CONTRATOS
Fundamentos económicos, morales y legales

Freddy Escobar Rozas
Profesor de Contratos en la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universiad Católica y
Universidad del Pacífico

CONTRATOS
Fundamentos económicos, morales y legales

Palestra Editores
Lima — 2020

347.4 **E79**	Escobar Rozas, Freddy Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales / Freddy Escobar Rozas; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2020. 432 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2020-04685 ISBN: 9786123251291 1. Contratos 2. Filosofía 3. Economía 4. Derecho comercial 5. Interpretación y aplicación

CONTRATOS.
Fundamentos económicos, morales y legales
Freddy Escobar Rozas
Primera edición, Agosto 2020
Primera edición Digital, Agosto 2020

© 2020: Freddy Escobar Rozas

© 2020: Palestra Editores S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú
Telf. (+511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
Agosto, 2020

Diagramación y Digitalización:
Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-04685

ISBN: 978-612-325-129-1
ISBN Digital: 978-612-325-130-7

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Dedicado a:
Bárbara, Matías y Miranda

En memoria de:
Carmen y Oscar
Guillermina y Domingo

AGRADECIMIENTOS

Este libro es el resultado de años de investigación, reflexión, docencia universitaria y ejercicio profesional. Todas estas actividades han sido decisivas para dar forma y contenido al enfoque y a los postulados que estas páginas ofrecen.

Como cualquier otra acción personal, la elaboración de este libro ha sido posible gracias a la colaboración y a la contención de colegas, amigos y familiares. Sea a través de proyectos académicos o profesionales, o a través de conversaciones cotidianas o eventuales, todos ellos me han permitido apreciar, reflexionar y avanzar.

Con el riesgo de omisiones involuntarias, deseo expresar mi profundo agradecimiento a mis *colegas* y *amigos*:

Jeanette Aliaga, Silvana Schenone, Gabriel Ejgenberg, Christoph Kern, Pablo Márquez, Guillemo Cabieses, Enriqueta González, Zelma Acosta-Rubio, Soraya Ahomed, Hugo Forno, Giovanna García, Cecilia O'Neill, Guillermo Morales, Luis Salem (+), Andrés Valle, Leysser León, Rómulo Morales, Paulo Pantigoso y Lorena Klinge.

Deseo también expresar mi
profundo agradecimiento y amor a:

Bárbara, Matías y Miranda
Mis inseparables compañeros de vida;

Ada y Freddy
Mis padres;

Yury, Milagros y Mariell
Mis hermanos;

Víctor Rozas,
muchas gracias por tu generosidad y
apoyo constante.

Américo Rozas,
muchas gracias por tu generosidad y
por enseñarme que existe vida en los libros.

Hortensia Rozas,
muchas gracias por tu generosidad,
contención y apoyo constante.

Contenido

INTRODUCCIÓN.....17

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS.....23

I. Análisis económico 23

II. Mercados 29

III. Decisiones..... 37

IV. Contratos..... 43

V. Asignación de recursos 46

VI. Asignación de riesgos 49

6.1. Incertidumbre..... 49

6.2. Variación de precios de mercado 51

6.3. Desastres naturales y ataques terroristas..... 54

VII. Fallas de mercado..... 58

Bibliografía..... 60

FUNDAMENTOS MORALES 63

I. Análisis moral 63

II. Discurso positivo 65

III. Discurso normativo 71

IV. Bienestar social..... 71

V. Dignidad individual..... 89

VI. Contratos..... 101

6.1. Incremento del bienestar..... 101

6.2. Ejercicio de la libre determinación 103

Bibliografía..... 106

FUNDAMENTOS LEGALES 109

(Primera parte)

I. Fuerza vinculante..... 109

II. Teorías 112

2.1. Enfoque consecuencialista..... 112

2.2. Enfoque deontológico..... 118

III. Reconstrucción 136

3.1. Enfoques parciales..... 136

3.2. Realidad..... 139

IV. Proyectos 144

V. Rol de los contratos..... 149

Bibliografía..... 150

FUNDAMENTOS LEGALES 153

(Segunda parte)

I. Libertad de contratar 153

II. Licitud..... 155

2.1. Reglas y estándares..... 155

2.2. Principio normativo..... 157

2.3. Garantía para planificar..... 170

2.4. Irretroactividad e intangibilidad 176

2.5. Violencia del Estado..... 188

III. Patrimonialidad 193

3.1. Principio normativo..... 193

3.2. Teorías 194

3.3. Inmoralidad del control social..... 206

3.4. Prestación e indemnización 211

3.5. Patrimonialidad y constitución 222

3.6. Retorno al origen 226

Bibliografía..... 228

FUNDAMENTOS LEGALES 233

(Tercera parte)

I. Riesgos contractuales 233

II. Respuestas legales..... 236

III. Riesgos en la etapa de negociación 237

3.1. Selección adversa 237
3.2. Vulnerabilidad 239
IV. Respuestas legales 240
4.1. Respuestas contra la selección adversa 240
4.2. Deber de revelación 242
4.3. Acción de anulación por error 257
4.4. Acción de anulación por engaño 272
4.5. Respuestas contra la vulnerabilidad 285
4.6. Acción de anulación por coacción 286
V. Riesgos en la etapa de ejecución 307
5.1. Comportamiento oportunista 307
5.2. Vulnerabilidad 307
VI. Respuestas legales 308
6.1. Respuestas contra el riesgo de comportamiento oportunista 308
6.2. Acción de ejecución forzada 308
6.3. Acción indemnizatoria 326
6.4. Respuestas contra el riesgo de vulnerabilidad 361
6.5. Acción de revisión del contrato 361
VII. Respuestas del mercado 387
7.1. Cobertura inadecuada 387
7.2. *Morals clause* 388

7.3. Representaciones y garantías 392
7.4. “Covenants” 397
7.5. Efecto material adverso 411
7.6. Interpretación 419
Bibliografía 423

Introducción

En sus orígenes, los sistemas legales fueron diseñados en función del "método del caso". Sobre la base de la experiencia, los cuerpos normativos describían una amplia gama de eventos y asignaban diversas consecuencias a los actores de esos eventos. Las consecuencias en cuestión estaban sustentadas en las ideas vigentes en torno a lo correcto o a lo beneficioso.

El Código de Hammurabi muestra con particular esplendor el empleo de aquel método. Redactado hacia el año 1750 a.C. por el Rey Babilonio Hammurabi, el Código describe diversas situaciones de la vida diaria, deseables y no deseables, y asigna a los actores de esas situaciones consecuencias que responden a la necesidad de incentivar o de desincentivar ciertas conductas. Con un lenguaje sencillo, el Código de Hammurabi ofrece un amplio arsenal de herramientas para influenciar el sentido de la conducta social: "premios", "castigos", "remedios monetarios", "remedios extra-monetarios", "remedios compensatorios", "remedios súper-compensatorios", etc. Aquel arsenal es similar al que suelen emplear en la actualidad los encargados de diseñar políticas públicas regulatorias.

El sistema legal más influyente en la historia occidental también fue diseñado sobre la base del método del caso. Por tal razón, los abogados romanos tenían la posibilidad de arbitrar con precedentes contradictorios y los jueces romanos tenían la obligación de hallar la solución más adecuada para el caso específico objeto de litigio. Esa solución debía

responder a un juicio de valor sobre lo correcto o lo beneficioso[1]. Las recopilaciones efectuadas hacia el año 565 d.C. por orden de Justiniano, que son las que estudiamos en las Facultades de Derecho, eliminaron adrede tales precedentes y presentaron una colección de decisiones artificialmente coherente.

Con el surgimiento de la Ilustración, el empleo del método del caso, que requería la constante revisión de juicios de valor sobre lo correcto o lo beneficioso, empezó a perder terreno en Europa continental.

Gottfried Wilhelm Leibniz, abogado, matemático, filósofo, inventor, inició a temprana edad un ambicioso proyecto personal: lograr que la disciplina legal, a la que encontraba caótica, impredecible e irracional, se convirtiera en una disciplina científica, capaz de ofrecer (i) orden, (ii) predictibilidad y (iii) racionalidad[2]. El razonamiento formal deductivo

[1] La responsabilidad vicaria, por ejemplo, fue creada con el fin de permitir la obtención de un resultado considerado socialmente beneficioso. Para evitar interferencias políticas que distorsionen los mercados, la República prohibía a los senadores realizar ciertos negocios (p.e. expediciones marítimas). Estos últimos, empero, requerían demostrar cierto nivel de riqueza para conservar sus posiciones políticas (250,000 *denarii*). Por tal razón, necesitaban hallar una fórmula legal que les permitiese realizar los negocios en cuestión sin provocar las interferencias políticas antes indicadas. La fórmula más sencilla suponía delegar en sus esclavos la gestión de los negocios prohibidos. Existía, sin embargo, un problema serio: los esclavos no tenían capacidad de obrar; por lo tanto, si los negocios fracasaban, los senadores, y no los esclavos, serían los demandados. ¿Cómo solucionaron este problema que obstaculizaba la realización de negocios a través de la delegación? Aprobando el siguiente principio: el principal (p.e. senador) solo responde de las acciones del agente (p.e. esclavo) en caso que dirija tales acciones. Evitando dirigir las acciones de los esclavos, los senadores lograban realizar negocios bajo un esquema de "responsabilidad limitada".

[2] Jeremy Bentham intentó realizar una reforma similar, pues al igual que Leibniz consideraba que el sistema legal era caótico, impredecible e irracional. Sus propuestas, sin embargo, diferían de las de Leibniz, pues, en lugar de ofrecer la construcción de un sistema científico basado en los precedentes del derecho romano clásico, Bentham ofreció la construcción de un sistema científico basado en el "principio de la utilidad". El abogado, filósofo e inventor inglés propuso, pues, innovar en fondo y en forma.

sería el elemento que lograría transformar para siempre la forma de ejercer la profesión legal.

Hacia finales de 1690, Leibniz finalizó la elaboración del primer código científico de la historia: el *Codex Leopoldus*. A diferencia del Código Hammurabi, el *Codex* no contempla una recopilación de múltiples situaciones de la vida ordinaria, sino más bien un sistema complejo de categorías conceptuales que, aplicadas a través de silogismos, ofrecen respuestas armónicas a cualquier problema de orden legal que se presente.

El *Codex* no fue aprobado por el Emperador Leopoldo I y Leibniz decidió dedicarse a tareas científicas más estimulantes. Sin embargo, el "germen" del pensamiento legal científico había arribado para instalarse en el pensamiento de los nuevos científicos sociales: los juristas racionales. Pronto, en diversos lugares de Europa continental, aquellos científicos comenzaron a elaborar proyectos de códigos racionales[3], que tarde o temprano serían aprobados.

De la mano de la Escuela Histórica alemana, la disciplina legal empezó a abandonar el razonamiento casuístico y a abrazar el razonamiento conceptual. El caos y la no predictibilidad de las decisiones judiciales fueron reemplazados por el orden y la predictibilidad de las normas. El Derecho pasó a convertirse en una disciplina que exigía a sus operadores conocer "categorías conceptuales" (p.e. sujeto, objeto, relación, causa) y aplicar razonamientos formales deductivos (axiomas y silogismos).

Las sociedades europeas continentales, sin embargo, tuvieron que pagar un precio por el orden y la predictibilidad: el progresivo abandono del razonamiento crítico sobre lo correcto y lo beneficioso. El nuevo Derecho Científico solo exigía indagar la naturaleza jurídica del hecho *X*, a fin de asignar la consecuencia *Y* o *Z*. La corrección moral de la consecuencia *Y* o la eficacia económica de la consecuencia *Z* dejaba de ser jurídicamente relevante para el operador legal.

[3] Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756), Allgemeines Landrecht (1794), Code Civil (1804), Austrian Bürgerliches Gesetzbuch (1881).

El Derecho Contractual no fue ajeno al proceso de transformación descrito. Casuístico y pragmático en sus orígenes, de la mano de Leibniz y sus seguidores, el Derecho Contractual pasó a convertirse en la expresión más sofisticada y compleja de la técnica matemática de los juristas racionales. Con su elevado nivel de abstracción y generalidad, el Derecho Contractual de las codificaciones europeas solo requiere de unas cuantas decenas de normas para solucionar de manera coherente, a través del empleo del razonamiento lógico-deductivo de carácter formal, cualquier problema que surja en el mercado, se encuentre o no previsto de forma explícita por el sistema legal.

La abstracción y la generalización ofrecen beneficios, pero también imponen costos. La existencia de soluciones de mercado que desplazan constantemente a las soluciones normativas sugiere que los costos de la abstracción y de la generalización son relativamente altos.

Razonablemente, es posible suponer que el problema del método científico adoptado por el Derecho Contractual codificado es simple: sus soluciones generales y abstractas resultan en algunos casos adecuados, y en otros casos inadecuadas. ¿El motivo? Otra vez, razonablemente, es posible suponer que los hechos objeto de las soluciones generales y abstractas son similares en términos "formales", pero disímiles en términos económicos o morales.

Este libro intenta mostrar el valor y la utilidad de la aproximación que en su momento utilizaron los creadores de los sistemas legales ancestrales. Su propósito es múltiple: (i) explorar los fundamentos económicos y morales de determinadas instituciones del Derecho Contractual; (ii) sugerir respuestas normativas que respondan a los fundamentos en cuestión y que, por tanto, reduzcan los niveles de abstracción y de generalización actualmente existentes; y, (iii) ensayar interpretaciones no convencionales del Código Civil.

Este libro está organizado de la siguiente forma. El Capítulo I explora algunos aspectos esenciales del razonamiento económico y describe las funciones de naturaleza económica que cumplen los contratos. El Capítulo II explora algunos aspectos fundamentales del razonamiento

moral y describe, con cierto detalle, el pensamiento de los autores de las principales escuelas de la filosofía moral contemporánea: utilitarismo y deontologismo. En base al discurso económico y moral desarrollado en los capítulos previos, los Capítulos III, IV y V exploran el sentido y los alcances de ciertas instituciones del Derecho Contractual. El Capítulo III analiza las teorías que explican por qué los contratos son legalmente vinculantes. El Capítulo IV analiza la relación de tensión existente entre los contratos y las normas legales. El Capítulo V describe los problemas que generan los riesgos que afectan a las dos etapas del *iter* contractual, así como las respuestas competitivas que ofrecen el sistema legal y el sistema de mercado.

Estos tres últimos capítulos albergan reflexiones sobre los siguientes temas: (i) por qué existe regulación legal en materia contractual; (ii) qué límites debe observar esa regulación; (iii) qué respuestas normativas exigen los diversos riesgos que afectan a las partes cuando negocian o ejecutan un contrato; y, (iv) por qué los mercados ofrecen respuestas más eficientes.

Por otro lado, estos tres últimos capítulos ofrecen interpretaciones no convencionales de diversas normas contempladas en el Código Civil. El propósito de esas interpretaciones no es otro que dotar de sentido económico o de sentido moral a las normas en cuestión.

El autor.
Lima, julio de 2020.

Fundamentos económicos

> "I am convinced that if it were the result of deliberate human design, and if people guided by the price changes understood that their decisions have significance far beyond their immediate aim, this mechanism would have been acclaimed as one of the greatest triumphs of the human mind. Its misfortune is the double on that it is not the product of human design and that the people guided by it usually do not know why they are made to do what they do"
>
> F. A. Hayek (1945)

I. ANÁLISIS ECONÓMICO

La economía estudia, en términos generales, las decisiones que adoptan las personas, las organizaciones y los Estados en torno a la producción y a la asignación de "recursos valiosos de naturaleza finita" (Becker, 1976, pp. 4-5). Estos recursos pueden ser materiales (p.e. automóviles, terrenos) o inmateriales (p.e. ideas, algoritmos).

No existe parámetro objetivo alguno que defina qué recursos tienen valor. Las diversas y cambiantes preferencias personales definen, en cada momento, qué recursos tienen valor.

La economía parte de una serie de supuestos.

Primero: las personas actúan para obtener beneficios, sea de naturaleza material, sea de naturaleza emocional (Wheelan, 2002, p. 6)[1]. Si *B* decide pagar $1'000,000 a *C* por las acciones representativas del capital de *X*, *B* obtiene un beneficio de naturaleza material: el derecho de recibir dividendos de *X*. Empero, si *B* decide donar $10,000 a *D* con el fin de cubrir el costo de la intervención quirúrgica *Y*, *B* obtiene un beneficio de naturaleza emocional: el alivio de la angustia causada por el deterioro de la salud de *D*[2].

A pesar de que actúan para obtener beneficios, las personas no siempre logran lo que se proponen.

Las personas requieren tener acceso a información relevante para poder tomar decisiones adecuadas, beneficiosas[3]. ¿Debe *C* vender las acciones representativas del capital de *X* al precio ofrecido por *B*? A fin

[1] Oseola McCarthy trabaja como lavandera y vive sola en un departamento antiguo, pequeño y modesto, en el que sobresalen un viejo sofá y un televisor en blanco y negro (que capta una sola señal). En décadas de trabajo logra ahorrar la suma de USD 150,000. En lugar de mudarse a un departamento más confortable o de adquirir muebles y aparatos electrodomésticos que mejoren sus condiciones de vida, decide donar la suma indicada a la Universidad de Mississippi con el propósito de financiar los estudios de personas sin recursos. El beneficio emocional que recibe por ayudar a esas personas es, para ella, más valioso que cualquier otro "beneficio alternativo" (sea de naturaleza material, sea de naturaleza emocional).

[2] "(…) human beings are also motivated by sympathetic regard, that is, they perform actions which are aimed at promoting the happiness of others. However, such actions are not 'disinterested' in the sense that the person performing them has no interest in them. The sympathetic actor receives pleasure from seeing other's people pleasure increase –hence, he still promotes his own pleasure, even though his action is intended to benefit someone else" (Schofeld, 2009, p. 54)

[3] Cada segundo los habitantes del planeta tierra generan conocimiento, información y tecnología. Se afirma que el 90% de la data actual es producto de la interacción de esos habitantes durante los dos últimos años. La existencia de vastas cantidades de información hace que los mercados se tornen complejos y dinámicos. En el Perú de inicios de la década del 2000 las personas solo tienen dos opciones para acceder al servicio de telefonía móvil: plan pre-pago y plan post-pago. En el Perú de mediados de la década del 2010 las personas tienen más de quinientas opciones para acceder a dicho servicio. En la actualidad las empresas y los Estados producen

de poder tomar una decisión adecuada, beneficiosa, *C* requiere tener acceso a información sobre los precios ofrecidos por compradores de "acciones comparables". Si resulta que el precio ofrecido por *B* es inferior a los precios indicados, *C* debe efectuar una contraoferta o simplemente esperar la oferta de algún otro comprador. Aceptar la oferta de *B* sin antes obtener la información referida no parece prudente.

El acceso a información relevante no garantiza, empero, la toma de decisiones adecuadas, beneficiosas.

Los mercados suelen ser extremadamente dinámicos e intensos. Por tal razón, vendedores y compradores suelen exigir respuestas inmediatas. Sin embargo, obtener y procesar información relevante requiere tiempo; realizar un análisis comparativo de los costos y de los beneficios de las diversas opciones disponibles también. Desafortunadamente, los mercados no siempre conceden a vendedores y compradores el tiempo que requieren para estar en condiciones de tomar decisiones adecuadas, beneficiosas.

Existe una circunstancia adicional que puede afectar la toma de decisiones adecuadas, beneficiosas: la presencia de sesgos cognitivos.

El cerebro de las personas opera de dos modos distintos. A veces lo hace de forma rápida y automática, sin esfuerzo (o con muy poco esfuerzo), sin contrastar la información, sin evaluar la evidencia, sin considerar los costos y los beneficios. En estos casos, el cerebro confía en el pasado, por lo que activa un mecanismo que asocia situaciones presentes (*A*,*B*) con experiencias pasadas (*X*,*Y*). Debido a que las situaciones presentes pueden diferir sustancialmente de las experiencias pasadas, el cerebro puede obtener conclusiones incorrectas y, por consiguiente, tomar decisiones incongruentes, irracionales. Otras veces, empero, lo hace de forma pausada, invirtiendo esfuerzo en la labor de contrastar la información, de evaluar la evidencia, de considerar los costos y los beneficios. En estos casos, el cerebro no confía en el pasado, por lo que, en lugar de activar

más información de la que las personas pueden entender y procesar (Ben-Shahar y Schneider, 2014, pp. 15-17).