

CONTRATOS

Fundamentos económicos, morales y legales

FREDDY ESCOBAR ROZAS

CONTRATOS
Fundamentos económicos, morales y legales

Segunda edición

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2024

347.4 E79 2024	Escobar Rozas, Freddy Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales / Freddy Escobar Rozas; 2.ª ed. - Lima: Palestra Editores; 2024 492 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D. L. 2024- ISBN: 978-612-325- 1. Contratos 2. Filosofía 3. Economía 4. Derecho comercial 5. Interpretación y aplicación
-----------------------------	---

Manuales **Palestra**

CONTRATOS
Fundamentos económicos, morales y legales
Freddy Escobar Rozas

Primera edición, agosto 2020
Primera edición Digital, agosto 2020

© 2024: FREDDY ESCOBAR ROZAS

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.
Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú
Telf. (+511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
ALEPH IMPRESIONES S. R. L.
Jr. Rísso 580, Lince, Lima
Agosto, 2024

Cuidado de estilo y edición:
MANUEL RIVAS ECHARRI

Diagramación:
ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-

ISBN: 978-612-325-

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
Carmen Julia

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 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, Guillermo Cabieses, Enriqueta González, Zelma Acosta-Rubio, Soraya Ahomed, Hugo Forno, Giovanna García, 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

Contenido

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN.....	17
FUNDAMENTOS ECONÓMICOS	23
1. Análisis económico	23
2. Mercados	31
3. Decisiones	40
4. Contratos.....	46
5. Asignación de recursos	50
6. Asignación de riesgos	54
6.1. Incertidumbre.....	54
6.2. Variación de precios de mercado	56
6.3. Desastres naturales y ataques terroristas.....	59
7. Fallas de mercado.....	63
Bibliografía.....	66

CONTENIDO

FUNDAMENTOS MORALES	69
1. Análisis moral	69
2. Discurso positivo	71
3. Discurso normativo	76
4. Bienestar social	77
5. Dignidad individual	97
6. Contratos	110
6.1. Incremento del bienestar.....	110
6.2. Ejercicio de la libre determinación	112
Bibliografía.....	114
FUNDAMENTOS LEGALES	
(PRIMERA PARTE)	119
1. Fuerza vinculante	119
2. Teorías	121
2.1. Enfoque consecuencialista.....	121
2.2. Enfoque deontológico.....	129
A. Promesa	129
B. Propiedad	135
C. Consentimiento.....	141
3. Reconstrucción	146
3.1. Enfoques parciales	146
3.2. Realidad.....	150
4. Proyectos	155
5. Rol de los contratos	160
Bibliografía.....	162

FUNDAMENTOS LEGALES (SEGUNDA PARTE)	167
1. Libertad de contratar	167
2. Licitud	169
2.1. Reglas y estándares.....	169
2.2. Principio normativo	171
2.3. Garantía para planificar.....	185
2.4. Irretroactividad e intangibilidad	191
A. Principio de irretroactividad.....	192
B. Principio de intangibilidad	202
2.5. Violencia del Estado	204
3. Patrimonialidad	210
3.1. Principio normativo.....	210
3.2. Teorías	212
A. Teoría subjetiva	213
B. Teoría objetiva	215
C. Errores.....	219
3.3. Inmoralidad del control social	225
3.4. Prestación e indemnización.....	231
3.5. Patrimonialidad y Constitución	244
3.6. Retorno al origen	247
Bibliografía.....	250
 FUNDAMENTOS LEGALES (TERCERA PARTE).....	 257
1. Riesgos contractuales	257

CONTENIDO

2.	Respuestas legales	260
3.	Riesgos en la etapa de negociación	261
3.1.	Selección adversa	261
3.2.	Vulnerabilidad	263
4.	Respuestas legales.....	265
4.1.	Respuestas contra la selección adversa	265
4.2.	Deber de revelación	266
A.	Fundamento económico	267
B.	Fundamento moral	275
C.	Reconstrucción.....	278
D.	Regulación	280
4.3.	Acción de anulación por error	281
A.	Fundamento económico	282
B.	Fundamento moral	291
C.	Regulación	293
4.4.	Acción de anulación por engaño	297
A.	Fundamento económico	299
B.	Fundamento moral	307
C.	Regulación	309
4.5.	Respuestas contra la vulnerabilidad.....	312
4.6.	Acción de anulación por coacción	313
A.	Fundamento económico	315
B.	Fundamento moral	319
C.	Regulación	324

5.	Riesgos en la etapa de ejecución	333
5.1.	Comportamiento oportunista	333
5.2.	Vulnerabilidad	334
6.	Respuestas legales	335
6.1.	Respuestas contra el riesgo de comportamiento oportunista	335
6.2.	Acción de ejecución forzada	335
	A. Fundamento económico	337
	B. Fundamento moral	346
	C. Regulación	353
6.3.	Acción indemnizatoria	358
	A. Fundamento económico	359
	B. Fundamento moral	371
	C. Regulación	374
6.4.	Respuestas contra el riesgo de vulnerabilidad	396
6.5.	Acción de revisión del contrato	397
	A. Fundamento económico	398
	B. Fundamento moral	412
	C. Regulación	417
7.	Respuestas del mercado.....	423
7.1.	Cobertura inadecuada.....	423
7.2.	Morals clause	424
7.3.	Representaciones y garantías	428
7.4.	Covenants.....	436

CONTENIDO

7.5. Efecto material adverso	450
7.6. Indemnidad	458
7.7. Penalidad	464
7.8. Interpretación	473
Bibliografía.....	478

Introducción



En sus inicios los sistemas legales son, fundamentalmente, casuísticos. Sobre la base de la experiencia, los cuerpos normativos describen eventos de trascendencia social y asignan consecuencias en función de dos ideas centrales: (i) “corrección” y (ii) “bienestar”¹.

El Código de Hammurabi representa, con particular esplendor, la *ousía* de esta filosofía. Redactado hacia el año 1750 a. C. por el rey babilonio Hammurabi², el código describe diversas situaciones de la vida diaria (deseables y no deseables) y asigna a los actores de esas

¹ En las *Las Leyes* Platón escribe lo siguiente: “[...] todo el que, traspasando los linderos, trabaje como suyo el campo de su vecino, pagará el daño; y para curarle su imprudencia y la baja de sus sentimientos, pagará además el doble del daño al que le ha sufrido” (Platón, 1872, p. 148). Según el maestro de Aristóteles, el *telos* de la indemnización consiste tanto en compensar a la víctima (real) como en desincentivar al agresor (potencial).

² Hammurabi (1810 a. C. - 1750 a. C.) es el sexto rey de la primera dinastía de Babilonia. Cuando accede al poder (a la muerte de padre), Mesopotamia es habitada por diversos imperios menores. En el inicio de su reinado se concentra en la construcción de infraestructura pública (fundamentalmente, irrigación y transporte). Después se concentra en la expansión territorial y política. A través de alianzas estratégicas y de campañas militares, logra unificar Mesopotamia bajo el dominio de Babilonia. Durante su reinado muestra paternalismo, benevolencia y alto compromiso político. Personalmente se encarga de supervisar el diseño y la construcción de las obras, la administración de los recursos, la administración de la justicia, etc.

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.

El sistema legal más influyente en la historia occidental también es diseñado en función de las ideas antes indicadas³. Por tal razón, los abogados romanos tienen la posibilidad de arbitrar con precedentes contradictorios y los jueces romanos tienen la obligación de hallar la solución más adecuada para el caso específico objeto de litigio. Tal solución debe responder a un juicio de valor sobre lo que resulta (a) “correcto”, “adecuado”; o, (b) “beneficioso”, “conveniente”. Las recopilaciones efectuadas hacia el año 565 d. C. por orden de Justiniano eliminan adrede tales precedentes y presentan una colección de decisiones artificialmente coherente⁴.

³ “Focused on how to redress the breach of peace and guarantee the return to the status quo, *ius honorarium* was mainly concerned with what individuals could do when they were wronged. It prescribed where they could go and which remedies they could receive. Much less interested in coining general principles or guidelines, this law was practical and casuistic” (Herzog, 2018, p. 20).

⁴ “The wholesale rescue carried out by Justinian, however, came at a very high, twofold cost. Above all, it had demanded a drastic process of selection [...] the writings of the ancient jurist had not been recovered in their entirety, and ended not even in any substantial proportion with respect to the originals. The fragments that survived in the *Digesta* are the result of an arbitrary choice -certainly not haphazard, but equally surely made in accordance with criteria that differed greatly from those that a historian of today or, for example, a nineteenth-century professor, would have employed [...] Nor the Byzantine editors stop here. They also reserved for themselves the right to introduce undeclared modification into the fragments they were preserving wherever they felt that there was some shortcoming in the thought of the author being copied -for any of a wide reasons- in terms of the needs of the times; and Justinian himself, in his presentation of the results of the work done, did not hesitate to emphasize the scope of the interventions, in order to exalt the importance of the achievement: not a mere transcription, but a full-scale updating and adaptation of the ancient doctrines to the new conditions of the empire” (Schiafone, 2012, p. 19).

Con el surgimiento de la Ilustración, el empleo de la aproximación casuística, que requiere la constante revisión de juicios valor, empieza a perder terreno en Europa continental. Gottfried Wilhelm Leibniz, abogado, matemático, filósofo, inventor, inicia a temprana edad un ambicioso proyecto personal: lograr que la disciplina legal, a la que encuentra caótica, impredecible e irracional, se convierta en una disciplina científica, capaz de ofrecer (i) orden, (ii) predictibilidad y (iii) racionalidad⁵. El razonamiento formal deductivo pasa a ser el elemento que transforma para siempre la forma de ejercer la profesión legal.

Hacia finales de 1690 Leibniz finaliza 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 es aprobado por el emperador Leopoldo I y Leibniz decide dedicarse a tareas científicas más estimulantes. Sin embargo, el “germen” del pensamiento legal científico se instala en el imaginario de los nuevos científicos sociales: los juristas racionales. Pronto, en diversos lugares de Europa continental, aquellos científicos comienzan a elaborar proyectos de códigos racionales⁶ (que posteriormente son aprobados).

De la mano de la escuela histórica alemana, la disciplina legal empieza a abandonar el razonamiento casuístico y a abrazar el razonamiento

⁵ Jeremy Bentham intenta realizar una reforma similar, pues, al igual que Leibniz, considera que el sistema legal es caótico, impredecible e irracional. Sus propuestas, sin embargo, difieren de las de Leibniz. En lugar de ofrecer la construcción de un sistema científico basado en los precedentes del derecho romano clásico, Bentham aboga por la construcción de un sistema científico basado en el “principio de la utilidad”. El abogado, filósofo e inventor inglés propone, pues, innovar en fondo y en forma.

⁶ *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), *Allgemeines Landrecht* (1794), *Code Civil* (1804), *Austrian Bürgerliches Gesetzbuch* (1881).

conceptual. El caos y la no predictibilidad de las decisiones judiciales son reemplazados por el orden y la predictibilidad de los conceptos. El derecho pasa a convertirse en una disciplina que exige a sus operadores conocer “categorías conceptuales” (p. ej., sujeto, objeto, relación, causa) y aplicar razonamientos formales deductivos (axiomas y silogismos).

Las sociedades europeas continentales, sin embargo, pagan un “alto precio” por el orden y la predictibilidad: el progresivo abandono del razonamiento crítico sobre lo que resulta “correcto” o “beneficioso”. El nuevo derecho científico solo exige indagar la naturaleza jurídica del hecho X , a fin de asignar la consecuencia Y o Z . No resulta relevante si la consecuencia Y es moralmente correcta o si la consecuencia Z es económicamente eficiente.

El derecho contractual no es ajeno al proceso de transformación descrito. Casuístico y pragmático en sus orígenes, de la mano de Leibniz y sus seguidores, el derecho contractual se convierte 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 adecuadas 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 utilizada, en su momento, por 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 que cumplen los contratos en el ámbito económico. El capítulo II explora algunos aspectos esenciales del razonamiento moral y describe las funciones que cumplen los contratos en el ámbito moral. Sobre la base del 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 dicha 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 2024