

Reivindicando el Sentido Común:  
**Alegato a favor de la Derogación de la Regulación  
de la Invitación a Ofrecer en el Código Civil de 1984\***



**FREDDY ESCOBAR ROZAS**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Máster en Derecho (LL.M.) por Harvard Law School,  
Profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos,  
Mercado e Instituciones Legales, y Teoría Legal Contemporánea en la  
Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados  
(Maestrías de Banca y Finanzas y de Derecho Civil)  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**GUILLERMO CABESES CROVETTO**

Abogado por la Universidad de Lima,  
Máster en Derecho (LL.M.) por University of Chicago Law School,  
Profesor de Análisis Económico del Derecho, Incentivos Económicos  
para la Conservación del Medio Ambiente, Contratos y  
Teoría Legal en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en la Escuela de Graduados  
de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC,  
Fundador del Law & Economics Institute (LEI).

**SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. Oferta e invitación a ofrecer.
- III. Regulación y fundamentos.
- IV. Illegitimidad de la regla.
- V. Consecuencias negativas.
- VI. Necesidad de derogación.

\* **ADVOCATUS** felicita a los autores del presente artículo, el cual resultó ganador del premio al mejor trabajo en la XIV Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDEL), realizada en El Salvador, en abril del presente año.

"A lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to become a public enemy":

Louis Brandeis, *Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1916)*.

## I. INTRODUCCIÓN

Los contratos cumplen un rol fundamental en las sociedades contemporáneas. En efecto, en primer lugar los contratos afirman la dignidad del ser humano<sup>1</sup>, al dotar de efectos legales a las decisiones que los individuos toman sobre sus bienes y sus acciones futuras.<sup>2</sup> En segundo lugar, los contratos profundizan el esquema de división del trabajo, acentuando de este modo la innovación productiva y comercial.<sup>3</sup> En tercer lugar, los contratos permiten la circulación de los recursos hacia sus usos alternativos más eficientes.<sup>4</sup>

Desde una perspectiva legal, los contratos generalmente se forman cuando una de las partes

acepta la oferta efectuada por la otra.<sup>5</sup> Oferta y aceptación no son, sin embargo, las únicas declaraciones que las partes pueden emitir en la etapa de las tratativas. En efecto, cuando la parte interesada en realizar una transacción no tiene la información necesaria para estructurar una oferta, esa parte acude a la invitación a ofrecer con la expectativa de obtener de la otra parte, la información que necesita para evaluar la conveniencia de llevar a cabo la transacción.

El Código Civil de 1984 no define a la invitación a ofrecer; no obstante ello, le asigna consecuencias bastante serias: si el que formula una invitación a ofrecer no rechaza inmediatamente la oferta recibida (en respuesta a dicha invitación), aquel queda contractualmente vinculado en los términos establecidos por el oferente.

Las razones por las cuales el legislador del 1984 decidió regular la invitación a ofrecer de esta manera son absolutamente repudiables, tanto

1 Los seres humanos tenemos concepciones diferentes acerca de lo que es bueno o malo para nosotros mismos y, en consecuencia, acerca de lo que constituye el fin último de nuestras vidas. En una sociedad libre, la dignidad individual preserva la capacidad de elegir, entre diversas concepciones en competencia, el fin último de la existencia personal. Los contratos permiten que las personas adquieran los recursos que necesitan para intentar alcanzar sus propias metas y, por tanto, para materializar sus propias concepciones acerca del sentido de sus vidas. RAWLS, S., John, *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, London, 2001, p. 19.

2 Los contratos crean y transfieren derechos sobre los recursos; esto es, sobre las cosas y las acciones que poseen valor para las personas. En términos de eficacia, los contratos generan titularidades legales (tanto sobre las cosas como sobre las acciones futuras de las partes contratantes. Para una explicación detallada del contrato como generador de titularidades sobre recursos: GOLD, Andrew S., *A Property Theory of Contract*. En: *Northwestern University Law Review*, Volumen 103, Número 1, 2009, pp. 13 - 63.

3 La división del trabajo genera bienestar social en la medida en que incrementa la producción de recursos valiosos a menores costos incrementales. Este efecto es logrado debido a que la división del trabajo permite a los individuos elegir el desarrollo de una u otra actividad en función a sus aptitudes y competencias. La repartición de tareas en función de las aptitudes y competencias permite, a su vez, incrementar la eficiencia del proceso productivo por dos razones. Primero, porque, en términos comparativos, los más talentosos para una labor específica realizan dicha labor de mejor modo y en menor tiempo. María Callas, Michael Jordan y Gary Becker son, en sus respectivos campos, un claro ejemplo de esto. Segundo, porque los menos talentosos para una labor específica no tienen que invertir en exceso a efectos de estar en condiciones para realizar dicha labor: acudir a un médico es menos costoso y más productivo que estudiar medicina con el propósito de poder estar en condiciones de tratar los males propios. HARDIN, Russell. *How Do You Know?*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2009, pp. 14.

4 POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 2007, pp. 33 - 93.

5 "All over the world students are taught that the way to make a contract is for one party to issue an 'offer' and the other an 'acceptance' in many cases, however, this is not what happens. When a conveyance drafted by a notary is signed simultaneously by both parties, it is hard to say that one of them is making an offer and the other accepting it, and where parties finally reach agreement after a long period of negotiations during which each has made proposals and counterproposals to the other, 'offer' and 'acceptance' hardly fit the situation at all". ZWILGERT, Konrad y KOTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Traducido por Tony Weir, Oxford University Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 356 y 357. En el mismo sentido: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984, pp. 243.

desde un punto de vista económico como desde un punto de vista moral, en la medida en que generan ineficiencias y restringen la libertad de las personas. En las líneas que siguen justificamos esta afirmación y abogamos por la derogación parcial del artículo 1381 del Código Civil.

## II. OFERTA E INVITACIÓN A OFRECER

El artículo 1359 del Código Civil establece que *"No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones (...)".* De este artículo se deriva que la oferta tiene que ser, además de seria (y en algunos casos formal), completa.<sup>6</sup>

Se entiende que la oferta es completa cuando regula los aspectos de la operación (que el oferente pretende llevar a cabo) en una forma tal que la sola respuesta positiva de la otra parte sea suficiente para concluir el contrato.<sup>7</sup>

A diferencia de la oferta, la invitación a ofrecer es una declaración mediante la cual un sujeto hace conocer a otro su interés en iniciar tratativas conducentes a la celebración de un contrato y, por ende, su disposición para evaluar la oferta que este último eventualmente formule bajo ciertos parámetros.<sup>8</sup> Por consiguiente, la invitación a ofrecer no tiene que ser seria, formal ni completa. El que formula esta declaración no solo no tiene la intención de quedar legalmente vinculado por el contenido de la misma, sino

que además no puede hacerlo en la medida en que no ha regulado los diferentes aspectos de la operación que pretende llevar a cabo.

Evidentemente, tanto el emisor de una oferta como el emisor de una invitación a ofrecer tienen cierto interés en la celebración de un contrato; de otro modo, ninguno efectuaría declaración alguna. Si esto es así, ¿cuándo una persona recurre a la primera declaración y cuándo a la segunda?

Si asumimos que las personas tienden a comportarse racionalmente<sup>9</sup>, los agentes del mercado solo celebrarán contratos en la medida en que, sobre la base de la información disponible, crean que la ganancia esperada de la ejecución de tales contratos superará sus costos de transacción (esto es, los costos de información, celebración y ejecución de los contratos en cuestión). En otras palabras, en un mercado con agentes interesados en obtener el mayor beneficio posible, los contratos se celebrarán si y solo si:

$$gE > c$$

Donde: "gE" = ganancia esperada de la ejecución de los contratos celebrados; y "c" = costos de transacción de tales contratos.

Cuando los interesados en celebrar un contrato entablan negociaciones, es poco probable que aquellos puedan emplear la fórmula en cues-

6 La literatura legal es unánime al considerar que la oferta tiene que cumplir con los siguientes requisitos: (i) seriedad, (ii) formalidad y (iii) autosuficiencia. El primer requisito implica que el declarante debe tener la intención de quedar jurídicamente vinculado por su manifestación. El segundo requisito implica que la manifestación debe exteriorizarse de la manera reconocida o exigida por la ley, según el caso. Finalmente, el tercer requisito implica que la manifestación debe regular todos los términos de la operación, de modo que la simple aceptación dé origen a la conclusión del contrato. DI MAJO, Adolfo, *Conclusioni del Contratto*. En: *Situazioni di Diritto Privato*, A cura di Mario Bessone Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 562 y ss.; MARTÍNEZ, Eva María, *La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 2000, pp. 38 y ss.

7 *"La proposta deve essere completa, e cioè contenere tutti gli elementi del futuro contratto, necessari e sufficienti perché con la sua accettazione pura e semplice si possa dire formato l'accordo sul contratto (...)".* ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 101.

8 ROPPO, Vincenzo, *Op. Cit.*

9 La elección racional supone que en una situación cualquiera un actor opta, entre los posibles cursos alternativos de acción, por aquel que, según su propio entendimiento, sirve de mejor manera a sus intereses, dadas sus preferencias y su percepción sobre las restricciones situacionales relevantes. VANBERG, Victor, *Racionalidad y Reglas*. Traducido por Ernesto Garzón, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 80; POSNER, Richard, *Op. Cit.*, pp. 3 - 4.

ción. En efecto, las negociaciones se inician sobre la premisa de que (i) la ganancia esperada de la ejecución del contrato ( $gE$ ) multiplicada por la probabilidad de que el contrato se celebre, menos (ii) los costos de transacción del contrato ( $c$ ), multiplicados por la posibilidad de que el contrato no se celebre, es (iii) mayor a dichos costos de transacción ( $c$ ). En otras palabras, en un mercado con agentes racionales, las negociaciones se inician si y solo si:

$$p(gE) + 1-p(-c) > c$$

Donde: "p" = probabilidad de que el contrato se celebre; ( $gE$ ) = ganancia esperada de la ejecución del contrato celebrado; "1-p" = probabilidad de que el contrato no se celebre; y "c" = costos de transacción de tal contrato.<sup>10</sup>

Las probabilidades de celebración del contrato pueden incrementarse en la medida en que la negociación prosiga.<sup>11</sup> En efecto, en función de las preferencias que las partes recíprocamente manifiestan a lo largo de las tratativas, en algún momento una de ellas puede sentir que tiene suficiente información para efectuar una oferta y esperar que, en términos generales, se cumpla la siguiente condición:

$$gE > c$$

En tal escenario, conscientes de que las ofertas son vinculantes, las personas formulan estas

declaraciones contractuales cuando, sobre la base de la información disponible, creen que la ganancia esperada de un contrato superará los correspondientes costos de transacción.<sup>12</sup>

¿Qué ocurre si las personas no cuentan con información suficiente para realizar el análisis costo-beneficio del futuro contrato, pero desean explorar la posibilidad de celebrar dicho contrato?

Lo racional es que las personas formulen una invitación a ofrecer. En efecto, mediante esta declaración pre-contractual, las personas interesadas en sopesar los costos y beneficios de un contrato futuro, invitan a formular declaraciones que contengan información completa sobre las preferencias y valoraciones de las potenciales contrapartes. Una vez recibida dicha información, esas personas pueden decidir si tiene o no sentido formular una oferta. Veamos un ejemplo.

Imaginemos que A se encuentra interesado en adquirir un terreno determinado, pero no tiene información sobre sus dimensiones ni sobre el precio al que su propietario estaría dispuesto a venderlo. Imaginemos que A efectúa una invitación a ofrecer y recibe una oferta del propietario del terreno por US \$ 80,000 ¿Qué ocurre si el precio de reserva de A es mayor a US \$ 80,000?<sup>13</sup> En ese escenario, A puede aceptar la oferta, o realizar una contraoferta. Si opta por la prime-

10 HARO SEUAS, José Juan, ¿Podría usted "no hacer" negocios conmigo? Sobre la Responsabilidad Precontractual y la Buena Fe. En: *Advocatus*, Número 7, 2002, pp. 125 - 128.

11 Las estimaciones sobre la ganancia esperada se van aclarando durante el proceso de negociación. Por tal razón las personas, conforme vayan recopilando información acerca de los futuros beneficios y costos del eventual contrato, deciden en un punto (i) abandonar la negociación o (ii) emitir una declaración de oferta o de aceptación, según corresponda.

12 La información que una persona toma en cuenta para determinar cuál es su ganancia esperada es reflejo de una serie de cálculos mentales respecto de una serie de probabilidades, tales como la probabilidad de que el contrato sea cumplido, la eficacia del remedio en caso de incumplimiento, el costo de un eventual litigio, etc. Estos cálculos muchas veces son efectuados de manera inconsciente, sobre la base de la experiencia acumulada y del conocimiento colectivo. La etapa de negociación permite clarificar las expectativas de ganancia, creando las condiciones para que la decisión de formular o aceptar una oferta sea eficiente. Sobre el análisis que realizamos respecto de los costos y beneficios de cada acción que tomamos: WHEELAN, Charles, *Maked Economics*, W.W. Norton & Company, New York - London, 2002, pp. 9 y ss.

13 El precio de reserva del vendedor es el monto mínimo al que este venderá el bien, mientras que el precio de reserva del comprador es el monto máximo al que este comprará el bien.

ro, A habrá tomado una decisión que genera ganancias recíprocas. Si opta por lo segundo, A pondrá en riesgo la oportunidad de celebrar una transacción que genere las referidas ganancias en la medida en que la contraoferta extinguirá la oferta.<sup>14</sup> Es verdad que ante el rechazo de su contraoferta por parte del propietario del terreno, A puede formular una oferta por US \$ 80,000; pero es verdad también que el referido propietario puede, ante esta nueva declaración, pensar que el precio de reserva de A es superior a US \$ 80,000 y, por tanto, presionar por un precio más alto. Como consecuencia de ello, las tratativas pueden no llegar a buen fin.<sup>15</sup>

Ahora bien, ¿qué ocurre si el precio de reserva de A es menor a US \$ 80,000? En ese escenario, A puede realizar una contraoferta, en caso crea que el precio de reserva del propietario del terreno no es igual a US \$ 80,000; o puede abandonar la negociación, en caso crea que el referido precio de reserva es igual a la suma consignada en la oferta que recibió.

Como se podrá advertir, la invitación a ofrecer es un mecanismo que disminuye de manera notoria los costos de transacción, dado que permite recibir de la potencial contraparte, una declaración vinculante que revela los términos bajo los cuales esta última estará dispuesta a celebrar el

contrato. Con esa información es posible calcular la ganancia esperada (gE) y, por consiguiente, tomar una decisión racional sobre la conveniencia de celebrar el contrato. Esta información reduce en muchos casos las barreras para la estimación de la ganancia esperada (gE) y, por consiguiente, permite la toma de una decisión racional sobre la conveniencia de celebrar el contrato.<sup>16</sup>

En consecuencia, la diferencia fundamental entre la invitación a ofrecer y la oferta es esta: mientras la primera sirve para obtener información respecto de las condiciones en las que es posible celebrar determinado contrato, la segunda sirve para transmitir esa información. De esto deriva, lógicamente, que la oferta será empleada por aquellos que tienen información suficiente; mientras que la invitación a ofrecer será empleada por aquellos que no tienen esa información, pero desean obtenerla.<sup>17</sup>

Como veremos a continuación, el legislador ha ignorado groseramente este dato de la realidad, provocando que la invitación a ofrecer, en lugar de permitir la obtención de información relevante a efectos de negociar racionalmente la celebración de un contrato, imponga trabas para conseguir dicha información, aumentando de esta manera los costos de transacción de celebrar un contrato.<sup>18</sup>

14 La extinción de la oferta a manos de la contraoferta es un efecto aceptado tanto en el Common Law como en el Civil Law. KNAPP, Charles, CRYSTAL, Nathan and PRINCE, Harry, *Problems in Contract Law*, Aspen Publishers, New York, 2003, p. 176; ROPPO, Vincenzo, *Op. Cit.* p. 108.

15 La negociación busca encontrar un acuerdo entre los dos precios de reserva de las partes: el precio máximo que está dispuesto a pagar quien está interesado en comprar y el precio mínimo que está dispuesto a recibir quien está interesado en vender. Dentro de esa banda, denominada en teoría de negociación *Zone of Possible Agreement (ZOPA)*, es que se producirá un acuerdo en caso que la negociación sea exitosa. (Ver: MINDOKIN, Robert H., PEPPET, Scott R. y TULUMIELLO, Andrew S., *Beyond Winning*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, London, 2004, p. 19.

16 La información es fundamental en el mercado y ha sido desde siempre objeto de preocupación para los legisladores. La legislación de protección al consumidor y la de prohibición de uso de información privilegiada son claros ejemplos de dicha preocupación, en la medida en que tienen como finalidad principal la eliminación de la asimetría informativa que existe entre proveedores y consumidores, en un caso; y entre el agente que posee cierta información sensible y los demás agentes de un mercado abierto, en el otro.

17 "La invitación a ofrecer es muy común en aquellos casos en que el invitante no tiene conocimientos técnicos suficientes para determinar con exactitud cuáles son las condiciones del negocio que desea celebrar, por lo cual espera que quienes sí poseen esos conocimientos le hagan una oferta concisa". (Ver: DE LA PUENTE, Manuel, *Estudios del Contrato Privado*, Tomo I, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1979, p. 209).

18 De acuerdo con el teorema de Coase, en un escenario con bajos costos de transacción (costos menores al valor de

### III. REGULACIÓN Y FUNDAMENTOS

Como indicamos al inicio de este artículo, la invitación a ofrecer está regulada (pero no definida) en el artículo 1381 del Código Civil, que establece lo siguiente: “Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación (...)”. (Énfasis agregado).

La regla contenida en el artículo citado supone que si el receptor de la oferta guarda silencio frente a la misma, el contrato propuesto por el oferente se celebra en los términos contemplados en la oferta.<sup>19</sup> Evidentemente esta regla es una excepción a un principio fundamental del Derecho Privado, según el cual el silencio no importa manifestación de voluntad.<sup>20</sup>

¿Por qué el legislador peruano decidió que el silencio del que realiza una invitación a ofrecer sea legalmente relevante y tenga los efectos de una declaración de aceptación?

De los textos publicados en el medio, solo el escrito por Manuel de la Puente ofrece algunas luces al respecto.<sup>21</sup> En efecto, en las páginas de su tratado de contratos, Manuel de la Puente ofrece dos justificaciones de la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil.

La primera justificación esgrimida se basa en una idea de Marcel Planiol y George Ripert:

“Dicen PLANIOL y RIPERT que en los casos en que la proposición ha sido provocada por el que la recibe, el silencio de este es explicable por la inutilidad de repetir una adhesión dada por antemano por parte del iniciador de las relaciones. Esta es la razón por la cual el artículo 1381 dispone que si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.”<sup>22</sup>

¿Inutilidad de repetir una adhesión previa? ¿Acaso el contenido de la invitación a ofrecer es igual al contenido de la oferta? ¿En absoluto! Se trata de dos declaraciones absolutamente diferentes tanto por su contenido como por su función: una es completa, la otra no; una proporciona información, la otra requiere información. El invitante no se adhiere previamente a la oferta por una razón muy simple: si es racional, no puede aceptar por anticipado el contenido de una declaración (oferta) que no conoce. Como resulta claro, este argumento es absurdo.

La segunda justificación es la siguiente:

“[...] la disposición que comento [artículo 1381 del Código Civil] tiene sentido, pues es lógica que quien ha manifestado seriamente su disposición a contratar y ha invitado a que se le formulen ofertas, creando así una expectativa de celebración de un contrato, asume una especial diligencia para poner en conocimiento de quien, accediendo a su

la transacción para las partes), la asignación inicial del recurso no interesa en la medida en que las partes lograrán llegar a la solución eficiente a través de la negociación, por lo que la intervención del Estado no tiene razón de ser. Como es evidente, en el caso de la invitación a ofrecer simétrica (esto es, en la invitación a ofrecer realizada fuera del escenario de la contratación en masa), los costos de transacción son sumamente bajos, por lo que la regulación estatal de los efectos de dicha declaración pre-contractual encarecen innecesariamente la operación al imponer a las partes cargas que deben cumplir a efectos de celebrar o no un negocio. POSNER, Richard, *Op. Cit.* pp. 7 y 50 – 55.

19 Esto supone que el invitante resulta gravado con la carga de rechazar la oferta formulada en respuesta a su invitación. Sobre la carga puede consultarse a BGLIAZZI GERI, Lina y otros, *Derecho Civil. Nuevos y Actos Jurídicos*, Tomo 1, Volumen II. Traducido por Fernando Hinestrosa, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pp. 971 – 974.

20 Este principio se encuentra recogido en el artículo 142 del Código Civil.

21 La exposición de motivos del Código Civil guarda inexplicable silencio al respecto. Los demás autores de textos sobre el Código Civil se circunscriben a repetir las razones ofrecidas por Manuel de la Puente.

22 DE LA PUENTE, Manuel, *El Contrato en General*, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 349.

invitación, ha formulado una oferta, que no está dispuesto a aceptarla. Por otro lado, el oferente tiene confianza de que su oferta, por encontrarse dentro del marco de la invitación, va a ser aceptada, de tal manera que si esto no ocurre debe ser informado sin dilación.<sup>23</sup>

¿El oferente tiene confianza en que su oferta va a ser aceptada por el solo hecho de que se encuentra dentro del marco de la invitación? ¿Qué evidencia empírica sustenta tal afirmación? El texto glosado ciertamente no la ofrece.<sup>24</sup>

Aun aceptando esta premisa como válida, si es que el oferente no recibe respuesta alguna, ¿no puede suponer que el invitante no aceptó la oferta? ¿No es acaso esa una actitud natural y racional al mismo tiempo? ¿Por qué entonces el invitante tiene que informar al oferente que su oferta no ha sido aceptada bajo pena de quedar vinculado por los términos de la oferta?

Por lo demás, ¿cómo es posible invocar la diligencia como justificación de la excepción al principio de la irrelevancia del silencio en materia privada? ¿Es diligente el que rechaza sin dilación la oferta (tal como la norma lo exige a efectos de que el contrato no quede celebrado en los términos de la oferta)? ¿En absoluto! Diligente es más bien el que, en función de la

información contenida en la oferta, realiza un análisis acerca de la ganancia esperada (gE) versus costos de transacción (c) ¿Se puede realizar ese análisis mientras se rechaza la oferta sin dilación? ¡Imposible!

Como se podrá advertir, las justificaciones ofrecidas por Manuel de la Puente no son atendibles.<sup>25</sup>

Sin perjuicio de lo indicado, hacemos notar que la defensa de la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil conduce a una situación de insólita asimetría legal. En efecto, mientras la parte que tiene información suficiente no quedará contractualmente vinculada en tanto la otra parte no acepte su oferta de manera oportuna y guardando cierta forma (de ser el caso), esto es, en tanto no se produzca un hecho que, de acuerdo con el sentido común social, es necesario para vincular contractualmente a las personas; la parte que no tiene información suficiente y, por tal razón, realiza una invitación a ofrecer, asumirá obligaciones contractuales si es que no rechaza inmediatamente la oferta formulada por la otra parte en respuesta a dicha invitación, esto es, si es que observa una actitud (silencio) que, según el sentido común social, no genera consecuencias legales en materia contractual. ¿Por qué la regla legal más constrictiva de la libertad se aplica a quien tiene menos información?

23 DE LA PUENTE, Manuel. Op.Cit., Tomo III, p. 350.

24 Existe literatura económica y psicológica que demuestra que los oferentes y los destinatarios de las ofertas reaccionan de distinto modo en función (i) del tipo de negociación que sostienen (Integrativa o distributiva) y (ii) del tipo de oferta que se materializa (por encima o por debajo del precio de reserva del destinatario de la oferta). Dependiendo de estas variables, las personas se comportan de manera optimista o pesimista respecto de la posibilidad de concluir la negociación de manera exitosa. (Ver: AYRES, Ian, *Never Say No: The Law, Economic and Psychology of Counteroffers*. En: <http://islandia.law.yale.edu/ayers/ayres%20%20schwartz%20lecture%20never%20say%20no.pdf>, última visita: 28 de diciembre de 2009).

25 En su primera obra (Estudios del Contrato Privado), Manuel de la Puente señaló lo siguiente:

*“La Comisión reformadora del Código civil francés consideró preferible, con la opinión contraria de Henri Molesau, no legislar sobre el particular [invitación a ofrecer] por cuanto, cualquiera que fuere el sentido en que se legislara, ello podría resultar un arma de dos filos para el comercio. En la invitación a ofrecer el invitante lo que hace, en realidad, es expresar su disposición a convertirse en aceptante si es que se le hace una oferta sobre el negocio que a él le interesa. Técnicamente, la iniciativa contractual no parte del invitante, pues la invitación es un paso previo a la oferta, sino de quien, al aceptar la invitación formula la oferta”. DE LA PUENTE, Manuel, Op. Cit., Tomo I, p. 209. Evidentemente, en su segunda obra (El Contrato en General) Manuel de la Puente cambió de posición. Lamentablemente no existen documentos que nos permitan entender las razones del cambio. Quizás las justificaciones ensayadas en su segunda obra se expliquen en su actitud generosa de tratar de encontrar explicaciones que legitimen las decisiones de sus colegas; en especial las del ponente del Libro de Contratos del Código Civil.*

#### IV. ILEGITIMIDAD DE LA REGLA

Existen dos razones por las cuales los sistemas legales establecen que las normas se presumen conocidas por los ciudadanos.

La primera razón es de carácter económico. Desde que se creó el Estado, en toda sociedad los costos de las actividades realizadas por el aparato estatal son asumidos por los ciudadanos a través del pago de impuestos. Normalmente los ingresos por la recaudación impositiva son destinados a financiar labores que la sociedad –en su mayoría– considera esenciales: seguridad interna y externa, construcción de infraestructura pública, administración del sistema legal, etc.

Como es obvio, los costos de notificar a cada ciudadano sobre la aprobación de cada una de las normas (cuya ejecución será sufragada con los impuestos de los contribuyentes) son tan altos que imposibilitan la realización fáctica de tal labor. Por ello, ninguna sociedad opta por que cada ciudadano sea notificado respecto de cada norma que se emita.

Si hipotéticamente una sociedad considerase necesario que las autoridades políticas notifiquen a cada uno de los ciudadanos las normas que aprueban, esa sociedad tendría que optar

entre (a) emplear los ingresos impositivos para sufragar los costos de la notificación individual de las normas, dejando de atender necesidades básicas del grupo social; o, (b) incrementar la carga tributaria a fin de sufragar los referidos costos sin sacrificar la atención de dichas necesidades. Como ambas opciones son claramente ineficientes, las sociedades exponen al Estado de la carga de notificar a cada miembro del grupo (con capacidad legal) la aprobación de cada norma legal.

La segunda razón es de carácter moral. Generalmente, las normas fundamentales desarrollan preceptos morales sobre los que se funda el grupo social.<sup>26</sup> Por esta razón, las autoridades presumen que los ciudadanos realizarán conductas que no infrinjan las leyes vigentes a pesar de que aquellos no conozcan las disposiciones específicas de tales leyes.

Cuando las normas legales desarrollan los códigos morales<sup>27</sup> o, en general, establecen consecuencias que los ciudadanos razonablemente esperan, esas normas son observadas en la realidad. Empero, cuando las normas legales contradicen los códigos morales o establecen consecuencias contrarias a eso que denominamos sentido común, esas normas no son observadas por los ciudadanos.<sup>28</sup> Cuando los

26 ROSEN, Lawrence, *Laws as Culture*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2006, pp. 23 y ss.

27 Los códigos morales no están referidos a representaciones o creencias religiosas, usos o costumbres, o normas de buen comportamiento social. Los códigos morales están referidos a aquellas conductas que una sociedad considera fundacionales de la convivencia grupal. Esas conductas normalmente están asociadas al requerimiento grupal de no causar daños injustificados a los demás. A pesar de que la cultura relativiza el alcance de los códigos morales (en occidente y en oriente las personas rehúsan a alimentarse de carne humana; empero, cuando se trata de carne de animales la actitud cambia: mientras en occidente las personas aceptan alimentarse de carne de ciertos animales, en algunas partes de oriente las personas rehúsan consumir cualquier tipo de carne de animal), la evidencia antropológica permite sostener que, en cierto nivel, los códigos morales son universales: las sociedades suelen proscribir el asesinato y la violación sexual; restringir ciertas formas de violencia; reconocer derechos de propiedad; condenar los abusos; y reconocer las acciones generosas y heroicas. (Ver: STOKIT, Lynn A., *Taking Conscience Seriously*. En: *Moral Markets. The Critical Role of Values in the Economy*, Paul J. Zack Editor, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2008, p. 162).

28 "The key implication (...) is that normative issues matter. People obey the law because they believe that it is proper to do so, they react to their experiences by evaluating their justice or injustice, and in evaluating the justice of their experiences they consider factors unrelated to outcome, such as whether they have had a chance to state their case and been treated with dignity and respect. On all these levels people's normative attitudes matter, influencing what they think and do. The image of a person resulting from these findings is one of a person whose attitudes and behavior are influenced to an important degree by social values about what is right and proper". (Ver: TYLER, Tom R., *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2006, p. 178).



ciudadanos no observan las normas legales, pueden producirse consecuencias nefastas: deslegitimación de los gobiernos; incremento de los costos de las actividades del Estado, que inútilmente trata de imponer la observancia de la ley; creación de múltiples sistemas normativos paralelos al Estatal, etc.

El artículo 1381 del Código Civil presenta un serio problema de legitimidad. En efecto, la regla que establece que la falta de rechazo inmediato de la oferta efectuada en respuesta a una invitación a ofrecer, genera la celebración de un contrato, es absolutamente contraria a la consecuencia que las personas esperan de esta situación. Para demostrar esta hipótesis realizamos una encuesta dirigida (i) a distinguidos profesionales del medio; y, (ii) a estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad de Lima.<sup>29</sup>

La encuesta describe la siguiente situación hipotética:

"Imagínese que usted está interesado en adquirir un terreno en La Molina y que, camino a casa de un amigo que vive en ese distrito, observa un terreno que está siendo ofrecido en venta ("Terreno"). Usted no sabe cuánto mide el Terreno, ni tampoco cuál es el precio que el vendedor pide; aunque ciertamente tiene algún interés en dicho bien, pues podría cubrir sus expectativas. Una vez que llega a la casa de su amigo, usted envía un correo electrónico a la dirección de correo electrónico consignada en el cartel de ofrecimiento en venta del Terreno. Luego de identificarse, indica que está interesado en adquirir un inmueble en La Molina y que está dispuesto a evaluar la compra del Terreno en función de su precio y metraje. En cuestión de minutos

usted recibe una amable respuesta en la que el propietario del Terreno le indica el metraje y el precio que pide. Usted lee el correo y decide evaluar con calma esa oferta y contestar en caso tenga interés."

Como se podrá advertir, en esta situación un sujeto realiza una invitación a ofrecer, recibe una oferta y guarda silencio frente a la misma (esto es, no rechaza de manera inmediata la invitación a ofrecer).

Preguntamos a los encuestados lo siguiente:

1. ¿Usted creería que en la situación descrita ha celebrado un contrato?
2. Imagine que una autoridad le informa que, por no responder inmediatamente en sentido negativo el correo enviado por el propietario del Terreno, usted ha celebrado un contrato de compraventa sobre el Terreno al precio indicado en el referido correo. En tal escenario, ¿cumpliría tal contrato?
3. ¿Le parece razonable que una regla legal disponga que si usted no contesta de inmediato el correo enviado por el Propietario del Terreno, rechazando su oferta, se entienda que usted ha aceptado dicha oferta?

Los resultados obtenidos confirmaron nuestra intuición; los encuestados respondieron de manera unánime lo siguiente<sup>30</sup>:

- (a) Que no creían haber celebrado contrato alguno.
- (b) Que en el supuesto que alguna autoridad sostenga que han celebrado sendos contratos debido a su falta de respuesta inmediata a la

29 Entre los encuestados figuran (i) abogados (incluyendo gerentes legales) de empresas bancarias, mineras, de energía eléctrica y de telecomunicaciones; (ii) profesores y estudiantes de Derecho; y, (iii) economistas, administradores, contadores e Ingenieros pertenecientes a diversas industrias. La muestra total de la encuesta estuvo compuesta por 127 personas.

30 El 100% de los encuestados (127 personas) respondió de la misma forma.

comunicación enviada por el propietario del terreno, se negarían a cumplir dichos contratos.

(c) Que no les parece razonable que una regla legal disponga que la falta de rechazo inmediato de la oferta efectuada por el propietario del terreno genere la celebración de un contrato.

A pesar de que no efectuamos preguntas relacionadas con las razones económicas o morales que justificarían el incumplimiento del contrato celebrado en aplicación de la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil, consideramos que no es muy difícil imaginarlas.

En efecto, las personas normalmente dejan de realizar ciertas acciones cuando estas causan un daño moralmente inaceptable y están dispuestas a remediar ese daño si es que no pudieron evitar realizar las acciones en cuestión. Cuando una acción determinada no provoca el referido daño, las personas no encuentran argumentos para dejar de realizarla ni para asumir consecuencia alguna con sentido de reparación monetaria (p.e. indemnización) o moral (p.e. disculpa).<sup>31</sup>

En el caso analizado, los encuestados probablemente piensen que el hecho de no contestar la oferta efectuada por el propietario del terreno no genera daño o, en todo caso, no genera daño alguno que sea moralmente inaceptable<sup>32</sup>; por lo que no se sienten compelidos a internalizar ese daño a través del cumplimiento de un contrato que (en los hechos) no han celebrado.

Sin perjuicio de ello, consideramos importante examinar si existe alguna razón económica o moral que justifique en este caso (invitación a ofrecer) el quebrantamiento de la regla más importante en materia contractual: aquella que supedita la existencia del contrato al hecho que las partes manifiesten su consentimiento.<sup>33</sup>

Si un sujeto formula una oferta y el destinatario de esa oferta simplemente la ignora, la ley no fuerza a este último a satisfacer las exigencias del oferente. Empero, si un sujeto realiza una invitación a ofrecer, recibe una oferta y luego la ignora, la ley fuerza a ese sujeto a satisfacer las exigencias del oferente ¿Por qué razón la ley tutela al oferente en el segundo caso y no en el primero?

El silencio del destinatario de la oferta genera en uno y otro caso la misma situación de incertidumbre para el oferente. En efecto, respecto de una posible frustración de expectativas, el hecho de haber realizado una oferta atendiendo a una invitación, en nada agrava la posición del oferente, pues es la relación entre los precios de reserva de las partes la que define las posibilidades de satisfacer tales expectativas y, como es obvio, ni la invitación a ofrecer ni la oferta tienen como propósito revelar el precio de reserva del declarante.

Si el escenario en el que el oferente responde a una invitación no es un escenario que, de manera comparativa, incremente la probabilidad de que aquel sufra un daño (p.e. pérdida de

31 SOLOMON, Robert C., *Free Enterprise, Sympathy, and Virtue*. En: *Moral Markets. The Critical Role of Values in the Economy*, Paul J. Zack Editor, Princeton University Press, Princeton - Oxford, 2008, pp. 16 y ss.

32 Lo moralmente inaceptable suele ser económicamente ineficiente: la creencia social de que lastimar (innecesariamente) a las personas es algo incorrecto impide que estas últimas involuntariamente incurran en exceso en la toma de precauciones para no ser lastimadas, evitando de esta manera una pérdida social de recursos valiosos. Existen, sin embargo, situaciones moralmente inaceptables para la sociedad, pero eficientes para las partes. (Ver: CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*. En: *Harvard Law Review*, Volumen 85, Número 6, 1972, pp. 1111 - 1115.

33 "What requirements must the bargaining process meet if it is to result in a contract? (...) First, did both parties assent to be bound? Second, is their agreement definite enough to be enforceable? The first requirement, that of assent, follows from the premise that contractual liability is consensual. Since it is difficult for a workable system of contract law to take account of assent unless there has been an overt expression of it, courts have required that assent to the formation of a contract be manifested in some way, by words or other conduct, if it is to be effective". (Ver: FARNSWORTH, Allan E., *Contracts*. Aspen Publishers, New York, 2004, p. 108).

oportunidades) como consecuencia del silencio del destinatario de la oferta, ¿por qué razón la ley protege al oferente en dicho escenario?

Asumamos por un momento que, por alguna razón desconocida, el silencio del destinatario de la oferta incrementa la probabilidad del daño al oferente en el escenario de la invitación a ofrecer sería esto decisivo para otorgar una protección especial al oferente? Creemos que no.

En una sociedad en la que se promueve la libertad, el daño que cualquier comprador o vendedor sufra por no saber si su propuesta ha sido aceptada o rechazada es un daño tolerable, tanto en términos morales como económicos. En efecto, el fundamento moral y económico de los contratos descansa en el acuerdo real de las partes, no en el acuerdo ficticio impuesto por el legislador.

Desde una perspectiva moral, el contrato compete a las partes únicamente porque estas, de manera consciente, han prometido actuar en una forma determinada.<sup>34</sup> Desde una perspectiva económica, el contrato obliga a las partes únicamente porque las valoraciones que estas

tienen respecto de los recursos involucrados son opuestas, lo que permite que tales recursos terminen en manos de quienes más los aprecian.<sup>35</sup>

Un acuerdo creado por el legislador, a través del artificio de considerar al silencio de una las partes como un supuesto de aceptación, no genera promesas moralmente exigibles. En efecto, en la medida en que guarda silencio, el invitante no promete realizar comportamiento alguno a favor del oferente, por lo que no se encuentra moralmente compelido a hacer algo que limita su libertad.<sup>36</sup> Por otro lado, en la medida que el oferente promete realizar un comportamiento a favor del invitante, siempre que este último lo acepte, el silencio del destinatario de la oferta impide que esta declaración imponga restricciones a la libertad de su emisor.<sup>37</sup>

De manera similar, un acuerdo creado por el legislador a través del referido artificio no garantiza que el oferente valore más que el destinatario de la oferta el recurso que este último tiene en su poder (en ejemplo, el monto representado por el precio). Un contrato impuesto por el legislador tiene altas probabilidades<sup>38</sup>

34 "Promising too is a very general convention – though less general than language, of course, since promising is itself a use of language. The convention of promising (like that of language) has a very general purpose under which we may bring an infinite set of particular purposes. In order that I be as free as possible, that my will have the greatest possible range consistent with the similar will of others, it is necessary that there be a way in which I may commit myself. It is necessary that I be able to make nonoptional a course of conduct that would otherwise be optional for me. By doing this I can facilitate the projects of others, because I can make it possible for to count on my future conduct, and thus those others can pursue more intricate, more far-reaching projects. If it is my purpose, my will that others be able to count on me in the pursuit of their endeavor, it is essential that I be able to deliver myself into their hands more firmly than where they simply predict my future course. Thus the possibility of commitment permits an act of generosity on my part, permits me to pursue a project whose content is that you be permitted to pursue your project" (Ver: FRIED, Charles, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1981, p. 13).

35 "From an economic perspective, if society is justified in giving individuals the power to make morally binding promises, it is because such promises will, under certain conditions, lead to the most efficient satisfaction of the human wants." (Ver: CRASWELL, Richard, *Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising*, *Eric Michigan Law Review*, Volumen 88, 1989, p. 477).

36 "The justification for the constraint that principles of promise-keeping impose on the promisor's responsiveness to overall consequences may be found in the value of the promisor's intention to give the promisee power over her ends" (Ver: MARKOVITS, Daniel, *Contract and Collaboration*, *Eric: Yale Law Journal*, Volumen 113, 2004, p. 1439).

37 "I... I a promisor should be able to control what counts as acceptance of his promise. (In law there is the saying that the offeror is "master of the bargain"). But if B has not accepted the promise then A is not bound by it, and if not bound he is free – free to withdraw his offer." (Ver: FRIED, Charles, *Op. Cit.* p. 47).

38 Las probabilidades de que el contrato impuesto beneficie o perjudique a la parte invitante no son 50%-50%. En efecto, si el destinatario de la oferta estuviese dispuesta a vender a S/. 100 el recurso materia de la oferta, ¿cuál es

de generar obligaciones que conduzcan a un empobrecimiento del destinatario de la oferta, en la medida en que aquel simplemente ignora si este último preferiría aceptar o rechazar la oferta en función del valor que le asigne al recurso deseado por el oferente. Y si eso ocurre, evidentemente el contrato deja de cumplir su función económica: asegurar que los intercambios generen beneficios para ambas partes.<sup>39</sup>

Creemos que no es necesario profundizar el análisis ni la argumentación: la regla contenida en el artículo es una regla ineficiente e inmoral.

Es inmoral porque restringe la libertad del destinatario de la oferta, imponiéndole el costo de tener que desprenderse de un recurso que voluntariamente no ha enajenado.<sup>40</sup> Hacemos notar que no existe razón alguna que justifique la imposición del referido costo, pues la probabilidad de que el oferente sufra un daño como consecuencia del silencio del destinatario de la oferta en un escenario en el que existe invitación a ofrecer, es exactamente igual a la probabilidad que el oferente sufra un daño como consecuencia del silencio del destinatario de la oferta en un escenario en el que no existe dicha invitación. Pero aun si la probabilidad de que se produzca el referido daño fuese mayor en un escenario en el que existe invitación a ofrecer, la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil seguiría siendo inmoral, pues el daño provocado por la frustración de la expectativa de concretar una transacción es un daño aceptado en toda sociedad organizada alrededor del mercado, en

la medida en que ese daño es entendido como parte del costo de preservar la libertad de los individuos, mientras que el daño provocado por la imposición de obligaciones de enajenar recursos es un daño rechazado en toda sociedad organizada alrededor del mercado, en la medida en que ese daño no es entendido como parte del costo de preservar la libertad de los individuos, sino más bien como una afectación de la libertad y de la propiedad de estos últimos.<sup>41</sup>

Es ineficiente porque dispone la celebración de un contrato sin tener la certeza de que el oferente valora más que el destinatario de la oferta, el recurso que se encuentra en poder de este último y, por tanto, sin tener la certeza de que el contrato colocará a ambas partes en una situación de bienestar superior a la que tenían antes de su conclusión.

Como consecuencia de su inmoralidad e ineficiencia, la regla en cuestión resulta ilegítima: los resultados de la encuesta que hemos realizado confirman que dicha regla va en contra de lo que las personas esperan en una situación de negociación contractual en la que una de las partes ha formulado una invitación a ofrecer.

## V. CONSECUENCIAS NEGATIVAS

En la sección precedente describimos cómo la totalidad de nuestros encuestados no estaría dispuesta a cumplir un contrato celebrado en aplicación de una regla como la establecida por el artículo 1381 del Código Civil.

la probabilidad de que el contrato impuesto contemple un precio igual o mayor a S/. 100? Difícil saberlo. Lo que resulta claro es que como quiera que el oferente puede ofrecer S/. 10, S/. 20, S/. 30, S/. 40, S/. 50, S/. 60, S/. 70, S/. 80, S/. 90, S/. 100, etc., la probabilidad de que el destinatario de la oferta se empobrezca con la imposición del contrato en los términos de la oferta es bastante alta.

39 "From the perspective of welfare economics, the purpose of contracts is to promote the well-being of the contracting parties (...)" (Ver: KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge - London, 2002, p. 155).

40 "The value of a legally enforceable promise as a commitment device depends on the freedom of parties to opt into or out of legal liability. The ability to impose legal liability on a stranger without *ex ante* consent would give people the ability to use courts strategically to extract wealth from each other." POSNER, Eric A., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge - London, 2000, p. 161.

41 EPSTEIN, Richard, *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good*, Perseus Books, Cambridge, 1998, pp. 161 y ss.

Como es obvio, ante el incumplimiento de un contrato la parte afectada puede iniciar un proceso judicial a efectos de obtener un remedio contractual (ejecución forzada o indemnización). Desde una perspectiva de bienestar social, los litigios generan un efecto negativo en la medida en que distraen recursos que podrían ser empleados de manera más eficiente.

Esto se agrava si tomamos en cuenta que en nuestro sistema legal los litigantes no asumen los costos totales de los procesos judiciales. Si bien la ley ordena que los litigantes paguen tasas, esas tasas solo cubren una proporción poco significativa de los costos de los procesos judiciales. Quienes cubren la mayor parte de los costos en cuestión son los ciudadanos mediante el pago de impuestos. Y como se podrá comprender, una sociedad estaría mucho mejor si logra reducir sus niveles de litigio y permite que las personas paguen menos impuestos y tengan así incentivos para generar más riqueza; o en su defecto, que se empleen esos impuestos liberados en la construcción y mantenimiento de obras públicas, en seguridad ciudadana, etc.

Tomando esto en consideración, resulta absolutamente criticable una norma que promueve la disputa, la confrontación, el litigio. Como la encuesta realizada lo demuestra, la aplicación del artículo 1381 del Código Civil incrementa los niveles de litigio debido a que ningún invitante estará dispuesto a cumplir un contrato que no ha celebrado voluntariamente.

El incremento de los niveles de litigio no es, empero, la única consecuencia negativa del artículo 1381 del Código Civil.

Como lo señalamos previamente, una persona con información suficiente normalmente efectúa una oferta. La invitación a ofrecer está usualmente reservada para aquellas personas que no tienen información suficiente que les permita dirigirse a un agente del mercado a

efectos de proponerle, en términos (gE>c), la realización de una transacción.

Volvamos al ejemplo descrito en la encuesta realizada. Imaginemos que el protagonista del caso ("A") es consciente de que si realiza una invitación a ofrecer, tendrá que rechazar inmediatamente la oferta a fin de evitar la aplicación de la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil.

Como sabemos, A necesita información, pues no sabe cuánto mide el terreno ni tampoco cuál es el precio que su propietario solicita. Para A sería fácil y poco costoso obtener la información que necesita de quien se encuentra en mejor posición para suministrarla: el propietario del terreno. Sin embargo, ¿contactará A al propietario del terreno?

Difícilmente, A no deseará mostrarse como un negociador poco serio; al contrario, A deseará que el propietario del terreno lo perciba como un negociador genuinamente interesado en adquirir este bien, pues solo así este último suministrará información sensible y dedicará tiempo a la negociación que seguramente A desea llevar a cabo.

Conociendo los alcances del artículo 1381 del Código Civil, A no querrá efectuar una invitación a ofrecer, pues, a efectos de evitar la celebración de un contrato en los términos propuestos por el propietario del terreno, tendría que rechazar inmediatamente la oferta que este último eventualmente formule. Y esto, evidentemente, no ayudaría a sentar las bases de una negociación; ante el rechazo inmediato de su oferta por parte de A, el propietario del terreno podría experimentar diversas emociones negativas (molestia, indignación, etc.) que disminuyan notablemente las posibilidades de diálogo.<sup>42</sup>

Es verdad que la conversación entre A y el propietario del terreno no tiene por qué dar lugar

42 "None of us is spared the reality of emotions. They can ruin any possibility of a wise agreement. They can turn an amicable relationship into a long-lasting feud where everybody gets hurt. And they can sour hopes for a fair settlement." (Ver: FISHER, Roger y SHAPIRO, Daniel, *Beyond Reason*, Penguin Books, New York, 2005, p. 5.

a una invitación a ofrecer seguida de una oferta. Pero es verdad también que existe la posibilidad de que dicha conversación dé lugar a las declaraciones indicadas, pues los individuos no mantienen conversaciones en función a libretos predeterminados. Más aún, es probable que tal situación se dé incluso sin que las partes sean conscientes de ello.

Por tanto, es razonable suponer que A dudará en obtener la información del propietario del terreno y eventualmente decidirá que es mejor no hacerlo. Recordemos que los individuos tienen una natural aversión al riesgo.<sup>43</sup>

Si estratégicamente A decide no recurrir al propietario del terreno, ¿qué opciones tiene? Seguramente algunas; puede averiguar la dimensión del terreno indagando en la municipalidad o en registros públicos.<sup>44</sup> Puede también averiguar el precio promedio que últimamente han pagado los compradores de terrenos colindantes. Sin embargo, el recurso a estas fuentes alternativas de información genera dos problemas. Primero, incrementa los costos de transacción en la medida en que A deberá invertir tiempo y dinero en obtener un sustituto de lo que podía haber obtenido a costo cero del propietario del terreno. Es verdad que estos costos pueden no ser altos desde la perspectiva individual de A; pero si sumamos los costos de todos los individuos que estratégicamente deciden comportarse como A, la pérdida social sería considerable. Segundo, es posible que A ya no tenga opción a comprar el terreno, pues mientras obtiene información de otras fuentes, el propietario del terreno pudo haberlo vendido. Es verdad que A puede aun

comprar el terreno del tercero; sus costos, sin embargo, serán mayores, sin que exista razón alguna que justifique esto.

De los dos efectos nocivos descritos precedentemente, solo el primero es real, pues, como lo evidencia el resultado de la encuesta realizada, las personas no solo no conocen el contenido del artículo 1381 del Código Civil sino que además no actúan en la dirección que señala este precepto legal. Esto, evidentemente, no ha de servir de consuelo. Primero, porque simplemente está mal que la ley sea ineficiente e inmoral. Segundo, porque en cualquier momento actores oportunistas pueden emplear la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil para sorprender a las personas y extraer valor de transacciones involuntarias aunque legales.

## VI. NECESIDAD DE DEROGACIÓN

En materia contractual, la labor principal del Derecho consiste en mitigar las fallas de mercado y reducir los costos de transacción. De este modo el Derecho facilita el proceso de contratación y, consecuentemente, permite el incremento del bienestar social.

Naturalmente, todo proceso de negociación encierra incertidumbre y, como sabemos, esta última muchas veces impide la toma de decisiones racionales.<sup>45</sup>

Desde una perspectiva de política legal, es deseable que el sistema permita a las personas conocer *ex ante* qué hechos generan la celebración de un contrato, pues solo de esta

43 Aproximadamente 200 años antes que Kahneman y Tversky publicaran su revolucionario trabajo sobre la teoría prospectiva (1979), Adam Smith observaba lo siguiente: "pain (...) is, in almost all cases, a more pungent sensation than the opposite and correspondent pleasure. The one almost always depresses us much more below the ordinary, or what be called the natural state of our happiness, than the other ever raises us above it (...) Breach of property, therefore, theft and robbery, which take from us what we are possessed of, are greater crimes than breach of contract, which only disappoints us of what we expected." (Tomado de: ASHRAM, Navin; CAMERER, Colin F. y LOEWENSTEIN, George, Adam Smith, *Behavioral Economist*. En: *Journal of Economic Perspectives*, Volumen 19, Número 3, 2005, pp. 15 y 133).

44 Evidentemente, estos costos son hundidos (no se recuperan en el futuro) en la medida en que la información obtenida respecto del terreno no sirve para realizar transacciones distintas a las que A pretende llevar a cabo con el propietario de dicho bien. Sobre el concepto de costo hundido: POSNER, Richard, *Op. Cit.*, p. 7.

45 Esto debido a la aversión al riesgo de las personas.

manera aquellas podrán capturar la totalidad de los beneficios que genera una transacción voluntaria.<sup>46</sup>

Cuando las personas no pueden conocer ex ante qué hechos generan la celebración de un contrato, aquellas (y la sociedad en su conjunto) se encuentran expuestas a sufrir una serie de pérdidas. Hermalin, Katz y Craswell lo explican de la siguiente manera:

*"Negotiating parties need to know when bargaining has been completed and whether a binding obligation has been formed, since if they have inconsistent understandings in this regard, significant value can be wasted. If a party believes that he has entered into a binding obligation when in fact he has not, he may waste resources attempting to perform or may turn down other profitable opportunities. Conversely, if a party is unaware that a contract has been formed, she may fail to make adequate preparations or even incur multiple liability, resulting in breach of contract and associate losses. One of the most important functions of contract formation law, accordingly – and the function to which legal scholars have probably devoted the most attention – is to promote clear channels of communication so that the parties may know where they can stand."<sup>47</sup>*

Hemos visto cómo la regla contenida en el artículo 1381 del Código Civil es, además de inmor-

e ineficiente, ilegítima. La pregunta que sigue es esta: ¿Necesitamos regular a la invitación a ofrecer?

Si el contrato se debe formar cuando las partes están de acuerdo, ¿por qué razón debemos regular declaraciones distintas de la oferta y de la aceptación? ¿Por qué razón debemos contemplar y otorgar efectos legales a la invitación a ofrecer?

Tratando de encontrar alguna justificación a la decisión adoptada por el legislador del Código Civil de 1984, se puede argumentar que la invitación a ofrecer es necesaria a efectos de impedir que quien realice una oferta al público reciba más aceptaciones que las deseadas y, por tanto, celebre más contratos de los que puede cumplir. Esa justificación, sin embargo, carece de sentido.

Como ha sido señalado por Hugo Forno<sup>48</sup>, si bien la incorporación de la invitación a ofrecer en el esquema contractual iniciado por la oferta al público, elimina el problema de la celebración de un número de contratos superior al que marca el equilibrio entre oferta y demanda, la fórmula adoptada por el legislador de 1984 crea otro problema más grave. En efecto, en la medida en que, por aplicación del artículo 1388 del Código Civil, la oferta al público vale como invitación a ofrecer, el invitante puede comportarse de manera oportunista y rechazar todas las aceptaciones efectuadas por el público y no solo aquellas que se encuentren

46 *"If legal recognition of contract formation is based on a clear sign of agreement from each party [...] then two essential benefits will follow. First, because parties have the ability to make contracts and to know immediately that their contracts will be enforced, the parties will be able to benefit without any delay from undertaking value-enhancing activities (such as hiring workers and purchasing materials for construction). Second, because parties can avoid making contracts by not making the sign of the agreement that would lead to recognition of a contract. They will not be afraid to engage in search for partners, to seek information about possible contracts, and to negotiate about them, for parties will not fear being said to be in a contract that they do not want."* (Ver: SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London, 2004, p. 295).

47 HERMALIN, Benjamin E., KATZ, Avery W. y CRASWELL, Richard, *Law and Economics of Contracts*. En: *The Handbook of Law and Economics*, editado por Mitchell Polinsky y Steven Shavell, North-Holland, United Kingdom, 2006, pp. 56 y 57.

48 FORNO, Hugo, *La Oferta al Público: Razones para una Discrepancia*. En: *Derecho*, Número 45, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 250.

por encima del punto de equilibrio de oferta y demanda.<sup>49</sup>

Por lo demás, a efectos de solucionar el problema de la celebración de contratos por encima del punto de equilibrio entre oferta y demanda no hace falta introducir, en el esquema de la contratación masiva, a la invitación a ofrecer; sino simplemente establecer que la oferta al público se encuentra limitada al stock del oferente.<sup>50</sup>

En el supuesto negado que existiese una razón válida para regular la invitación a ofrecer en materia de contratación masiva, resulta claro que dicha razón no justificaría la aplicación del artículo 1381 del Código Civil a casos de negociación simétrica. Las razones son obvias.

Lo expuesto en las líneas precedentes demuestra que el artículo 1381 del Código Civil encarece

el proceso de contratación en la medida que genera incentivos para incrementar tanto los costos de obtención de información como los niveles de incumplimiento. Por consiguiente, consideramos que resulta imprescindible derogar parcialmente el artículo 1381 del Código Civil, de modo tal que la invitación a ofrecer deje de estar comprendida en el supuesto de hecho contemplado por dicho artículo.

Sin que este dato sea determinante, creemos que resulta pertinente hacer notar que ningún Código Civil trascendente regula la invitación a ofrecer; más aun, creemos que es relevante recordar que, en su momento, los legisladores de los códigos fundacionales de Europa (B.G.B. y Code) conscientemente decidieron no regular la invitación a ofrecer debido al temor de afectar innecesariamente el libre comercio de las cosas.<sup>51</sup>

49 Evidentemente este no es un problema real, en la medida en que las normas sobre protección al consumidor tradicionalmente han establecido que la oferta al público vale como oferta. Por esta razón, el oferente no podría rechazar todas las aceptaciones del público.

50 FORNO, Hugo, *Op. Cit.*, pp. 251 y ss.

51 FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*. Traducido por José María Miquel y Esther Gómez, Fondo de Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 745; DE LA PLENTE, Manuel, *Tomos I. Op. Cit.*, p. 209.