

**POSMODERNIDAD, DERECHO PRIVADO Y DESARROLLO: ANÁLISIS Y
APUNTES DE SUS PRINCIPALES INSTITUCIONES JURÍDICAS
PATRIMONIALES
POST-MODERNISM, PRIVATE LAW AND DEVELOPMENT: ANALYSIS AND
NOTES OF MAIN LEGAL PATRIMONIAL INSTITUTIONS**

Pavel Flores Flores¹
Bachiller en Derecho
Universidad de San Martín de Porres
pavelflores.202@gmail.com
Perú, Lima

SUMARIO

- DERECHO PRIVADO: DELIMITACIÓN DE SU ESTUDIO, VIGENCIA Y ACTUALIDAD
- LA PROPIEDAD EN EL SIGLO XXI: REVISIÓN A LA TRADICIÓN JURÍDICA
- UN NUEVO ORDEN CONTRACTUAL. LA SOCIALIZACIÓN DEL CONTRATO Y EL NACIMIENTO DE UN NUEVO CONTRATO.
- RESPONSABILIDAD CIVIL: CONNOTACIONES TEÓRICAS Y RESPUESTA A LA SOCIEDAD ECONÓMICA DEL NUEVO MILENIO
- EL MERCADO: ENTRE LA REGULACIÓN Y LA LIBERALIZACIÓN DEL SISTEMA NORMATIVO
- CONCLUSIONES

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es realizar un análisis crítico y sistémico, que proponga una innovación en las principales materias del Derecho Privado, revisando sus fuentes tradicionales clásicas y enfocándonos en sus principales instituciones: el contrato, la propiedad, la responsabilidad civil y el mercado, en un contexto actual inmerso en la

¹ Miembro del Centro de Estudios en Políticas de Protección al Consumidor de la Universidad de San Martín de Porres. Premio "Darío Herrera Paulsen" 2016. Adjunto a la docencia en los cursos de Instituciones de Derecho Mercantil (PUCP) y Protección al Consumidor (USMP).

posmodernidad.

Para desarrollar nuestra investigación, hemos recurrido principalmente a las fuentes doctrinarias contemporáneas de los principales autores nacionales e internacionales, asimismo, establecemos un íntimo diálogo entre las normas del Derecho Privado y la jurisprudencia más reciente en la materia.

Como sabemos, el Derecho Privado posee un sólido contenido cultural, una prolija organización dogmática y por supuesto, una fundamental utilidad social y práctica; así, sus notas características nos permiten justificar la presente investigación. La importancia de renovar y proponer nuevas tendencias jurídicas al contrato, la propiedad, la responsabilidad civil y el mercado, radica en que constituyen el sector predominante del ejercicio del Derecho en el devenir de las relaciones humanas, y la correcta aplicación e interpretación de las instituciones, como materia del estudio realizado.

La naturaleza del artículo no es descriptiva, al contrario, de sus páginas se observa constantemente un actitud crítica y problemática sobre las instituciones del Derecho Privado, por ende, invitamos al lector a ser partícipe activo, que lejos de ser la actitud de la lectura de los manuales teóricos, nos abre sus puertas al mundo de lo que “es”, pero sobre todo, lo que “debe ser”, en la posmodernidad de un Derecho que no descansa, y para el cual las soluciones establecidas ya han encumbrado nuevos problemas.

ABSTRACT

The objective of the present article is to realize a critical and systemic analysis, which proposes an innovation in the principal matters of the Private Law, checking his traditional classic sources and focusing in his principal institutions: the contract, the property, the civil responsibility and the market, in a current immersed context in the postmodernism.

To develop our investigation, we have resorted principally to the doctrinaire contemporary sources of the principal national and international authors; likewise, we establish an intimate

dialog between the procedure of the Private Law and the most recent jurisprudence in the matter.

Since we know, the Private Law possesses a solid cultural content, a prolix dogmatic organization and certainly, a fundamental social and practical usefulness, hereby, his typical notes allow us to justify the present investigation, on the one hand the importance of renewing and proposing new juridical trends for the contract, the property, the civil responsibility and the market, it takes root in that they constitute the predominant sector of the exercise of the Law in developing of the human relations, and the correct application and interpretation of the institutions, is also a matter of the realized study.

The nature of the article is not descriptive, on the contrary, of his pages observes constant one critical and problematic attitude on the institutions of the Private Law, therefore, we invite the reader to be an active participant, who far from being the attitude of the reading of the theoretical manuals, opens his doors us for the world of what "is", but especially, which " must be ", in the postmodernism of a Law that does not rest, and for which the solutions established already have elevated new problems.

PALABRA CLAVE

Contrato; Daños; Derecho; Derecho Privado; Mercado; Posmodernidad; Propiedad; Responsabilidad Civil.

KEYWORDS

Contract; Law of Torts; Law; Private Law; Market; Post-modernism; Property; Civil Liability.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Privado es posiblemente la rama más importante del Derecho. Bajo una escala taxativa, regula las relaciones humanas en el ámbito de lo particular, respetando un sistema de normas aplicables a sujetos privados y públicos, de naturaleza civil y mercantil. Aun así,

lo cierto es que esta primigenia conceptualización, ya se ha desligado de la concepción del Derecho Privado como “derecho de particulares” o como el propio “derecho civil” – especie del género-; así, nos apartamos del Derecho como instrumento de satisfacción de intereses individuales, y comenzamos a proponer un derecho como garante de orden y desarrollo social, de tal manera que, se desvanece la delgada línea entre lo privado y lo público. Esto último debido al paradigma de la persona humana como centro del Derecho.

El Derecho Privado, ya no puede ser considerado como un conjunto de reglas que tutelan *intereses privados*, desde el momento en que la tutela de la persona exige garantías públicas y límites, prohibiciones y coerciones, así como la prevalencia de los valores de la persona sobre los valores del mercado, que inciden en las relaciones de los particulares (Alpa, 2017, págs.18,37.) es por ello que tiene vigencia, lo que Bunge (1930) argumentaba: “*el derecho privado ha desempeñado el papel de principio básico del derecho público, y este último es una especie de superación de aquel. El derecho público encuadra y protege las instituciones del privado, y este da origen y determina las instituciones del público.*” (pág. 81).

Es en este preciso instante que se rompe con la inmutabilidad, simplificación y abstracción de la modernidad, y es la posmodernidad, que renueva el campo del Derecho Privado y reconoce una realidad en permanente evolución, embestida por la aparición vertiginosa de nuevas circunstancias y necesidades, que profundizan sendas transformaciones sociales, que traen como resultado una crisis de sus principales instituciones, más no su declive, desaparición o “muerte”; de esta manera, pese a que en la actualidad se presenten innumerables sentencias de muerte a las principales instituciones del derecho privado: la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil, estas no son ciertas, y por el contrario, reafirman la “vitalidad” de las propias instituciones.

Dentro de esta crisis, se sitúa nuestra investigación, de tal manera que realizaremos un análisis sistémico y propositivo, que nos permita ofrecer una línea de pensamiento jurídico innovadora para la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil, que permita observar una nueva cosmovisión del Derecho Privado en la escena jurídica actual. A nuestro estudio, no podía escapar, la importancia de un apartado para el *mercado*, toda vez que este ya no es

pensado como un ente funcional de la economía que conduce la eficiencia, utilidad y rentabilidad, sino que sus intereses se conjugan con el desarrollo de la sociedad, la persona humana y los valores del sistema jurídico, plasmados en la Constitución, habilitando la necesaria interrelación entre las categorías económicas y jurídicas, y su incidencia en la *praxis* del ciudadano en la actualidad.

La importancia y justificación de la investigación presentada es única, toda vez que nos permite renovar y sugerir mejores soluciones a la problemática que se plantea en torno al contrato, la propiedad, la responsabilidad civil y el mercado; y su impacto en el desarrollo de los países a través de una legislación coherente, suficiente y precisa, que permita identificar los nuevos retos y desafíos del mundo globalizado y hacerles frente, explicando y promoviendo la evolución del Derecho.

DERECHO PRIVADO: DELIMITACIÓN DE SU ESTUDIO, VIGENCIA Y ACTUALIDAD

Con alto grado de complejidad nos encontraríamos al tratar de definir, hoy en día, lo que es el Derecho Privado. Lo que entendíamos con anterioridad sobre su definición, puede que hoy no tenga la vigencia necesaria para una correcta proposición, recordemos que los seres humanos somos fruto de nuestros tiempos y la sociedad en la que crecemos; el Derecho, en tanto creación humana, sigue su mismo vaivén, como si se tratara en ambos casos de organismos vivientes y simbioses.

La ciencia y la tecnología, el crecimiento de la producción y la industria, la aparición de nuevos modelos y mecanismos electrónicos de comercialización; y, la velocidad de las comunicaciones que referencian las redes mundiales, son óbice para una transformación de las concepciones jurídicas, económicas y comerciales en todo el campo del Derecho, más aún, en aquel campo que regula las relaciones de particulares.

De cierto modo, es fácil percatarse de la dualidad de la clasificación entorno al interés derivado de sus instituciones, de tal manera que, al Derecho Privado, le corresponde un Derecho Público; de hecho, desde el origen entorno a la propuesta de Ulpiano, se enfatiza

esta división y se arraiga con mayor fuerza en la cultura jurídica occidental o continental.

En épocas posteriores, se pierde aquella distinción, dado el advenimiento de las Constituciones y los Tratados Internacionales, su carácter transversal al Derecho y su constante intervención potestativa en el campo del Derecho Privado, de tal manera que observamos instituciones donde concurren elementos de otrora derecho público y privado²; asimismo, podemos afirmar que la clasificación solo es útil desde una perspectiva histórica y didáctica, más no, por las exigencias universales, sociales y permanentes que nos ofrece la realidad, más aún cuando, según Pasukanis (1976): “ el desenvolvimiento del derecho como sistema, no fue engendrado por exigencias de relaciones de dominación, sino por exigencias de intercambios comerciales con otros pueblos que no estaban comprendidos dentro de la esfera de un poder único”. (pág. 84-85).

Sin duda, es claro que en el Derecho Privado el fin garantizado es inmediato, principalmente en la esfera particular, y prevalece la libertad en la actuación del fin; pero es también cierto que en todas o casi todas las disposiciones del derecho privado entran consideraciones de orden público que reflejan intereses y fines de la comunidad. Y así, en algunas partes del Derecho Privado las consideraciones de orden público tienen tal importancia para modificar substancialmente en el instituto jurídico los caracteres del Derecho Privado, que llegan hasta el extremo que la actuación del fin puede convertirse en obligatoria. (Vanni, 1922).

Por lo demás, la importancia de la persona humana como centro del Derecho, precisa que no se haga una mayor distinción, Alzamora (1987) lo expresa: “El único sujeto es la persona y en ella concurren los dos elementos, público y privado, que son solo aspectos “reales y opuestos” de todo derecho”. (página 188). Así una distinción profunda y absoluta para el mismo Derecho, no es posible, por las limitaciones o imperfecciones que traería proponer un nuevo punto de vista. En este sentido, no repararemos en el análisis de su clasificación y distinción, lo cual no es óbice para delimitar el estudio del Derecho Privado, entendido ontológicamente, como tal.

² El Derecho considera las relaciones de los hombres asociados, las relaciones que nacen del hecho de la convivencia y de la cooperación humana. De ahí relaciones entre individuos e individuos, entre individuos y el Estado, entre individuos y entidades colectivas menores, entre éstas y el Estado y entre Estados entre sí. (Vanni, 1922, pág. 87).

El camino histórico y la llegada al presente del Derecho Privado

En la antigua Roma, el Derecho Privado se dividía en Derecho Civil – conjunto de leyes propias a los ciudadanos romanos- y el Derecho de Gentes – conjunto de leyes comunes a todos los hombres, peregrinos, ciudadanos o de cualquier nacionalidad; el primero procede de la voluntad del legislador (derecho formulado, promulgado y escrito), mientras que el segundo proviene de la razón humana (derecho proveniente de la voluntad tácita, costumbres y usos generales). A estos dos elementos del Derecho Privado, Ulpiano, añade un tercero: el Derecho natural; es decir, el conjunto de reglas comunes a los hombres y a los animales, entendido como un derecho ideal. (Herrera, 1988).

Posteriormente, la tradición jurídica romana, sobre la base de la compilación justiniana, traería consigo la proliferación del Derecho Civil y su aplicación perpetua a las innumerables relaciones personales y sociales, de esta manera durante la edad media y moderna, se entendida al Derecho Privado como un sinónimo de Derecho Civil, y las normas que regulaban a la familia, la propiedad, el contrato y los daños, eran el Derecho por excelencia. Años más tarde, pese a la sinonimia que se le atribuía al Derecho Civil como Derecho Privado, se argumentaría que este último no era el Derecho Civil, por el contrario, las normas civiles eran parte integrante del Derecho Privado, la otra parte, correspondía a las normas comerciales, de esa manera, contenía normas de derecho privado y público. (Alpa, 2017). Aún este contenido para las normas de derecho privado, era limitado, toda vez que no consideraba las regulaciones de carácter económico.

Debemos señalar, que respecto del Derecho Civil, la Gran Depresión (1929) y el fin de la Segunda Guerra Mundial (1945), marcaron un doble fenómeno: de un lado, ciertas materias que tradicionalmente habían sido parte del Derecho Civil, comenzaron a ser reguladas por otras ramas del Derecho; de otro lado, las concepciones liberales mutan hacia concepciones de orden social, apareciendo ciertas instituciones que ya no dependen meramente de la voluntad del ser humano, sino de determinaciones colectivas o incluso, del propio Estado. Por consiguiente, dentro de un Código Civil contemporáneo hay asuntos de derecho público legislados, y a la inversa, hay asuntos de Derecho Privado que ya no están en el Código Civil, por ende, no se puede decir como hasta hace cien años que Derecho Civil y Derecho Privado

son la misma cosa. (Rubio, 2015).

En similar sentido Barassi (1955) escribe:

Hoy en día se han producido erosiones parciales en el campo que tiempo atrás estaba reservado al derecho privado, coherentemente con la subordinación fundamental de la actividad privada al interés público. En algunos casos, hoy, el Estado asume como propios intereses que antes no trascenderían del individuo y que, debido a ello, su régimen jurídico estaba compuesto por instituciones reguladas por códigos de derecho privado. De manera que, si dicho régimen permanece hoy en día, por ejemplo, en el código civil, este será un conjunto de normas de derecho público. (pág. 11)

En el mundo de la posmodernidad, ya son diversas perspectivas las que tenemos que identificar para poder plantearnos una definición y delimitación del Derecho Privado, sin duda alguna es un derecho común tanto para sujetos privados como públicos, asimismo surge de fuente de autorregulación de intereses privados dentro de un extenso marco de intereses públicos, de ahí que todas las relaciones se funden en valores constitucionales y deontológicos, que a su vez le ofrecen reglas sociales y garantías individuales a las personas, que en la actualidad, se desenvuelven en un mundo globalizado, lo cual trae consigo un bombardeo constante de información, nuevas tecnologías y un campo económico.

De lo anterior, se deslinda sendas notas características de la posmodernidad y su impacto en el Derecho Privado. Observemos las siguientes:

- a) Existe una hibridación. - Como lo habíamos mencionado, se desvanece la distinción entre el derecho público y privado, todo se comienza a mezclar y las líneas que sobreviven son muy finas, o han comenzado a desaparecer.
- b) Desconfianza a los clásicos postulados. - La doctrina francesa del *Code* o la pandectística del *BGB*, se va poniendo en duda, y solo sendas transformaciones o reformas como la alemana del 2002 o la francesa de 2016, nos ofrecen un derecho vigente, recaído en la

realidad sin olvidar su tradición jurídica.

c) Constitucionalización del Derecho Privado. – Otro tema que por sí solo, es fuente de muchos artículos. La aplicación de la norma constitucional al Derecho Privado a través de la jurisprudencia, es inevitable. Las disposiciones constitucionales relativas a la familia, a la propiedad, a las relaciones de trabajo, a la empresa, a la libertad de contratar y contractual, son perspectivas latentes de interpretación y modificación de las concepciones privadas clásicas³; esto, sin embargo, no debe ser óbice para la defensa de los postulados privados, de lo contrario entraríamos en una subyugación plena al moderno constitucionalismo, más allá de la pirámide kelsiana, y que en definitiva nos haría pensar acerca de la autonomía y vigencia del campo del Derecho Privado, situación que no debe ocurrir.

d) Vigencia y crecimiento del Mercado. - No puede entenderse hoy en día, un Derecho sin mercado, ni un mercado sin reglas que orienten su actuación. Lejos han quedado los postulados de Adam Smith, sobre una mano invisible, por el contrario, el Estado debe ser una mano muy visible para regular las desigualdades sociales, redistribución de recursos y oportunidades en un mercado nacional cada vez más creciente y extendido.

e) Énfasis en el interés de las personas y grupos vulnerables. – Con los diversos regímenes constitucionales y su influencia en el Derecho Privado, este último se orienta a la protección de la parte más débil, asimismo a la protección de los grupos vulnerables o conglomerados de personas, así se protege al consumidor frente al proveedor, al ahorrista frente a las empresas financieras, a los trabajadores frente a los empleadores, a los usuarios frente a la administración pública, a los arrendatarios frente a los arrendadores, además, les tenemos que sumar los conglomerados de personas en situación de vulnerabilidad frente a los Estados o la sociedad, paulatinamente son: las personas en condición de pobreza, los inmigrantes, las mujeres, grupos homosexuales, entre otros.

Por lo expuesto, observamos la elasticidad y fluidez del conjunto de concepciones, estructuras, normas y funciones que a través de diversas fuentes, y a la luz de los valores

³ El proceso de estatalización de la vida privada, generado por el constitucionalismo moderno, dio lugar, a finales del siglo XX, al proceso inverso de privatización de la vida pública. Es en este doble proceso que se ha afirmado y expandido la constitucionalización del derecho civil, sobre todo a partir de la jurisprudencia del TC. Pero afirmar que la Constitución se identifica con el orden jurídico fundamental de la sociedad no implica sostener que todo pueda ser objeto de regulación constitucional, dado que a ella solo atañen, de forma directa, los aspectos generales particularmente importantes para la sociedad y el Estado. En consecuencia, es al legislador democrático a quien corresponde la pertinente regulación específica. (Landa, 2013, pág.20).

constitucionales y económicos en torno a la persona humana, componen lo que podríamos denominar como Derecho Privado, el cual, encuentra fructífero campo de estudio y análisis gracias al fundamento ontológico del mismo, la persona humana, y al orden de sus pilares que permiten materializar los derechos de la misma: libertad de contratación, propiedad, responsabilidad civil, mercado y regulación. A esto últimos se dedican las siguientes líneas.

LA PROPIEDAD EN EL SIGLO XXI: REVISIÓN A LA TRADICIÓN JURÍDICA

La realidad viene marcando la tendencia y fisonomía sobre los cánones de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico. Para los bienes muebles, más que la adquisición de la propiedad, son tomados en uso o el arrendamiento, quizá por la determinación de su obsolescencia prematura ante las rápidas innovaciones tecnológicas e inclusive estéticas, o simplemente por su practicidad. Por su parte, la propiedad intelectual, sigue un régimen más complejo, quizá el mayor desafío sea su valorización, para eventualmente, integrarse al mercado, contabilizarse en los libros empresariales y entregarse como garantía.⁴ La forma de adquisición de bienes de consumo, también es diferente, ahora muchas personas pueden acceder a créditos de consumo, las exigencias formales, jurídicas, geográficas y hasta culturales, incentivan el acceso al crédito, de manera que, la adquisición del bien se encuentra en relación con el crédito que el financista puede otorgar.

Sin duda, todas estas nuevas particularidades, entre otras que detallaremos a continuación, evidencian una nueva apariencia y contenido para el derecho de propiedad y el goce de los bienes.

Entonces, ¿cómo ha cambiado la noción de propiedad? Lo primero es su extensión, de tal manera que nuevos aspectos de la realidad socioeconómica se elevan a intereses protegidos con remedios dirigidos a tutelar la propiedad. Lo segundo, es su tradición, sus características se han alejado progresivamente de la concepción romanista aun arraigada a nuestra cultura jurídica y praxis judicial. Lo tercero, es su mecanismo de defensa, apareciendo mecanismos

⁴ Es importante rescatar hoy el valor de una marca como patrimonio intangible, como el mejor vehículo publicitario y como el mejor elemento de distinción que potencia y posiona a una empresa en el mercado y en donde radica la importancia de la aceptación de un bien o un servicio entre los consumidores. En este sentido, el reto legal es crear o modificar los instrumentos legales que permitan hoy abrir y expandir el mercado a la propiedad intelectual, para que ésta pueda servir a sus titulares como una forma de desarrollarse e incluso de acceder a fuentes de financiamiento. (Durand, 2003, pág.2-4).

de defensa de la propiedad y la posesión muchos más flexibles. (Alpa, 2017, pág. 141).

Por otro lado, el régimen constitucional de la propiedad se encuentra establecido en título III, artículo 70 de la Constitución: *El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.* De alguna manera, creemos que el carácter social es fundamental, en tanto como menciona Rubio (2012) la propiedad no es un derecho absoluto⁵ toda vez que: *“en todo derecho que otorga la sociedad, hay una dimensión social que no puede dejar de ser tomada en cuenta porque, en última instancia, los derechos existen porque existe el todo social”.*(pág. 139).

También, es importante señalar que se suprimió a la actual Constitución *la obligatoriedad de usar la propiedad en armonía con el interés social* que establecía el artículo 124 de la Constitución Política de 1979; sin embargo, el artículo 923 de nuestro Código Civil de 1984 establece: *“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”* Detallamos:

- a) El artículo 923 tuvo esa redacción porque data de 1984, por aquel entonces regía la Constitución de 1979. Con el cambio de Constitución en 1993, que trae consigo un cambio de redacción en su artículo 70, podemos afirmar que el artículo 923 queda modificado de tal manera que su lectura debe ser: *“Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.”*, esto en consonancia con la redacción de la actual Constitución.
- b) Ahora bien, ¿Hay diferencia entre el bien común y el interés social? Sí la hay. El bien común es el bien general, el bien de todos. El interés social, en cambio, es el que puede tener

⁵ Una de las principales características de la propiedad es su carácter de absoluto, entonces parecería que nos contradecimos cuando expresamos que no es un derecho absoluto. Esto se resuelve de una manera muy sencilla: es absoluto en tanto los límites de la Ley y en tanto se confiere todas las facultades sobre un bien. La limitación legal y constitucional al uso, goce, disfrute, disposición y reivindicación es en esencia, lo que determina que, dentro del lenguaje, se puede afirmar que *“no es absoluto”*. De hecho, no consideramos que existan *derechos absolutos* en el campo del derecho patrimonial.

un grupo social determinado. Así, por ejemplo, existe el interés de los campesinos, de los empresarios y de quienes viven en pueblos jóvenes. Otra diferencia es que la noción de "bien" alude a beneficio, a lo que es conveniente. El "interés", por otra parte, responde a la satisfacción de una necesidad. Como consecuencia de lo anterior, es distinto que el ejercicio de la propiedad armonice con el interés social o con el bien común. En el primer caso, por ejemplo, el ejercicio de la propiedad e incluso su subsistencia pueden ceder ante un programa de vivienda para personas de escasos recursos, lo cual ciertamente no se daría cuando está de por medio el bien común. (Avendaño, 2003, pág. 172).

Esta dualidad de conceptos, ha sido expuesta de mejor manera en la sentencia del Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, así la Corte Interamericana ha establecido:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. (...)

La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción.

Siendo así, la definición de propiedad, incluso la que se encuentra en el Código Civil actual, ha dejado de comprenderse como un derecho-voluntad para entenderse como un “derecho-función”, de ello se desprende que no es un simple derecho de libertad sobre los bienes, ni sus limitaciones son únicamente excepciones, sino que la propiedad se convierte en una prerrogativa reconocida por el sistema legal, condicionada al cumplimiento de deberes sociales, a la función de promover riqueza en general, resguardar intereses generales y servir para la construcción de una sociedad justa e igualitaria. (González, 2013).

La noción posmoderna de la propiedad y su concepción actual

La debacle del racionalismo y la decepción de la modernidad, también han impactado en la

manera de ver y concebir la propiedad, de tal manera que libertad, individualismo, egoísmo, absolutismo jurídico (nociones intrínsecas a la propiedad histórica), vuelven a entrar en cuestionamiento; contrario sensu, son los valores sociales o éticos, los que comienzan a determinar su objeto y concepción posmoderna. Asimismo, como ya lo comentábamos con anterioridad, el reconocimiento de los derechos conjuntos, derechos de las minorías y de los otrora, *olvidados*, va tomando una importancia sustantiva.

Dado este panorama, la propia definición de propiedad entra en cuestión, Atienza y Ruiz (2006): “El derecho de propiedad sobre una cierta cosa es un título que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas, en relación a una cosa y frente a los demás.” (página 48); así estas posiciones normativas, que pueden ser libertades, derechos, potestades, deberes, poderes y atribuciones, y que de alguna u otra manera tienen que observarse con el bien común, conciliando los intereses propios con los intereses colectivos. Aquí nace lo que se conoce como función social de la propiedad, y esta función es inherente a la propiedad, en este sentido, no podemos concebir a la propiedad sin la función social que ejerce.

De la misma manera, el Tribunal Constitucional lo reconoce en la sentencia del EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, donde establece:

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70º de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad. (...) Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta

lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

Por todo esto, las medidas intervencionistas sobre la propiedad se justifican por el logro del bien común, por lo que este constituye su fundamento, pero también su límite. Por lo tanto, la injerencia que armonice la utilidad individual con la función social, no es indemnizable pues se encuentra dentro de las prerrogativas del legislador dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, cuya finalidad es lograr la consecución de intereses generales para la colectividad. (González, 2013, pág. 815). Esto también, lo expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia del EXP. N.º 03347-2009- PA/TC, donde menciona: “Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, tales como las facultades testamentarias, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.”

De esto se desprende que el derecho de propiedad pueda tener cuando menos, tres notas características:

a) Aprovechamiento económico. - El propietario puede hacer uso de los derechos conferidos sobre su bien, pero de tal manera que, armonice su derecho de propiedad con los derechos de las demás personas, y en general, con el orden público y bien común; así el aprovechamiento económico sobre el bien, no se circunscribe meramente a fines individuales y egoístas – que muchas veces conducen a la avaricia y usura- sino que, tales fines deben conjugarse con el bienestar colectivo, tanto material como axiológico, solo así podemos entender por qué una empresa que busca mayor rentabilidad y ganancias, tiene que tener un deber de cuidado al medio ambiente, colocar productos de calidad, generar riqueza en las familias y elevar el nivel de vida de cada uno de los trabajadores y su entorno.

Asimismo, esta concepción de propiedad garantiza que los inmuebles no se mantengan en situación de improductividad, de tal manera que en muchos países existe la obligación legal de arrendar los inmuebles donde no habita el propietario, más aún cuando se encuentran en

estado de abandono. Esta medida si bien no existe en el Perú, es un claro ejemplo de intervención en la autonomía privada del propietario, pero que resulta razonable, considerando que este último va a cobrar una renta, y otras personas o familias podrán beneficiarse de la vivienda, más aún si se encontraba desocupada y considerando que el mayor porcentaje de la población arrienda bienes inmuebles ante la imposibilidad de poder adquirir en propiedad una vivienda.⁶

b) Disposición. - El propietario tiene la potestad normativa de poder disponer sobre su bien. La disposición se entiende en el sentido de transferir y modificar el bien. La posibilidad que el Estado regule la transferencia, obligue a transferir, o determine las limitaciones o libertades sobre la transferencia de los bienes inmuebles solo debe suscitarse para mantener el justo equilibrio entre el interés general y el derecho individual del propietario, así, ni siquiera se debe intervenir en el justo equilibrio de las prestaciones, toda vez que, para ello, ya existen remedios judiciales pertinentes.

c) Aseguramiento. – El propietario es inmune a toda clase de agresión que pueda violentar su propiedad, sea del mismo Estado, cuando no lo justifique una Ley, o incluso cuando esta no sea razonable o no haya sido sustentada con suma claridad; y, de terceros, que pretendan despojarlo de su propietario con actos contra ley o prohibidos por esta.

Finalmente, podemos mencionar que la propiedad ya no es más un simple conjunto de facultades y atribuciones que correspondían a diferentes sujetos, tampoco su diferenciación se encuentra en la titularidad de la misma, que en muchos casos es indiscutible, sino que en la etapa posmoderna, se orienta el debate a cuestionar la naturaleza misma de la propiedad y sus límites: ¿ Cuáles son los poderes que tiene un propietario, cuáles son sus límites y cuál es el impacto de sus decisiones en la sociedad? Esta sin duda es la pregunta a responder.

UN NUEVO ORDEN CONTRACTUAL. LA SOCIALIZACIÓN DEL CONTRATO Y EL NACIMIENTO DE UN NUEVO CONTRATO

El contrato establecido en el Código Civil, se fundamenta a lo largo de la normativa en uno de los postulados más esenciales de su naturaleza: la autonomía privada de las partes. Esto

⁶ Hasta el año 2016, considerando la estadística del departamento de Lima, solo el 64% de propietarios viven en sus hogares, mientras que un 36% de personas viven en viviendas arrendadas. A nivel Nacional, el 74% de propietarios viven en sus hogares, mientras que el 24% de personas viven en viviendas arrendadas. (INEI, 2018).

se colige de la interpretación e integración de los artículos 1351, 1352, 1354, 1359,1361, 1363 de la sección primera sobre contratos en general; y, los artículos 140,141, 14-A, 142,143,168 del libro II sobre el acto jurídico. Como toda norma, tiene un sustrato fáctico y a su vez, iusfilosófico que explicaremos brevemente.

El principio de autonomía de la voluntad, representó una evidencia palpable del progreso jurídico en el mundo. Desde aquella antigua Roma, rompiendo con la “forma real y ritual” de los contratos; hasta el nacimiento del liberalismo económico-político, donde se postulaba, entendía y practicaba el principio como fuente creadora de obligaciones, surtiendo efectos jurídicos y económicos entre las partes.

Roppo (2009) describe el dogma, de tal manera que es: “la fuerza creadora de los efectos jurídicos; y en el contrato la voluntad de los individuos contratantes es todo. Dogma de la voluntad es la fórmula que expresa este papel totalizador de la voluntad del contrato.” (p.59). Con una perspectiva más estructurada, Torres (2016) menciona que: “consiste en ser la potestad normativa que tienen los seres humanos, como derecho natural, para celebrar actos jurídicos como normas privadas cuya obligatoriedad proviene de la voluntad humana.” (página 66)

Bianca (2007) identifica la correspondencia entre el dogma de la voluntad y el contrato:

La noción de contrato como expresión de voluntad del individuo encontró correspondencia en el planteamiento liberal con que se desarrollaba el capitalismo industrial y comercial. El ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar al individuo las condiciones de ejercicio de sus libertades y, entre ellas, su libertad de iniciativa económica. (página 47)

En este sentido, el contrato se presumía justo por ser hijo de la decisión de los interesados (que a su vez presumía una “igualdad”)⁷; no importaba que existiese desproporción entre las

⁷ Esta igualdad únicamente formal no condujo a la aspirada igualdad de posibilidades; en realidad aquel orden jurídico formalmente liberal, garantizando a toda la autonomía privada, condujo a vigorizar la desigualdad de hecho con la ayuda del derecho. Así se puede concluir, que la libre autodeterminación de las partes solo es posible en los hechos dentro de cada

prestaciones: eso era lo querido por las partes. No importaba si, en los hechos, existían diferencias reales entre la distinción económica de los contratantes.

Sin embargo, en la realidad se contrataba con una nefasta desigualdad de condiciones entre las partes que se evidenció con el nacimiento de la industria y la producción de bienes manufacturados, dando inicio al nacimiento de la sociedad de masas, donde primaba lo impersonal, el anonimato, la velocidad en la transacción, la estandarización y la despersonalización. (Vega, 2001, p.30,31)

Esta falta de igualdad entre las partes de la contratación o mercado, como lógica consecuencia terminó por exigir, inexorablemente, la protección por parte del Estado de la parte débil de la contratación o mercado, para evitar los innumerables abusos que la parte fuerte cometía con la débil. (Torres, 2016). El contrato se socializó, dejó de ser un instrumento meramente volitivo e intocable para las partes, a cumplir una función social.

La teoría del contrato pasaría de ser una teoría meramente voluntarista e individualista, a reforzar la teoría normativista, que consideraba a la norma o Ley, más no la voluntad de los seres humanos, la que otorga a las partes la relación de obligatoriedad, justificando el principio – en términos correctos- de la autonomía privada y no autonomía de la voluntad. Radbruch (1944) razona este argumento de la siguiente manera:

la voluntad jamás puede producir una obligatoriedad, no solo la voluntad ajena, sino aun la propia; todo lo más que puede ocasionar es la situación de hecho a la que una norma, que está por encima de ella, une la obligatoriedad. No es, por consiguiente, el contrato el que obliga, sino la ley la que obliga en el contrato. (página 190)

El postulado de la autonomía privada, fue el punto de partida, que derivó en el debilitamiento del valor sagrado de la voluntad, logrando perder la certeza o seguridad jurídica que se le

estrato social. (Kramer, 1974, p.20; Rehbinder, 2014, p.128).

atribuía a la voluntad en la contratación, y, por ende, en el mercado. Todo ello, afianzado con la cada vez mayor intervención del Estado en la reglamentación contractual, trajo consigo una crisis al dogma de la voluntad, que creemos es, una crisis al sentido individualista del contrato. Derivando en el auge del sentido social del contrato, porque si el contrato es entendido como un instrumento para la satisfacción plena de nuestras necesidades como personas humanas, a su vez, debe ser un instrumento de la satisfacción de las necesidades como sociedad, corrigiendo la injusticia contractual, desigualdad económica, abuso del más fuerte y desequilibrio en la contratación.

Así, desde hace un buen tiempo, nos arribamos a un mundo, donde el contrato se observa desde una icónica perspectiva, por un lado, existe una parte fuerte, con un gran poder económico – que no solo involucra dinero, sino información, capacidad de negociación, entre otros- frente a una parte débil – mayormente consumidores- que no tienen ese poder, y que el Estado en consonancia con su mandato constitucional, debe proteger. De hecho, en la actualidad, la contratación en masa o de consumo, es sumamente mayor a la contratación civil postulada en nuestro Código, de tal manera que constantemente compramos en supermercados, tomamos servicios médicos, inscribimos a nuestros hijos al colegio, accedemos a créditos financieros, y muchos otros contratos donde nosotros no decimos el contenido contractual, y en su defecto, simplemente nos adherimos a lo que nos ofrecen las empresas proveedoras del producto o servicio.

Este desequilibrio, nos hace pensar que el derecho de consumidor, es en esencia restitutivo de poder, toda vez que, ante el desequilibrio estructural, funcional y orgánico del contrato entre un proveedor y consumidor, el Derecho y el Estado moderno, tienen que buscar reestablecer ese desequilibrio primigenio, generándose una evidente desigualdad, que termina siendo justa, porque a través de la protección de la parte débil, se intenta poner al mismo nivel al consumidor. Así, arribamos a una paradoja jurídica, donde a través de una desigualdad logramos la igualdad esperada.

Es evidente que este nuevo contrato, no es estructural ni fundamentalmente similar al contrato civil que conocemos y estudiamos con profundidad en las universidades, sino por el

contrario, tiene características y particularidades que es necesario identificar y exponer, para lograr una verdadera construcción dogmática.

Un nuevo contrato del siglo XXI. Particularidades y desafíos.

El contrato en la actualidad nace en un contexto de economía de mercado o de economía social de mercado. Desde los *contracts*, los contratos celebrados en el derecho comunitario europeo y hasta el derecho continental latinoamericano, tienen un contenido económico, de constante fluidez de bienes y servicios, y pese a no entenderse de manera igual, se puede observar que la tendencia es la regulación contractual por parte del Estado, con miras a proteger a la gran masa de consumidores.

Esta masa de consumidores nace en la sociedad de consumo, y sustituye a la parte contratante por el consumidor, que declina y se hace dependiente a los mecanismos implementados por las empresas y las políticas económicas instauradas en los países, en especial, los que se encuentran en vías de desarrollo. Así, la intensificación cuantitativa de la producción de bienes y servicios por parte de la empresa, determina el fin del consumo individual y da lugar a una estructura contractual de adhesión, uniforme, masiva, regulada y esencial para mantener el esquema productivo en acción. (Gherzi, 1990).

Bajo este contexto hemos podido identificar las siguientes particularidades del contrato en la sociedad moderna:

1. El contrato tiene una orientación pública, se encarga a través de sus cláusulas, de regular un determinado sector del mercado y la actividad económica. Celebramos contratos que impidan el abuso hacia los consumidores (de manera directa), pero también, que sean herramientas para velar por la libre competencia y evitar la competencia desleal (de manera indirecta).
2. Se pierde la visión general del sistema del derecho contractual, porque se pueden encontrar regulaciones especiales para contratos especiales en sectores específicos, trayendo consigo desconexiones, incoherencias y déficit de coordinación en las instituciones del derecho de contratos.

3. Como es un régimen contractual que busca regular el mercado, también se debe tener en consideración diversos reglamentos y actos normativos de entidades públicas y privadas que regulan a su vez, la actividad económica de su sector.
4. Con mayor frecuencia se busca tutelar grandes grupos de contratantes, de esta manera, no solo observamos compradores, suministrados, mutuarios, fiadores, sino se busca englobar una sola categoría, por ejemplo, consumidores.
5. Se aumenta el lenguaje de redacción contractual, derivado de otras disciplinas, por ejemplo, la economía, sociología, marketing, publicidad; asimismo, en el contrato se importan “*extranjerismos*”, que poco a poco se van adaptando a nuestro medio, que pretenden sustituir los latinismos jurídicos.
6. Las limitaciones sobre la preservación del orden público y las buenas costumbres y la moral, ahora son insuficientes y sobrepasadas por una realidad económica-jurídica abrumante.
7. El contrato, cada vez más se afianza en su sentido y contenido social, a tal punto que podemos apreciar que los textos normativos sobre la regulación contractual provienen de actos con fuerza de Ley delegadas por el Congreso, y no por Leyes en sentido general emitidas por el Poder Legislativo. Un apéndice más para comprobar, que hasta en la regulación de las normas contractuales, se busca mayor dinamismo y practicidad.

Finalmente, con todas las connotaciones expuestas, es evidente que el siglo XXI trae consigo la posibilidad de desarrollar una nueva Teoría General del Contrato, toda vez que muchos de los principios y normas que otrora eran irrefutables, hoy en día son cuestionadas, entendidas y analizadas conforme las nuevas tendencias del Derecho contractual, pero por sobre todo, por la nueva realidad socioeconómica, que impacta gravitatoriamente en el pensamiento filosófico, político, económico y jurídico, y a su vez, este pensamiento se origina de la interdisciplinariedad, que a la luz del ciudadano de pie (parte débil y/o consumidor), tendrá que encontrar soluciones para ofrecer una contratación justa y equitativa, que asegure las transacciones diarias, y eventualmente, impulse el desarrollo armónico del país.

RESPONSABILIDAD CIVIL: CONNOTACIONES TEÓRICAS Y RESPUESTA A LA SOCIEDAD ECONÓMICA DEL NUEVO MILENIO

La responsabilidad civil es un tema que en la actualidad se encuentra en constante renovación

y desarrollo dogmático. Su origen se desarrolla dentro de una prohibición de *venganza privada*, que podría terminar siendo injusta, por lo cual ni el Derecho ni la sociedad civil lo pueden permitir, de tal manera que todo daño debe ser resarcible. Para que los daños sean resarcibles tiene que imponerse una sanción, otrora la sanción consistía en aplicar la Ley de *Talión*; en tiempos más modernos y hasta el día de hoy, la sanción es de naturaleza pecuniaria, así, todo daño causado por un agente debe ser cuantificado en dinero, de ahí que se cumplen todas sus funciones: a) *ius imperium* del Estado; b) sanción (pecuniaria); c) prevención; y, d) daño. Con todas estas funciones se cerraría un círculo ideal acerca de la responsabilidad civil. Hoy en día, lamentablemente, la responsabilidad civil no puede cumplir todas sus funciones. Por un lado, el daño puede ser conciliado o arbitrado sin recurrir ante la esfera judicial, por otro lado, y más grave aún, muchas veces la sanción, entendida en su carácter pecuniario es tan baja, que realizar el daño puede generar mayores beneficios, inclusive pagando el monto de la sanción, de esta manera, la realidad se torna totalmente injusta y la norma no cumple su papel de prevención eficaz de los daños y mucho menos su papel intimidatorio.

En muchas ocasiones la industria en general (empresas mineras, automotrices, entre otras) prefiere pagar los costos que genera el daño al medio ambiente, que implementar mecanismos de producción eficientes y sostenibles para modificar sus procesos de producción. Aún pagado el monto de la sanción, su rentabilidad es tan grande que la sanción pasa a ser un simple paso dentro de su producción y venta.

Hoy en día, todo se resume a una simple función: el resarcimiento del daño. Tan es así, que la mayoría de códigos civiles contienen una disposición general sobre el resarcimiento del daño. En nuestro Código el artículo 1969 establece: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Solo hay que puntualizar, que para que exista daño, tiene que cometerse por un agente y esta acción sea dolosa o culposa. Esta redacción nos invita a pensar en el mundo en el que vivimos, de no existir esta disposición no podría haber existido el desarrollo. Recordemos que toda acción humana genera una externalidad, esta a su vez, es fuente constante de daño,

todos cometeríamos daños a otras personas, y otras personas para con nosotros, y todos estaríamos obligados a indemnizarnos o resarcirnos. Es por ello que para que se atribuya la responsabilidad tiene que probarse tanto el daño cometido como la culpa o dolo de quién lo cometió.

Bajo esta premisa general desarrollaremos temas que, a nuestro parecer, constituyen dos tópicos actuales de amplio debate. Por un lado, un necesario análisis económico del sistema de daños en nuestro país; y, por otro lado, la naturaleza e implicancias de la responsabilidad precontractual.

Análisis económico del sistema del Derecho de Daños en el Perú.

Lo que el análisis económico del derecho busca, es procurar la eficiencia de las instituciones jurídicas. Así podemos entender la eficiencia en el sentido paretiano, de tal manera que buscaremos un supuesto donde no se pueda mejorar la situación de nadie, sin perjudicar la de otro. Esta situación también es conocida como el Óptimo de Pareto. Cabe mencionar que este óptimo puede constituirse en una verdadera utopía si emprendemos la empresa de plasmarlo a la realidad.

Dada esta dificultad, es más probable que tomemos como variables criterios que llamaremos, Pareto-potenciales, de tal manera que en toda sociedad habrá quienes se beneficien a costa de otras personas (causando daños), mientras que habrá personas perjudicadas; sin embargo, el beneficio de los “ganadores” debe ser tal (en cantidad y/o calidad) que puede compensar el perjuicio de los “perdedores” y, aun así, encontrarse en una mejor situación que la original. Las externalidades constituyen el impacto de las decisiones o acciones de las personas, pueden ser positivas o negativas, en tal sentido, todo daño jurídico o económico no es más que una externalidad negativa. Lo que se busca en efecto, es evitar las externalidades negativas, y de ocurrir inevitablemente, minimizar su impacto, de esta manera, se busca evitar el daño, o en su defecto, el daño más grave. Para lograr este objetivo, el Estado se vale diversos mecanismos, el primer mecanismo disuasorio es sin duda alguna, la Ley y el principio de autoridad, para prohibir actos o hacer onerosas actividades para desincentivar el accionar dañoso. Por ejemplo, si una empresa minera genera daños al medio ambiente en su

producción, contamina el aire a discreción, no solo paga por el daño causado, sino paga impuestos más altos, que generen una reparación por el recurso ambiental (aire) que comúnmente no tiene valuación económica, pero para este caso sí, dado el impacto de la actividad y la rentabilidad de la misma.

Ahora bien, cabe señalar que el influjo de la empresa en la generación de riqueza colectiva, trabajo, infraestructura, educación y tributos, conlleva a pensar si el Estado debe permitir en pro de estos beneficios, la contaminación del aire, y posteriormente con el pago de los impuestos (más altos) generar los mecanismos de prevención y cuidado ambiental. Con esto no queremos decir que no exista deberes ambientales ni actuar de en los márgenes de la responsabilidad social empresarial, solo argumentamos que en muchas ocasiones se debe optar por la actividad que genera mayores beneficios, aun causando externalidades negativas en su accionar, siempre que estas últimas puedan cubrirse de manera adecuada e idónea.

Ahora bien, es importante considerar lo que menciona Acciarri (2015): “Los daños que se producen en una sociedad no abarcan solo un problema distributivo privado (que el dañador deba transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad – que se asume – guarda relación con su bienestar.” (página 22). Es por ello, que los sistemas de responsabilidad, imponen a las personas consecuencias que no quisieran asumir, por un lado, al que causa el daño le corresponde una indemnización (obligación pecuniaria) y, por otro lado, al que le causaron el daño, la palpable imposibilidad de percibir la indemnización pese al daño sufrido. Lo que realmente debería suceder, es que el sistema de responsabilidad busque incentivos de tal manera que las personas, aun beneficiándose con sus intereses personales, generen una mejor situación social.

Con todo esto, lo que se busca es reducir el costo social, el cual se compone, en principio, de tres elementos: la pérdida causada por el hecho o el impacto del daño, el costo de prevención y el costo de administrar el sistema de responsabilidad civil. (Shavell, 2004).

Estos tres elementos, se conjugan bajo la siguiente fórmula: aumentar la precaución, implica

reducir el hecho o el impacto del daño, al mismo tiempo, el incremento de precaución incrementa el costo de prevenir. Detallamos: a) Si el dañador no tiene absoluta precaución el perjudicado puede sufrir un daño grave; b) Si el dañador tiene una meritoria acción de precaución el daño puede tener un impacto menor, pero no insignificante; y, c) Si el dañador tiene absoluta precaución, el daño o su posibilidad pasarían a reducirse en extremo, pero no a eliminarse, sin embargo, los costos que asumiría tanto el dañador como el propio sistema serían elevados y en muchos casos insostenibles.

En suma, un sistema de responsabilidad que pretendiese ser eficiente y encontrar un balance constante entre los costos sociales de su propia administración y la cantidad de daños cometidos por las personas, debería construir y generar incentivos que permitan a los “potenciales dañadores” adoptar un estándar mínimo de medidas de precaución, para que los resultados del daño no tengan un impacto severo en la víctima, se pueda indemnizar adecuadamente y la sociedad no asuma costos elevados.

Invertir en precaución no será eximente de responsabilidad, creemos que la indemnización debe comprender el daño causado, de lo contrario sería un contrasentido; sin embargo, la inversión en precaución no será en vano y será determinante para atenuar la culpa o dolo. Así funcionaría preliminarmente un sistema de responsabilidad, ni mucho más ni mucho menos al estándar mínimo de precaución.

Carácter *sui generis* de la responsabilidad precontractual

El artículo 1362 de nuestro Código Civil establece que: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, al parecer este artículo de cortas líneas, establece el régimen de responsabilidad precontractual en el sistema peruano. Analicemos.

Los daños por tratativas contractuales son en su mayoría: la ruptura injustificada de tratativas, la ineficacia contractual y la falta de adecuación del reglamento contractual a los intereses mutuos. En el primer caso, nos encontramos en este supuesto cuando una de las partes decide interrumpir injustificadamente las negociaciones, pese a haber generado en su contraparte

una confianza razonable (a través de manifestaciones expresas o tácitas) que el contrato sería celebrado. En el segundo caso, se encuentran los contratos en el que existe un vicio de la voluntad (dolo o error) al momento su formación. En este caso sí existe un contrato celebrado, pero el vicio cometido durante la celebración va a permitir que la parte afectada pueda solicitar su ineficacia. Finalmente, en el tercer caso, es similar al supuesto anterior con la diferencia que el engaño no tiene implicancia en la voluntad de la parte y el error no ha recaído sobre algún elemento esencial del contrato. (Chan, 2011, pág. 48-49).

En este punto se encuentra la primera contradicción de nuestro Código. El artículo 207 establece: “la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes”. Si bien entendemos que el error no ha sido causado intencionalmente por una de las partes de la negociación, esta figura nos permite interpretar que una parte conoce del error y, aun así, celebra el contrato sin percatarse a su contraparte. ¿esto no es contrario a la buena fe? Por supuesto que sí. Pero, ¿qué es buena fe? Díez Picazo (1993) ofrece una definición muy precisa:

Es un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante. Eso quiere decir que (...) los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. (pág. 372).

Entendida de esa manera, y aplicándose de acuerdo a nuestra norma civil, a las tratativas y negociaciones previas a la celebración del contrato, debemos siempre establecer un estándar contractual entre las partes protegiendo sus intereses privados, su común intención y su convicción por contratar, analizando estos elementos con un carácter horizontal y razonable de acuerdo al contexto del caso en específico.

Ahora bien, a esta variable debemos atribuirle indicadores que nos permitan con mayor seguridad, dilucidar si debe existir responsabilidad precontractual en determinados casos. En

primer lugar, cuando la parte generó una confianza razonable de la celebración del contrato, se plantea el problema que una parte haya creído que tenía sustantiva posibilidad de contratar, cuando no era cierto ello, o que su probabilidad es mayor, cuando en realidad no lo era.

En segundo lugar, los deberes de información, juegan un papel fundamental, toda vez que un contrato es una dimensión donde se transmiten constantemente información entre las partes, ahora ¿cuanta información se debe transmitir? ¿debo ocultar alguna clase de información? ¿la Ley debe obligarme a suministrar toda la información posible a mi contraparte?

Creemos que la respuesta es no y sí. No en la contratación civil, porque no toda clase de información debe ser suministrada, como, por ejemplo: el nuevo destino económico del bien, el precio anterior del bien, las particularidades de uso, las negociaciones conexas, entre otros supuestos. Si, en la contratación de consumo, toda vez que dada la asimetría informativa entre consumidor y proveedor, la información juega un rol fundamental en la contratación de los servicios o adquisición del producto, es por ello que el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece en su artículo V inciso 3 el principio de transparencia, en el inciso 5 el principio de buena fe, en el artículo 1.1.a) el derecho de acceder a información oportuna, y desarrolla 9 artículos (desde el 2 hasta el 10) el deber de información en el capítulo II sobre Información a los consumidores del mismo Código.

A todo esto, respecto de suministrar o no toda la información, consideramos que estos casos son más graves y generarían responsabilidad precontractual:

- a) Aquel donde una de las personas no busque contratar, pero establece largos tratos precontractuales (con todo lo que ello implica) para obtener la mayor cantidad de información posible para otros fines privados.
- b) Aquel donde una de las personas no busca contratar, solo hacer perder tiempo a otra parte, para que un tercero, de quien es cómplice, pueda realizar su actividad económica con mayores posibilidades de éxito y rentabilidad.
- c) Aquel donde una de las personas inicia una negociación seria, pero en el transcurso del tiempo, se declara insolvente y no tiene como sostener las futuras prestaciones del contrato,

sin embargo, no se lo comunica a la otra parte, se lleva a cabo el contrato, se aprovecha del primer beneficio, solicita un plazo de pago para los meses subsiguientes y posteriormente, rompe el contrato con otro pretexto.

Por último, los límites de la responsabilidad precontractual, pueden estar fácticamente claros, sin embargo, el desafío para la doctrina, aún en la actualidad, es encontrarle un fundamento normativo, nosotros particularmente creemos que no se trata ni de responsabilidad contractual ni de responsabilidad extracontractual, por el contrario, creemos que se funda en una relación *sui generis*, que es la relación precontractual, nacida del vaivén de las personas, del contacto del ser humano con la sociedad.

La situación que determina que dos personas tengan la convicción de ponerse en contacto para llevar a cabo la celebración de un contrato, establece entre ambas, una preliminar conexión jurídica, y una fuerte conexión social, que involucra un estado de recíproca confianza que no debe ser mancillado ni defraudado, pues, existe *per se*, un mínimo de lealtad, como valor social, virtud personal y contenido del principio de buena fe.

EL MERCADO: ENTRE LA REGULACIÓN Y LA LIBERALIZACIÓN DEL SISTEMA NORMATIVO

En la actualidad todo derecho termina en el mercado. En un mundo globalizado donde la expansión y crecimiento de los mercados mundiales es latente; la conjugación de derechos fundamentales atribuidos al ser humano, tiene una implicancia consecuente en el propio mercado y se observa reflejada en las innumerables transacciones comerciales destinadas a satisfacer todo tipo de necesidades. De ahí que consumir un producto tóxico, tomar un mal servicio médico o educativo, ser impedidos de acceder a determinados lugares comerciales por nuestras condiciones raciales o culturales, comprar productos atados, recibir publicidad engañosa, observar el plagio de nuestra marca o creaciones intelectuales; son derechos propiamente reconocidos en las normas de protección al consumidor, libre competencia y propiedad intelectual; pero que a su vez, tienen un correlato constitucional sobre los derechos fundamentales de la persona (artículo 2 incisos 1, 2, 4, 8, 19), protección a la familia (artículo 4), derecho a la salud (artículo 7), derecho a la educación (13, 14, 17,8), libre

competencia (artículo 61), protección al consumidor (artículo 65) y sin lugar a dudas, en el artículo 58 que establece el régimen económico y el rol del Estado en materias como empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

A todo este marco constitucional, derivado del paso de una economía estatista, cerrada y sobre regulada a una economía privatizada de mercado libre y abierto a la competencia internacional y el mundo globalizado (Villareal, 20001, pág. 120) de la década de los 90, siempre ha existido la gran duda si la mano invisible postulada por Adam Smith es suficiente para regular eficientemente nuestro mercado, o si, por el contrario, el Estado tiene que regular constantemente la economía. Los “liberales” podrán defender a ultranza la liberalización de las reglas del mercado, tomando como pilar la utilización de variables económicas aplicadas a través de la herramienta del Análisis Económico del Derecho⁸; por otro lado, los “proteccionistas”, buscarán una constante regulación del mercado a través de normas destinadas a intentar regular todos los supuestos que pudieran observarse en las relaciones mercantiles y en la política nacional, y con una evidente connotación social.

Al respecto creemos que ninguna de las posturas es la correcta. Lo que en efecto necesita un mercado, es un constante diálogo y debate entre las categorías económicas y jurídicas para lograr un mercado eficiente. Recordemos que el mercado nacional, ya no solo se encierra en nuestro país, el impacto de la globalización determina que nuestro mercado, y en efecto, todos los mercados mundiales se encuentren en constante conexión, de ahí que se puede afirmar que para regular el mercado debemos tener presente: a) reglas de autorregulación, b) reglas deontológicas, c) reglas negociadas y d) principios generales. Con todo este marco normativo, no podemos pensar en constantes atentados contra el mercado o los consumidores, pero los delitos económicos son inevitables (en razón de la búsqueda de mayor rentabilidad, posición de mercado y pobre responsabilidad social), de tal manera que tanto su aplicación jurisdiccional y las sanciones correspondientes, deben ser severas y aleccionadoras.

⁸ La interpretación jurídica está precisada a aplicar el modelo ético y de justicia y no debe limitarse a una mera captación de los hechos y, por tanto, el análisis económico del derecho debe ser sometido por el jurista a la crítica axiológica, partiendo de valores fundamentales como humanidad y dignidad, y atendiendo a la justicia, equidad, seguridad, orden y paz social. En síntesis, que el Derecho y la Economía son dos disciplinas sociales que se correlacionan e interpretan, por lo cual es indispensable una reflexión jurídica y axiológica de la Economía. (Alterini, 1997, pág. 96).

En resumen, la regulación sobre el mercado es tan inevitable como la existencia del mismo. Ahora bien, debemos establecer una intervención sistémica entre tres tipos de regulación que hemos logrado identificar: la regulación económica (intervención sobre las decisiones de mercado), la regulación social (intervención para la protección de los intereses públicos) y la regulación administrativa (conjunto de trámites, requerimientos y formalidades). De este modo, si se sobreregula u olvidamos regular adecuadamente los tres tipos, se generará una deformación terrible en el mercado, que eventualmente no podrá satisfacer las exigencias actuales tanto para el Estado, como la empresa y los consumidores.

Finalmente, en la actualidad, lo mejor es echarle la mano a la mano invisible, con la mano promotora del Estado para el crecimiento y el desarrollo sustentable; y con la mano solidaria de la sociedad, promover la equidad distributiva, reconociendo que el mercado no es solo un mecanismo de equilibrio de la demanda y oferta, sino es una institución que necesita de reglas de juego claras y de operadores de mercado creíbles, confiables, claros y transparentes, de tal manera que pueda ser entendido como lo que realmente es, una institución. (Villareal, 2001, pág. 127).

El entramado de la Libre Competencia en el Perú

En cualquier parte del mundo la competencia opera a través de cuatro factores: precio, capacidad productiva, inversiones e innovación. (Alpa, 2017, pág. 186); por lo mismo, no existe o se intenta eliminar la competencia a través de los monopolios u oligopolios, de tal manera que, para que la competencia exista, es necesario que se establezcan las condiciones necesarias, que eviten o eliminen estos monopolios u oligopolios, que buscan falsear la libre competencia, excluir o abusar de los competidores.

El Perú no es la excepción, ya la Constitución en su artículo 61 establece: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.” Y el Decreto Legislativo 1034 sobre represión de conductas anticompetitivas en su artículo 1 establece: “La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para

el bienestar de los consumidores.” De tal manera que pareciera que la libre competencia se edifica sobre un sólido marco normativo, aunque demostraremos que esta afirmación, no es cierta.

1. ¿Hasta cuándo con las prácticas explotativas?

En primer lugar, la doctrina considera que las prácticas restrictivas de la competencia, son tanto las exclusorias (que buscan excluir o evitar la entrada al mercado a los competidores) y las explotativas (que buscan abusar de los consumidores beneficiándose en exceso); ambas se encuentran reguladas en la mayoría de legislaciones del mundo, tal como sucede, en España (artículo 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia)⁹, Argentina (artículo 1, 2 de la Ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia)¹⁰, Ecuador (artículo 9, 10, 11 de la Ley Orgánica de regulación y control del Poder del Mercado)¹¹, solo por nombrar algunos países de nuestra tradición jurídica. Todo esto nos importa mucho, porque en el Perú no existe: la Ley 1034 solo regula las prácticas exclusorias, en contravención del mandato constitucional, evidenciando, una Ley de Defensa de la Competencia, incompleta.

Lamentablemente, la Ley de Competencia adopta de manera explícita una postura respecto a

⁹ **Artículo 2.** Abuso de posición dominante. 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

¹⁰ **Artículo 1.** Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma, manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Artículo 2. Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: (...) g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

¹¹ **Artículo 9.-** Abuso de Poder de Mercado. - (...) En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.

Artículo. 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica. - Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas. - (...) 11. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos. 12. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.

la posibilidad de sancionar prácticas explotativas, señalando en el artículo 10.1 y 10.2, que únicamente constituye abuso de posición de dominio:

10.1. (...) cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como (...) (el subrayado es nuestro)

Como resultado, legislativamente han quedado desterradas todas las modalidades de prácticas abusivas explotativas, como la imposición de precios abusivos o la discriminación explotativa. (Patrón, 2008, pág. 125,126). De ahí que no nos debe sorprender la posibilidad que tienen algunas tiendas de reducir el precio de sus productos si llevas otro producto, pero si no quieres comprar el otro producto únicamente, entonces la venta será con un precio mayor (venta atada); o, el elevado precio de las medicinas en el Perú (precios excesivos); ambas conductas explotativas contra los consumidores que la Ley no sanciona, y que constantemente observamos que ocurren en nuestro país.

2. ¿Es pertinente establecer un régimen de control de fusiones?

Una empresa puede absorber, unirse o tomar el control de sus competidores (integración horizontal) , o puede integrarse con sus proveedores de insumos o canales de comercialización, quedando en mejor posición que los competidores (integración vertical), como consecuencia de operaciones de adquisición de acciones o empresas, fusiones, asociaciones en participación, etc. (concentraciones); asimismo, la integración horizontal por lo tanto puede crear o reforzar el poder de mercado, al reducir el número de competidores; la integración vertical, en cambio, no reduce el número de competidores en un mismo mercado, por lo que no genera una disminución en los niveles de competencia. (Quintana, 2013, pág. 16; Pilsbury y Meaney, 2009)

Cualquier régimen de competencia tiene como objetivos, limitar: a) los abusos de posición de dominio; b) los acuerdos colusorios o concertaciones empresariales; y, c) el régimen para la concentración empresarial. En el Perú, la legislación regula los dos primeros puntos y obvia el último punto, de tal manera que una vez más, nuestra legislación de competencia es incompleta e insuficiente.

Ya llevamos más de una década en eternos debates entre quienes creen que no debería existir un control de fusiones y concentraciones por las siguientes razones:

a) El Perú tiene una economía pequeña, el control afectaría y desincentivaría las inversiones y la creación de grandes empresas que contribuirían al desarrollo del país. (Távora y Diez Canseco, 2003, 168-173). Si bien este argumento puede haberse acogido a principios del nuevo milenio, en la actualidad, creemos que es insostenible, toda vez que nuestra economía ha crecido de manera exponencial, muchos emprendimientos se han convertido en pequeñas, medianas y grandes empresas, y cualquiera sea la cantidad de empresas que exista en el Perú, siempre deberá prevalecer la libre competencia. Por el contrario, el riesgo de no tener un control de fusiones involucra que, en un mercado tan concentrado como el nuestro, sean las grandes empresas las que terminen por excluir a las pequeñas y medianas empresas, por su mayoría, nacionales.

b) No existe evidencia concluyente que los controles de fusiones logren eficazmente el objetivo de proteger y mantener la competencia en los mercados. Mientras que está comprobado que los controles generan altos costos tanto para las empresas como para los gobiernos. (Bullard, Falla y Roldán, 2012, pág. 48). ¿No hay evidencia de la eficacia del control de fusiones? Por eso países como Francia, Canadá, Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Japón, España, Chile, Corea del Sur, México, entre otros países, tienen una exhaustiva regulación sobre las fusiones empresariales. Asimismo, es una exigencia para ingresar a la OCDE y un desafío para el Perú con miras al 2021.¹²

c) Dada la experiencia extranjera, no sería eficiente un sistema de control de fusiones toda

¹² Perú ha sido uno de los primeros países en colaborar con la OCDE mediante un Programa País. Lanzado en diciembre de 2014, el Programa fue construido alrededor cinco áreas claves para Perú: crecimiento económico, gobernanza pública, transparencia y lucha contra la corrupción, productividad y capital humano, y medio ambiente. El Programa comprende informes sobre políticas públicas, implementación y proyectos de construcción de capacidad, participación en los Comités de la OCDE y adherencia a determinados instrumentos legales de la OCDE. (OCDE, 2018).

vez que la mayoría de operaciones son aprobadas, de tal manera que no es útil. Este argumento es quizá es más fútil dada su poca fundamentación, de hecho, cualquier norma sobre control de fusiones solo limita las operaciones que resulten ser dañinas para el mercado por su cuota de porcentaje. No queremos imaginar mercados con el 80% de la cuota perteneciente a una sola empresa, así peligraría la competencia.

d) Los costos administrativos que involucra invertir en la implementación de un sistema de control de fusiones, son muy elevados, tanto para el Estado como para las empresas privadas; en comparación con la cantidad de fusiones que existen en el país. (INDECOPI, 2003, PÁG. 13). Si bien la misma entidad encargada de la supervisión y tutela del mercado, INDECOPI, ya no mantiene esa postura, y, por el contrario, ahora se encuentra a favor de la implementación de un sistema de control de fusiones, este argumento tampoco es válido, toda vez que depende del modelo que se diseñe. Deberá tenerse especial consideración al señalar los límites de las cuotas de mercado y/o montos de operaciones que deberán someterse al análisis, ajustándolos a la realidad y a las necesidades de la economía peruana. Asimismo, se reclama implementar un modelo preciso y claro, con procedimientos simples, expeditivos y transparentes. De esta manera los resultados del control serán más predecibles para las empresas y los costos generados serán más bajos. (Olivos, 2012, pág. 18,19).

Después de argumentar nuestra posición sobre las posiciones en contra del control de fusiones, es necesario exponer las ventajas de la implementación de este sistema: a) complementar nuestra legislación en materia de defensa de la competencia, y en efecto, la política nacional en materia de Mercado, Economía y Desarrollo; b) prevenir cualquier clase de distorsión al mercado y la libre competencia; c) neutralizar las posibles conductas anticompetitivas contra los competidores y los consumidores; d) cumplir con el requisito establecido para ingresar a la OCDE; y, e) garantizar el control de prácticas anticompetitivas que pueden afectar la estructura económica del país.

Finalmente, podemos señalar que el control de las concentraciones pone de manifiesto una de las potestades administrativas del Estado, asumiendo su rol de supervisión del mercado y su función reguladora, adoptando técnicas legislativas que se orienten a promover una competencia eficiente, a fin de estabilizar las fuerzas de los agentes que entran en escena.

Por consiguiente, el mercado actual lleno de presiones crecientes y extendidas reclama la inclusión de valores sociales y políticos en el Derecho de la Competencia, y en este contexto el asunto no es mantener un enfrentamiento entre la eficiencia económica y otros valores sociales, sino que por el contrario, la cuestión es establecer un adecuado equilibrio para establecer una política de competencia coherente y eficaz, que promueva el desarrollo, la competitividad, respetando los derechos de los consumidores. (Olivos, 2012, pág. 21,22; Durand, 2007, pág. 160).

CONCLUSIONES

Derecho Privado – Marco General

En el mundo de la posmodernidad, ya son diversas perspectivas las que tenemos que identificar para poder plantearnos una definición y delimitación del Derecho Privado, creemos que es un derecho común tanto para sujetos privados como públicos, asimismo surge de fuente de autorregulación de intereses privados dentro de un extenso marco de intereses públicos, de ahí que todas las relaciones se funden en valores constitucionales y deontológicos, que a su vez le ofrecen reglas sociales y garantías individuales a las personas, que en la actualidad, se desenvuelven en un mundo globalizado, lo cual trae consigo un bombardeo constante de información, nuevas tecnologías y un campo económico inevitable. La posmodernidad tiene un influjo constante en el Derecho Privado, de ahí que se afirme que existe una hibridación entre Derecho Privado y Público; se cuestionen los clásicos postulados y dogmas en la materia; se evidencia una constitucionalización del sistema del Derecho; se acrecienta la importancia, vigencia y desarrollo del mercado como institución jurídica y económica; y, se ponga especial énfasis en las personas y grupos vulnerables.

La elasticidad y fluidez del conjunto de concepciones, estructuras, normas y funciones que, a través de diversas fuentes, y a la luz de los valores constitucionales y económicos en torno a la persona humana, componen lo que denominamos como Derecho Privado, el cual, encuentra fructífero campo de estudio y análisis gracias al fundamento ontológico del mismo, la persona humana, y al orden de sus pilares que permiten materializar los derechos de la misma.

La propiedad

La debacle del racionalismo y la decepción de la modernidad, también han impactado en la manera de ver y concebir la propiedad, de tal manera que libertad, individualismo, egoísmo, absolutismo jurídico (nociones intrínsecas a la propiedad histórica), vuelven a entrar en cuestionamiento; contrario sensu, son los valores sociales o éticos, los que comienzan a determinar su objeto y concepción posmoderna.

La concepción posmoderna de la propiedad, está compuesta por posiciones normativas, que pueden ser libertades, derechos, potestades, deberes, poderes y atribuciones, y que de alguna u otra manera tienen que observarse con el bien común, conciliando los intereses propios con los intereses colectivos. Este es el fundamento de la función social, de tal manera que no podemos concebir a la propiedad sin la función social que ejerce.

Se logra identificar en el derecho de la propiedad, tres notas características: aprovechamiento económico (armonía entre el interés individual y la rentabilidad del bien, y el interés colectivo, el bien común y la dignidad de las personas); disposición (posibilidad de intervención del Estado en la transferencia en aras del justo equilibrio con el interés general); y, aseguramiento (inmunidad a toda clase de agresión que pueda violentar la propiedad, sea del mismo Estado o de terceros).

El contrato

En nuestros tiempos hemos observado una socialización del contrato. La autonomía de la voluntad o la autonomía privada ha perdido la seguridad, certeza y vigencia que se le atribuía en la contratación, contrario sensu, el contrato se observa desde una icónica perspectiva, por un lado existe una parte fuerte, con un gran poder económico – que no solo involucra dinero, sino información, capacidad de negociación, entre otros- frente a una parte débil – mayormente consumidores- que no tienen ese poder, y que el Estado en consonancia con su mandato constitucional, debe proteger.

El contrato moderno tiene prerrogativas que responden a nuestros tiempos, de tal manera que identificamos: i) una mayor orientación pública, ii) pérdida de una visión general del contrato

fruto de regulación contractual para sectores específicos, iii) consideración de Reglamentos y normas sectoriales para la redacción de sus cláusulas, iv) búsqueda de tutela a grandes grupos de contratantes, y, v) incremento del lenguaje contractual, producto de utilización de extranjerismos o términos provenientes de otras disciplinas.

Estas características del contrato moderno, las observamos mejor reflejadas en la institución jurídica del contrato de consumo, de tal manera, que identificamos sus particularidades: i) categoría autónoma, relevante y frecuente, ii) plena incidencia en los campos de la Economía, el Marketing y el Derecho, iii) dado la asimetría intrínseca de su estructura, busca reestablecer un equilibrio contractual, iv) nace como consecuencia de la imposición de condiciones y limitantes a la autonomía privada de una de las partes, v) es meramente formal, garantizando transparencia y seguridad jurídica, y, vi) su campo de acción es más amplio, superando los contratos típicos establecidos en el Código Civil.

La responsabilidad civil

En la actualidad, la responsabilidad civil no puede cumplir todas sus funciones. Por un lado, el daño puede ser conciliado o arbitrado sin recurrir ante la esfera judicial, por otro lado, y más grave aún, muchas veces la sanción, entendida en su carácter pecuniario es tan baja, que realizar el daño puede generar mayores beneficios, inclusive pagando el monto de la sanción, de esta manera, la realidad la norma no cumple su papel de prevención eficaz de los daños y mucho menos su papel intimidatorio.

Los sistemas de responsabilidad, imponen a las personas consecuencias que no quisieran asumir, por un lado, al que causa el daño le corresponde una indemnización (obligación pecuniaria) y, por otro lado, al que le causaron el daño, la palpable imposibilidad de percibir la indemnización pese al daño sufrido. Lo que realmente debería suceder, es que el sistema de responsabilidad busque incentivos de tal manera que las personas, aun beneficiándose con sus intereses personales, generen una mejor situación social.

Un sistema de responsabilidad para ser eficiente y encontrar un balance constante entre los costos sociales de su propia administración y la cantidad de daños cometidos por las personas,

debería construir y generar incentivos que permitan a los “potenciales dañadores” adoptar un estándar mínimo de medidas de precaución, para que los resultados del daño no tengan un impacto severo en la víctima, se pueda indemnizar adecuadamente y la sociedad no asuma costos elevados.

A las tratativas y negociaciones previas a la celebración del contrato, debemos siempre establecer un estándar contractual entre las partes protegiendo sus intereses privados, su común intención y su convicción por contratar, analizando estos elementos con un carácter horizontal y razonable de acuerdo al contexto del caso en específico.

El fundamento normativo de la responsabilidad pre contractual no se trata ni de responsabilidad contractual ni de responsabilidad extracontractual, por el contrario, se funda en una relación *sui generis*, que es la relación precontractual, nacida del vaivén de las personas, del contacto del ser humano con la sociedad. La situación que determina que dos personas tengan la convicción de ponerse en contacto para llevar a cabo la celebración de un contrato, establece entre ambas, una preliminar conexión jurídica, y una fuerte conexión social, que involucra un estado de recíproca confianza que no debe ser mancillado ni defraudado, pues, existe *per se*, un mínimo de lealtad, como valor social, virtud personal y contenido del principio de buena fe.

El Mercado

En un mundo globalizado donde la expansión y crecimiento de los mercados mundiales es latente; la conjugación de derechos fundamentales atribuidos al ser humano, tiene una implicancia consecuente en el propio mercado y se observan reflejados en las innumerables transacciones comerciales destinadas a satisfacer todo tipo de necesidades.

El mercado necesita un constante diálogo y debate entre las categorías económicas y jurídicas para lograr un mercado eficiente, para regular el mercado debemos tener presente: a) reglas de autorregulación, b) reglas deontológicas, c) reglas negociadas y d) principios generales.

En el Perú la legislación materia de defensa de la libre competencia es incompleta. Solo están reguladas las prácticas exclusorias, mientras que las prácticas explotativas no están reguladas

en nuestra legislación, contraviniendo al mandato constitucional de regular todo tipo de prácticas anticompetitivas, desprotegiendo severamente al consumidor y al propio mercado. En el Perú tampoco existe una regulación sobre el control de fusiones y concentraciones, así nos encontramos expuestos a la creación constante de monopolios en diversos sectores de comercialización, que traen consigo daños a los pequeños competidores y elevan los precios a los consumidores.

Las ventajas de establecer un control de fusiones son: a) complementar nuestra legislación en materia de defensa de la competencia, y en efecto, la política nacional en materia de Mercado, Economía y Desarrollo; b) prevenir cualquier clase de distorsión al mercado y la libre competencia; c) neutralizar las posibles conductas anticompetitivas contra los competidores y los consumidores; d) cumplir con el requisito establecido para ingresar a la OCDE; y, e) garantizar el control de prácticas anticompetitivas que pueden afectar la estructura económica del país.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Acciarri, H. (2015), *Elementos de análisis económico del Derecho de Daños*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

Alpa, G. (2017). *¿Qué es el Derecho privado?* Traducción de Cesar Moreno More. Lima, Perú: Editorial ZELA.

Alterini, E. (1997). *Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno*. En: Libro Nuevas tendencias del Derecho Contractual. Libro Homenaje a Manuel De la Puente y Lavalle. Tomo I. Asociación Henri Capitant. Lima, Perú: Editorial Grijley.

Alzamora, M. (1964). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, Perú: Editorial EDDILI.

Atienza, M. y Ruiz, J. (2006). *Ilícitos atípicos*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Avendaño, J. (2003). *Comentario al artículo 923 – Definición de propiedad*. En: Código Civil Comentado. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Barassi, L. (1955). *Instituciones de Derecho Civil*. Traducido al español. Madrid, España: Editorial BOSCH.

- Bunge, C. (1930). *Historia del Derecho Argentino*. Tercera Edición. Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe.
- Diez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*. Cuarta Edición. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Gherzi, C. (1990). *Contratos civiles y comerciales. Parte General y especial*. Figuras contractuales modernas. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- González, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Herrera, D. (1988). *Derecho Romano*. 3era edición. Lima, Perú: Editorial EDDILI.
- Kramer, E. (1974). *Die "Krise" des liberalen vertragsdenkens*. Munich, Alemania: Fink.
- Pasukanis, E. (1976). *Teoría General del Derecho y marxismo*. Traducida al español. Barcelona, España: Editorial Labor.
- Quintana, E. (2013). *Libre Competencia. Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de los órganos resolutivos*. Lima, Perú: Editorial INDECOPI.
- Radbruch, G. (1944). *Filosofía del derecho*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rehbinder, M. (2014). *Sociología del Derecho*. Madrid, España: Editorial Pirámide.
- Rubio, M. (2015). *El Derecho Civil*. Primera reimpression. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993*. Tercera edición. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Shavell, S. (2004). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, United States: Belknap Press.
- Torres, M. (2016). *Fundamentos de la Nueva Teoría General del Contrato*. Lima, Perú: Editorial GRILEY.
- Vanni, I. (1922). *Filosofía del Derecho*. Traducción por Rafael Urbano. Lima, Perú: Editorial Francisco Beltrán.
- Vega, Y. (2001). *Contratos de consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*. Lima, Perú: Editorial GRILEY.
- Villareal, R. (2001). *La nueva economía institucional de Mercado y el Estado de Derecho*. En libro: Economía y Constitución. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho

Constitucional. Tomo IV. Ciudad de México, México: Editorial UNAM.

Fuentes hemerográficas

Bullard, A; Falla, A; y Roldán, N. (2012). In god we trust, all other bring data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? *En: Revista THEMIS. N° 62*. Lima, Perú: Editorial PUCP. pp. 83-122.

Chan, A. (2011). Solo estamos saliendo: Sobre la buena fe en la etapa de las tratativas. *En: Revista IUS ET VERITAS. Núm. 43*. Lima, Perú: Editorial IUS ET VERITAS. pp. 44-57.

Durand, J. (2007). Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia. *En: Revista Derecho y Sociedad. N° 28*. Lima, Perú: Editorial PUCP. pp. 153-160.

Durand, Julio. (2003). El valor de la marca como patrimonio intangible. *En: Revista Deseideratum. Año 3. N°3*. Lima, Perú: Editorial USMP. pp. 98-102.

Landa, C. (2013). La constitucionalización del Derecho peruano. *En: Revista Derecho PUCP*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP. pp.13-36.

Olivos, M. (2012). El control previo de las concentraciones empresariales en una economía social de mercado – Análisis del Caso Peruano. *En: Revista IUS. Año 2. Núm. 3*. Chiclayo, Perú: Editorial. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. pp.1-29.

Patrón, C. (2008). Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. *En: Revista IUS ET VERITAS N° 36*. Lima, Perú: Editorial IUS ET VERITAS. pp. 122-144.

Pilsbury, Simon y Meaney, Andrew. (2009). Are Horizontal Mergers and Vertical Intergration a Problem? *OECD-International Transport Forum Joint Transport Research Centre, Discussion Paper No. 20094*. Washington DC, Estados Unidos. Pp. 137-180.

Tavara, J. y Diez Canseco, L. (2003). Estabilizando el péndulo Control de Fusiones y Concentraciones. *En: Revista Themis, N° 47*. Lima, Perú: Editorial PUCP. pp. 159-173.

Fuentes electrónicas

OCDE. (2018). Perú y la OCDE. Tomado del portal web de: <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/peru-y-la-ocde.htm>

INEI. (2018). Estadística sobre hogares que residen en viviendas propias. Tomado del portal

web: <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/housing/>

Legislación

Código Civil del Perú. (1984).

Código de Protección al Consumidor del Perú. (2010).

Constitución Política del Perú. (1993).

Constitución Política del Perú. (1979).

Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (2008).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.

Tribunal Constitucional – Sentencia EXP. N.º 0008-2003-AI/TC

Tribunal Constitucional – Sentencia EXP. N.º 03347-2009- PA/TC

Informe

INDECOPI. (2003). Informe N°084-2003/GEE. Emitido por la Gerencia de Estudios Económicos. Lima, Perú