar al cumplimiento. Todos los grupos describen eventos (a) cuya no ocurrencia podía considerarse un presupuesto real, aun-

²⁰⁹ No se está afirmando que tales medidas de preservación, que cumplen una función probatoria —como la Ley de Fraudes, la regla de la prueba no escrita o ciertos requisitos formales—, estén fuera de lugar en la teoría consensual. Cf. LORENZEN, *supra* nota 144, en 644 (El derecho puede “exigir ciertas formalidades para prevenir el fraude, o como garantía de que el contrato en cuestión representa la voluntad de las partes, si es que acaso se puede jurídicamente proporcionar este tipo de garantías. Pero dentro de los límites delineados, se sostiene, la voluntad de las partes para entablar relaciones jurídicas debería primar”).

²¹⁰ Para un análisis del abuso que lo colocaría en esta categoría de excepciones, véase EPSTEIN, *supra* nota 54; LEFF, *supra* nota 54.

²¹¹ Véase en general PHILIPS, “Are coerced agreements involuntary”, 3 *Law & Phil.* 133 (1984) (para una distinción entre los acuerdos coaccionados y los involuntarios).

²¹² Cf. EPSTEIN, “Privacy, property rights, and misrepresentations”, 12 *Ga. L. Rev.* 455, 466 (1978) (“Las mentiras... socavan la voluntariedad de la conducta del individuo...”).

que tácito, sobre el que se basó el consentimiento, y (b) cuyo riesgo de ocurrencia debe ser soportado por el destinatario de la promesa ²¹³. Cada tipo de excepción, por lo tanto, se distingue por la manera en que destruye la presunción usual sobre el significado del consentimiento. Pero todas las excepciones contractuales válidas describen circunstancias generales en las que al asentimiento parece faltarle su significación moral usual.

Estas excepciones contractuales tradicionales funcionarían en la teoría consensual, como lo hacen actualmente, para preservar la verdadera voluntariedad de la transferencia de derechos, en esos casos excepcionales en los que el consentimiento fue obtenido incorrectamente mediante coerción, o en casos en los que estamos dispuestos a reconocer otras circunstancias, tales como la existencia de información errónea, que invalidan la expresión de consentimiento. Esta negativa a ejecutar algunas instancias de asentimiento aparente, sin embargo, no implica una retirada hacia una teoría de la voluntad subjetiva. Sigue siendo cierto que una manifestación objetiva de la intención de quedar jurídicamente obligado es suficiente para generar un compromiso exigible. El único requisito es que esta manifestación objetiva haya sido voluntaria ²¹⁴.

La teoría consensual explica tanto la recepción moderna de la teoría objetiva en el caso *prima facie* de obligación contractual y las excepciones tradicionales al caso *prima facie*, que se basan en circunstancias que refutan la naturaleza por lo general voluntaria del consentimiento de un modo significativo. Cuando se prueba la existencia de tales circunstancias, ni siquiera el asentimiento manifestado a quedar jurídicamente obligado justifica la ejecución.

CONCLUSIÓN: LA TEORÍA CONSENSUAL EN PERSPECTIVA

La teoría consensual de la obligación contractual considera vinculantes determinados acuerdos porque las partes involucran en la transacción ciertos derechos y manifiestan su asentimiento para transferirlos. Este enfoque

²¹³ En este tercer grupo de excepciones, el consentimiento no fue obtenido incorrectamente por el destinatario de la promesa y la persona que prestó el consentimiento era capaz de hacerlo. Esto, en parte, puede ayudar a explicar por qué los tribunales están bastante abiertos a los argumentos del destinatario de la promesa que dicen que el promitente asumió el riesgo de error, imposibilidad o frustración. Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § § 9.3-.4, 9.6-.7, en 659-61, 666, 684-86, 692-94.

²¹⁴ Véase COHEN, *supra* nota 7, en 578:

“Un sistema jurídico desarrollado... debe trazar alguna distinción entre actos voluntarios e involuntarios... El derecho contractual moderno debería responder y responde a la necesidad de una discriminación mayor o más precisa en lo que hace al carácter intencional de los actos. La regulación del error, la violencia y el fraude en los contratos sería ininteligible sin esta distinción”.

capta con precisión lo que está en juego cuando los individuos buscan intercambiar o conceder derechos que han adquirido o que adquirirán en el futuro. Proporciona asimismo una explicación coherente tanto de la tradicional preferencia del *common law* por una interpretación objetiva de los contratos como de sus excepciones.

La teoría consensual establece que la demostración de consentimiento es suficiente (*prima facie*) para exigir el cumplimiento a la vez que garantiza aquellas excepciones que presentan circunstancias que socavan la significación moral del consentimiento objetivo. La teoría consensual también ilumina la actual insatisfacción que rodea a la doctrina de la contraprestación, reivindicando la reconocida necesidad de ejecutar algunos acuerdos gratuitos y de proteger algunos actos de confianza que no fueron producto de un intercambio. ¿Qué hay de los cinco “principios” contractuales analizados en la parte I? La teoría consensual especifica la verdadera relación entre estos intereses centrales del derecho contractual. De esta forma, ayuda a determinar a qué principio o interés debe darse prioridad en diferentes situaciones.

La atención que la teoría consensual le dedica al tema de la *voluntad* y la *autonomía* individual se refleja en la manera mediante la cual se determina el consentimiento: debe haber una manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado. La ejecución contractual, por lo tanto, usualmente reflejará la voluntad de las partes. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la voluntad, la teoría consensual explica la ejecución de manifestaciones de asentimiento que son contrarias a la verdadera intención de una de las partes. La teoría consensual, como la teoría de la confianza, protege jurídicamente la *confianza* depositada por el destinatario de la promesa en el consentimiento del promitente, incluso en algunos casos en los que éste no tuvo la intención subjetiva de quedar obligado. La teoría consensual se distingue de la teoría de la confianza en que ofrece un criterio ²¹⁵ que permite distinguir la confianza que está jurídicamente protegida de la que no lo está, y que es independiente de la confianza misma.

La teoría consensual facilita la distribución *eficiente* de los recursos protegiendo jurídicamente los intercambios consensuados. De tales intercambios surge información vital y de otro modo inaccesible acerca del valor y de este modo permiten que los recursos sean atraídos por quien les da un uso más valioso. Sin embargo, la teoría consensual reprueba las transferencias no consensuadas, sin importar la supuesta “eficiencia” de tales transferencias. La teoría consensual también elude la indeterminación extrema del enfoque de la justicia sustantiva, a la vez que protege un concepto de justi-

²¹⁵ Véase *supra* notas 197-200 y el texto adjunto.

cia más concreto —el de justicia procedimental— al apoyarse en principios generales sobre la formación del contrato y sus excepciones.

Finalmente, aunque la teoría consensual reconoce que las partes, en ciertas circunstancias, al *negociar* e incurrir en *confianza perjudicial*, pueden manifestar su asentimiento a la transferencia de derechos, también reconoce la relación de dependencia entre la teoría contractual y la teoría de los derechos. Así, la teoría consensual evita los riesgos propios de fundar la obligación contractual completamente en el intercambio o en la confianza.

¿Cómo encaja la teoría consensual en la tipología de teorías contractuales expuesta en la parte I? La teoría consensual es una teoría de los derechos y por lo tanto funda la obligación jurídica en los derechos de las partes. A diferencia de las teorías basadas en una de las partes, la teoría consensual acentúa la función interrelacional del derecho contractual. El criterio de exigibilidad —la manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado— respeta los intereses de ambas partes. El corolario del requisito de manifestación es que el significado de la conducta del promitente es interpretado desde la perspectiva del destinatario (razonable) de la promesa. Exigir la manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado protege la autonomía del promitente.

Además, la teoría consensual reconoce que preocupaciones sustantivas generadas al nivel de los derechos como, por ejemplo, la distinción entre derechos enajenables y no enajenables, pueden afectar la exigibilidad de algunos compromisos. No obstante, no emprende indagaciones de tipo sustantivas respecto de los acuerdos contractuales comunes ni interfiere en éstos como lo harían las teorías basadas en la sustancia. Finalmente, la teoría consensual respalda la aceptación tradicional de que algunos procedimientos, tales como la negociación o el uso de un sello, generan una fuerte presunción de exigibilidad. A diferencia de una teoría basada en el proceso, la teoría consensual especifica claramente su dependencia respecto de nociones subyacentes de derechos que permiten al sistema jurídico elegir qué procedimientos deben ser reconocidos y saber cuándo los requerimientos procedimentales deberían ser ignorados.

Thomas Kuhn, al describir la aceptación de nuevas teorías científicas, ha señalado que el hecho de que ellas no puedan inicialmente contestar todas las preguntas que les puedan ser planteadas no impide que reemplacen a las teorías anteriores ²¹⁶. Más bien, las nuevas teorías son aceptadas porque explican verdades conocidas, resuelven anomalías hasta entonces irri-

²¹⁶ KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions* 157-59 (2d ed. 1970).

tantes y proveen nuevas áreas promisorias de investigación ²¹⁷. Con este criterio, la teoría consensual debería ser considerada un enfoque potencialmente valioso para explicar la obligación contractual.

Aun así, la teoría necesita un mayor desarrollo y elaboración para poder ser evaluada completamente. Por ejemplo, el reconocimiento de que la obligación contractual depende de una noción más profunda de derechos individuales podría brindar una explicación de por qué algunos derechos pueden ser por naturaleza inalienables y por qué entonces algunos acuerdos no pueden ser exigibles. Esta idea puede servir también para determinar qué tipo de recursos contractuales —la ejecución forzosa o la indemnización por daños— corresponden en caso de incumplimiento ²¹⁸.

El propósito de este artículo no es poner fin a la discusión sobre la teoría o doctrina contractual, sino más bien permitir que ésta salga del estancamiento intelectual en el que se encuentra desde hace tiempo, y comience a transitar un camino más productivo. Si el movimiento de “la muerte del contrato” es producto del abandono y la desilusión respecto de la teoría de la voluntad, como una fuente distinta de la obligación contractual, y de la teoría de la contraprestación, como medio que permite distinguir formalmente entre ejercicios de la voluntad vinculantes y no vinculantes, entonces la “resurrección del contrato” constituye un reconocimiento de la correcta función del derecho contractual como mecanismo de transferencia dependiente conceptualmente de una noción más fundamental de derechos individuales. Una mejor comprensión de la obligación contractual debería en última instancia redundar en reglas y principios contractuales que faciliten la importante necesidad social de celebrar compromisos exigibles y confiar en ellos. Se espera que ésta y otras promesas de la teoría consensual sean cumplidas en el futuro.

²¹⁷ Id. en 169.

²¹⁸ Véase, por ejemplo, BARNETT, *supra* nota 99 (analiza cómo la teoría consensual y una correcta distinción entre derechos enajenables e inalienables sugieren que las reglas que regulan la elección de los recursos jurídicos deberían variar según cuál de los tres tipos de contratos siguientes se haya incumplido: una contratación de recursos externos, un contrato sobre prestación de servicios personales o un contrato de servicios empresariales).