



Universidad
Continental

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

**La eficacia de la oferta al público y su
legitimación como invitación a ofrecer
en el Código Civil Peruano**

César Augusto Candiotti Monge

Huancayo, 2018

Tesis para optar el Título Profesional de
Abogado



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

AGRADECIMIENTOS

A los docentes de la Universidad Continental por la formación integral que me brindaron durante mi periodo estudiantil.

A mi asesora Dra. Ania Melgar Salazar, por sus orientaciones en el desarrollo del presente estudio.

DEDICATORIA

*A mis padres y mi familia quienes
siempre confiaron en mí, a Claudia,
mi fortaleza y apoyo incondicional.*

ASESORA:
Ania Melgar Salazar

INDICE

Agradecimientos	II
Dedicatoria	III
Asesor:	IV
Indice	V
Summary	IX
Introducción	X
CAPITULO I	1
PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.2. Formulación del problema	5
1.2.1. Problema General	6
1.2.2. Problemas Específicos	6
1.3. Objetivos.....	6
1.3.1. Objetivo General.....	7
1.3.2. Objetivos Específicos	7
1.4. Justificación e importancia	7
1.5. Hipótesis y descripción de variables.....	8
1.5.1. Hipótesis General	8
1.5.2. Variable	9
CAPITULO II.....	10
MARCO TEORICO	10
2.1. Antecedentes del problema.....	10
2.1.1. Antecedentes Internacionales.	10
2.1.2. Antecedentes Nacionales.....	11
2.2. Las Obligaciones.....	13
2.2.1. Aspectos históricos.....	14

2.2.2. Definición.	17
2.3. Contratos en general	19
2.3.1. Definición.	22
2.3.2. Elementos del contrato.	35
2.4. La propuesta unilateral.....	75
2.4.1. La propuesta contractual u oferta.	77
2.4.2. Requisitos de la oferta.	80
2.4.3. Irrevocabilidad de la oferta.	86
2.4.4. Revocabilidad de la oferta.	88
2.4.5. Carácter recepticio de la oferta.	89
2.4.6. La oferta al publico.....	93
CAPITULO III.....	96
METODOLOGÍA.....	96
3.1. Tipo, nivel y método de la investigación.....	96
3.1.1. Tipo de Investigación.	96
3.1.2. Nivel de Investigación	97
3.1.3. Método de Investigación.	97
3.2. Diseño de la investigación	98
3.2.1. No experimental	98
3.2.2. Diseño Descriptivo	98
CAPITULO IV	99
DISCUSIÓN	99
4.1. Postura en contra.....	99
4.2. Postura a Favor	102
4.2.1. Ejemplos de oferta al público.	112
4.3. La invitación a ofrecer	118

4.3.1. La subasta	120
4.3.2. Concurso público.....	122
4.4. Legislación comparada	124
4.5. La eficacia del artículo 1388° del Código Civil Peruano	128
CAPITULO V	133
PROPUESTA TEORICA.....	133
5.1. La policitación como posible solución	133
5.2. La necesidad de modificar el Código Civil	135
5.3. Propuesta.....	142
Conclusiones	144
Recomendaciones	146
Bibliografía	148
Anexos.....	152

RESUMEN

Utilizando el tipo de investigación básico, a un nivel descriptivo, así como el método general normalmente aplicado en una tesis, es decir el método científico y específico de carácter descriptivo, se inicia un examen de instituciones jurídicas para poder llegar al meollo del asunto, el cual radica en la problemática que nacida a raíz del artículo 1388° del Código Civil Peruano, trata normativamente a la oferta al público como una invitación a ofrecer y a veces una oferta, ocasionando la ineficacia de tal norma.

Se entiende en primer lugar el concepto de las obligaciones, pues al hacer referencia al punto central de la oferta al público, considerado como una propuesta contractual generadora de obligaciones, es importante entender ésta institución.

Posteriormente, se analiza el contrato del cual a su vez se derivan determinadas obligaciones, importando el fiel cumplimiento de las partes y de lo establecido por ellas, rigiéndose bajo los parámetros del ordenamiento jurídico vigente. Entender la naturaleza jurídica de los contratos, utilizando la teoría normativa de los negocios jurídicos aplicado al régimen contractual, es entender la obligatoriedad y los efectos jurídicos que reviste la propuesta contractual en general, la oferta y la oferta al público en particular, así como figuras que puedan ser confundidas con la última, como la invitación a ofrecer y la subasta.

Por último, se realiza un estudio de la propuesta unilateral, haciendo un análisis deductivo, partiendo de la naturaleza de esta, pasando por la oferta tradicional, la oferta al público, la invitación a ofrecer, finalizando con la evaluación de la eficacia del artículo 1388° del Código Civil Peruano. Se concluye con la propuesta de la modificación del artículo en cuestión para lograr la eficacia de la oferta al público en su participación dentro de la realidad social, lo cual es el objetivo principal de la presente tesis.

SUMMARY

Applying the type of basic investigation in a descriptive level, as well as the general methods normally used on a thesis, that is to say scientific method and specific method of descriptive character; begins an evaluation of juristic institutions in order to get to bottom of the matter, which is based on a problem caused by the Article 1388 of the Peruvian Civil Code that normatively determines the offer to public as an invitation to offer and sometimes an offer as well, turning the rule inefficient.

In first place, it is important to understand what implies the meaning of obligations, given that there are references about the main point of the offer to public, considering as a contractual proposal that generates obligations

Later, the concept of contract and the obligations that could come within are analyzed, caring about the faithful fulfillment of the parties and the established by them, under the current legal system. Understand the juristic nature of the contracts, taking the normative theory from legal business applied to the contractual regime, is acknowledge the obligatory and the legal effects that surrounds the contractual proposal in general, the offer and the offer to public in particular, as well as others definitions that could be confused with the last one, such as the invitation to offer and the auction.

A study of the unilateral proposal is developed through a deductive analysis, starting from the nature of it, going by the traditional offer, the offer to public, the invitation to offer, finally getting to the efficient of the Article 1388 of the Peruvian Civil Code. It is concluded by the proposal of modification of the mentioned article, searching the efficient of the offer to public in its role inside the social reality, being this matter the principal objective from this thesis.

INTRODUCCIÓN

La Oferta al Público es una figura que se instaura por primera vez en el Código Civil Peruano de 1984 en el artículo 1388, que es único, el cual a su vez es regulado como una invitación a ofrecer, es decir que según el Código Civil la oferta al público y la invitación a ofrecer son figuras similares, haciendo la salvedad que se debe manifestar claramente que la oferta al público valdrá como como una oferta, en caso contrario será una invitación a ofrecer.

La receptividad y aceptación de la propuesta por parte del destinatario no generaría ninguna clase de contrato y por defecto relación obligacional entre las partes, cuestión que resulta controvertida, ya que además de ser instituciones jurídicas disímiles, las consecuencias de ambas son diferentes, por tanto no deberían ser legisladas de la misma forma.

La necesidad de regular la verdadera naturaleza jurídica, en la práctica evitará el incumplimiento injustificado del contrato y la vulneración de derechos a consecuencia de esta etapa precontractual, pero no solo en éste aspecto, sino también para entender la delimitación acertada de verificar si se trata de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, dependiendo si el caso versa sobre la oferta al público o la invitación a ofrecer, para así aplicar la normativa correspondiente.

Ahí radica la problemática presentada, no solo se tiene como finalidad, una regulación o estudio comparativo, meramente teórico, en relación principalmente con la normativa italiana y con el nuevo Código Civil y Comercial Argentino principalmente, tomando en cuenta que se ha intentado adaptar estos aciertos a nuestro código civil, sino por el contrario, se busca una armonía entre lo prescrito en la normatividad vigente y la realidad social de un Estado, es decir la validez y uso práctico de las instituciones, para de esta forma respaldar

adecuadamente a los agentes que se valen de las propuestas contractuales, evitando las posibles discrepancias entre ellos y velando por la convivencia armónica de la sociedad, reduciendo estos posibles conflictos, a través del esclarecimiento de ambigüedades existentes, que resulten útiles y no un tema que solo lo puedan entender los estudiosos del derecho.

El Autor.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Planteamiento del problema

En líneas generales, el Código Civil Peruano recoge varias figuras jurídicas de la legislación italiana y de otros países, cabe resaltar que en algunas se encuentran mejor definidas y con un tratamiento acorde a la realidad social de dicho país, de esta manera se ha tratado instaurar algunas instituciones jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano dándole un carácter “propio”; el también denominado trasplante jurídico, es justificada por Alan Watson, citado por el profesor (León Hilario, 2014, p. 25) “puesto que la creación de un nuevo y autóctono derecho es difícil, resulta mucho más sencillo tomar en préstamo el derecho existente de un sistema más sofisticado, que puede ser utilizado como modelo”, se debe a distintos factores, como políticos, económicos, culturales, sociales, etc., que data del siglo XIX, pero que si bien es una evolución, por importarse desde la cultura occidental, no obstante requiere;

Cuando menos, el pleno conocimiento de los problemas nacionales, del origen de las categorías a importar y, sobre todo de las virtudes (en igual medida que los deméritos) y requerimiento de aplicación de éstas en su lugar de origen. De no adoptarse estas previsiones elementales, el modelo importado no fructificará o, si se conviene en

mantener la metáfora del trasplante, será rechazado o tendrá un mal desarrollo (León Hilario, 2014, p. 26)

Pese a que se ha intentado realizar una correcta importación de la legislación civil, no ha tenido éxito en su totalidad, reflejado además de otros aspectos, en la oferta al público, por tanto, es menester modificar aquel concepto en nuestra normatividad para que exista una armonía entre lo regulado y lo practicado socialmente, armonía consistente en que la forma de transacción a través de la oferta al público utilizada en la realidad por los proponentes, esté prevista de igual forma en el ordenamiento jurídico.

En esa línea de ideas, el artículo 1388° del Código Civil Peruano regula la Oferta al Público como una invitación a ofrecer, en el que se le otorga el carácter de una oferta común, cuando el emisor de la declaración expresa claramente que su propuesta tiene el carácter de tal, el artículo citado establece lo siguiente; “La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferente a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal” (Ministerio de Justicia, 2015, p. 486), dicha mención en el segundo párrafo es innecesaria y muy poco utilizada en la praxis, pues si partimos de la premisa que toda oferta tiene carácter obligatorio y se debe tener en cuenta que la oferta al público constituiría una, como lo menciona (Forno Flores, 2012, p. 258) “No solo tiene que ser obligatoria la oferta (efecto que desgraciadamente tiene en nuestro Derecho toda propuesta contractual – salvo ciertas excepciones – por imperio del art. 1382 del Código), sino que además el proponente tiene que indicarlo claramente”, es decir que se entiende en nuestro derecho, como regla general que toda propuesta contractual – sinónimo de oferta – es obligatoria al ser aceptada, no siendo necesario mención adicional alguna como sucede equivocadamente en la oferta al público constituyendo la excepción a la regla, que a

diferencia de otras legislaciones, como la italiana y argentina principalmente, la oferta al público constituye parte de la regla general cuando contiene todos los elementos del contrato, siendo considerada una propuesta contractual con destinatario determinable – solo en este elemento difiere de la oferta tradicional – cuando sea aceptada, resultando sus efectos obligatorios.

Por esto, dicho apartado genera una contradicción entre lo que realmente es una oferta al público como tal, es decir el carácter obligatorio que éste tiene y debería tener también en nuestro Código Civil con la sola aceptación del destinatario y la invitación a ofrecer, las cuales no pueden ser legisladas como si se tratase de la misma figura, pues la realidad de las transacciones patrimoniales muestran lo contrario, esto ocasiona que no se tenga una concepción clara de las figuras jurídicas contrapuestas y por ende deja abierta la posibilidad de una suerte de abuso por parte de las empresas – en su mayoría - que la utilizan y la desprotección de la parte más débil “el consumidor”, ya que al no expresar claramente su obligatoriedad la misma no valdrá como una oferta, quitándole su naturaleza de generar obligaciones y no podrá ser exigible si es aceptada por la otra parte, constituyendo una vulneración del Principio de Corrección de la Asimetría previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, más aun cuando en la actualidad comercial se permite la contratación en masa, la misma que sería consecuencia de la oferta al público, entonces si se permite normativamente la existencia de ésta clase de contrataciones que también tendrían un carácter no recepticio, es decir con destinatarios determinables y generan obligaciones entre las partes, ¿por qué? la oferta al público que solo no contiene el carácter recepticio específico al igual que la oferta en términos generales, no tiene las mismas consecuencias que ésta y por ejemplo un contrato con cláusulas generales de contratación si tiene los mismos efectos que un contrato común, siendo necesaria una modificación en el artículo en cuestión.

Se debe hacer mención también, que la invitación a ofrecer no reviste un carácter obligatorio, ya que tiene características y efectos diferentes a los de la oferta al público y una no puede ser considerada como tal, ni viceversa. De tal manera que dicho conflicto que se pueda presentar se da dentro de un contexto de relación de consumo entre las personas jurídicas generalmente y los consumidores propiamente dichos dentro del mercado peruano y en correspondencia específica respecto a lo que regula el ordenamiento jurídico peruano en el artículo 1388° del Código Civil.

Como consecuencia del presente problema, existen algunos estudios sobre la controversia que genera lo regulado respecto a la oferta al público, son pocos los autores que realizaron análisis al respecto, uno de ellos es Hugo Forno Flores quien realiza una crítica a la definición aceptada por la legislación peruana, ya que a su parecer sí es una oferta y no una invitación a ofrecer, asimismo Roxana Jiménez Vargas evalúa la oferta al público en el Código Civil y la anterior Ley de Protección al Consumidor, considerando al igual que Hugo Forno, si es una, la cual tiene implicancia en las actuales contrataciones en masa, por último Manuel de la Puente y Lavalle, quien fue proponentor mediato del artículo 1388° en cuestión, modifica su inicial postura, haciendo un mejor examen de la oferta al público.

Lo que más se ha criticado ha sido la concepción y diferenciación que se debe realizar entre la oferta al público y la invitación a ofrecer, ya que en el Código Civil tienen el mismo tratamiento, lo que no se ha hecho y se intenta realizar ahora es, además de no ser legisladas como símiles, es innecesario lo establecido en el segundo párrafo ya mencionado, en el que se requiere la manifestación clara de obligatoriedad para que la oferta al público valga como una oferta.

En ese sentido, se realiza un análisis doctrinario de las diferentes naturalezas tanto de la oferta al público, como de la invitación a ofrecer y en consecuencia determinar si es

necesaria la mención aludida en el párrafo anterior que se requiere para que se puedan crear relaciones contractuales cuando se realiza alguna oferta al público, sustentado nuestra postura en la interpretación literal del artículo 1388° y sistemática, debido a que también tomaremos en cuenta las disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor que respaldan de cierta forma nuestra posición y contradicen al Código Civil. Pretendiendo así dar soluciones a posibles abusos y conflictos suscitados en el quehacer contractual, evitando la desprotección de la parte más débil en una relación de consumo, o en su defecto mantener el segundo párrafo pero solo para la oferta al público, debiéndose legislar por separado para evitar confusiones en la interpretación, corrigiendo las deficiencias presentes. De esta forma se evalúa la eficacia de la oferta al público en el artículo 1388° del Código Civil Peruano.

Consecuentemente se debe evitar lo que sucedió con la escuela Pandectista, es decir la proclamación del derecho como un proceso meramente técnico, “una suerte de matemáticas que no respondían sino a necesidades lógicas de conceptos abstractos y no tenían nada que hacer con la razón práctica, juicios de valor sociales o consideraciones éticas, religiosas, económicas o políticas” (León Hilario, 2014, p. 23), pues no corresponde aplicar soluciones “científicas” – matemática jurídica - a problemas jurídicos donde siempre están inmersas situaciones fácticas.

1.2. Formulación del problema

Una vez que se argumentó el planteamiento del problema, la formulación de éste debe ser una consecuencia natural coherente, simple, específica, debe contener unicidad e interrogación. En ese sentido, no es obligatorio contar con más de un problema de no ser necesario, pero es importante resaltar también la necesidad de plantear problemas específicos en el presente caso, pues de acuerdo a la técnica secuencial, el problema general depende de

una serie de pasos que a la vez se convierten en los problemas específicos que se plantean a continuación.

1.2.1. Problema General

¿Es eficaz la Oferta al Público y su legitimación como invitación a ofrecer en el artículo 1388° del Código Civil Peruano vigente?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿La Oferta al Público y la Invitación a Ofrecer comparten la misma naturaleza jurídica?
- ¿La Oferta al Público puede generar efectos obligacionales como una propuesta contractual?
- ¿Cómo se regula la Oferta al Público en la legislación comparada a razón del trasplante jurídico?
- ¿Es necesario modificar el artículo 1388° del Código Civil Peruano vigente?

1.3. Objetivos

Los objetivos establecen la pretensión de la investigación, además se encuentra estrechamente ligado a la formulación de los problemas, pues se considera como regla importante que a cada problema formulado, corresponde un objetivo, es decir al problema general corresponde un objetivo general y a los cuatro problemas específicos corresponden también cuatro objetivos específicos.

En relación a estos, (Vara Horna, 2010) sostiene que como los problemas son preguntas, entonces los objetivos deben ser transformados a afirmaciones o propuestas de

acción que siempre inician con un verbo infinitivo que concretan la idea y que responden a tres preguntas elementales: ¿Qué?, ¿En quién? y ¿Dónde?, luego se debe tener en cuenta que los objetivos además, son congruentes entre sí, son claros y precisos, son susceptibles de alcanzarse, se distinguen de las actividades que son los medios para obtener los objetivos y la finalidad que responde al ¿para qué? y al impacto potencial de la tesis.

1.3.1. Objetivo General

Determinar si es eficaz la Oferta al Público y su legitimación como invitación a ofrecer en el artículo 1388° del Código Civil Peruano vigente.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Precisar si la Oferta al Público y la Invitación a Ofrecer comparten la misma naturaleza jurídica.
- Identificar si la Oferta al Público genera efectos obligacionales como una propuesta contractual.
- Analizar como se regula la Oferta al Público en la legislación comparada a razón del trasplante jurídico.
- Deducir si es necesario modificar el artículo 1388° del Código Civil Peruano vigente.

1.4. Justificación e importancia

La presente investigación sirve para dilucidar las consecuencias jurídicamente permitidas y las consecuencias reales de las transacciones patrimoniales respecto de los consumidores y los agentes que utilizan la oferta al público, asimismo la exigencia

económica para su desarrollo es mínima, al ser un trabajo investigativo se necesitó básicamente de la utilización de libros, folletos, artículos y otros de donde se pueda extraer la información relevante.

Con el desarrollo del presente estudio descriptivo, si el problema y los objetivos pueden ser dilucidados, se aporta un análisis dogmático en el ámbito del Derecho Civil por el cual se puede corregir alguna imperfección que se presenta y la ineficacia de la norma podrá ser solucionada, contribuyendo así a la sociedad peruana en general en sus relaciones interpersonales, ya que el sistema jurídico de un Estado no involucra a partes específicas de su territorio, sino a toda la población que es miembro de aquel y se regula por un mismo ordenamiento jurídico. También, se establece con mayor claridad la conceptualización de la oferta al público y su adecuada legislación, para dilucidar los puntos grises en el estudio de Derecho, para que tenga una práctica correcta plasmada en los casos reales.

1.5. Hipótesis y descripción de variables

1.5.1. Hipótesis General

El artículo 1388° del Código Civil Peruano es ineficaz, porque la oferta al público y la invitación a ofrecer tienen naturalezas jurídicas distintas, además se evidencia en aquellas propuestas configuradas como ofertas al público en general, al no establecer la formalidad que se requiere en su segundo párrafo de mencionar explícitamente que su propuesta valdrá como una oferta para que crear un vínculo obligacional entre las partes, lo que perjudicaría las relaciones económicas, pues evidentemente se pone en una posición de ventaja a los proponentes frente a los posibles aceptantes, es decir que la norma no tiene una aplicación práctica en la realidad, lo cual es fundamental en todo ordenamiento jurídico, lo que hace evidente la necesidad de una modificación y adecuación a dicha realidad.

1.5.2. Variable

Variable	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítems
Oferta al Público	Es también denominada oferta pública u oferta al público. Esta oferta obliga al oferente en los términos de la misma y el contrato se perfecciona cuando la aceptación del destinatario llega a conocimiento del oferente.	<ul style="list-style-type: none"> – Autosuficiencia – Intención seria de contratar – Formalidad – Receptividad – Irrevocabilidad 	<p>La sola propuesta genera una relación contractual</p> <p>La voluntad del agente debe contener la intención de obligarse</p> <p>En caso la ley o el proponente establezca una formalidad específica, debe ser cumplida</p> <p>Es recibida por una persona determinada o determinable</p> <p>Una vez aceptada la oferta al pública, no puede ser revocada</p>	¿Los agentes que realizan ofertas al público manifiestan expresamente su obligatoriedad?

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes del problema

2.1.1. Antecedentes Internacionales.

➤ Fausto Rico y Patricio Garza, (2008) presentaron la investigación titulada Sobre la Declaración Unilateral de Voluntad como fuente de Obligaciones – Chile. El objetivo de este estudio es ofrecer una descripción de la fuente de obligaciones, declaración unilateral de voluntad en sus características más sobresalientes, con la controversia doctrinaria que ha suscitado y el estado doctrinario y recepción legislativa actuales; su juicio sobre las exigencias para configurarse, que se vinculan a su justificación; y nuestro parecer acerca de su acogida en nuestro Derecho. El tipo, nivel y método de investigación es el descriptivo, al ser una investigación científica en el campo del Derecho.

La conclusión a la que llegan es que una declaración unilateral de voluntad puede generar controversias por el modo en el que se realiza, entre otros, ya que con dichas declaraciones los sujetos pueden modificar situaciones jurídicas, por lo cual es importante que se regulen adecuadamente y se tengan en cuenta las características propias de las mismas.

2.1.2. Antecedentes Nacionales.

➤ Hugo Forno Flores, (2012) presentó el artículo titulado La Oferta al Público: Razones para una Discrepancia, en el cuál menciona que el Código Civil Peruano promulgado en 1984 regula por primera vez entre nosotros la oferta de contratar dirigida al público, el tipo, nivel y método de investigación es el descriptivo.

Como conclusiones del trabajo realizado se encuentran las siguientes; este artículo es que la oferta al público sólo le atribuye como una regla de carácter general el valor de una invitación ofrecer, con lo cual se niega la posibilidad de que las ofertas que se hagan al público cumplan la función de una verdadera oferta. O sea, se reconoce únicamente con perfiles de excepción que la oferta al público sí vale como tal, esto es, que puede cumplir la función que le corresponde de acuerdo con su naturaleza, pero sólo si se indica que la oferta al público tiene el carácter obligatorio de una oferta y, además, si esto se indica claramente. Entonces, en el Perú la naturaleza jurídica de la oferta al público depende no sólo de que sea obligatoria sino de que esto se indique claramente. A lo largo de estas líneas se delimita como objetivo analizar la naturaleza jurídica de la oferta al público y la problemática que en torno a ella se presenta a la luz de la doctrina contemporánea, con el afán de mostrar la necesidad de modificar el tratamiento legal de esta figura en una futura reforma. Para cumplir este propósito tendremos que recorrer, en primer lugar, la noción de oferta en general y sus requisitos; luego el carácter recepticio que, por lo general, tiene; más adelante nos ocuparemos de la invitación a ofrecer; y finalmente, de la oferta al público propiamente dicha.

➤ Roxana Jiménez Vargas, (2011) presentó el artículo titulado La Oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor. La autora tiene como

objetivo determinar si en los tiempos actuales, marcados indiscutiblemente por la globalización y la tecnología, así como por los resultados del liberalismo, nos sitúan en un contexto sustancialmente distinto al de hace cuatro décadas atrás, el tipo, nivel y método de investigación es el descriptivo.

La conclusión a la que llega es que nuestra época (o era, para algunos) ha sido denominada de diversas formas: tecnológica, informatizada, postindustrial, "la era de la aldea global", postmoderna, tercera ola, postcapitalista, entre otros diversos términos. Su característica es la rapidez en las comunicaciones, en las transacciones, en la paradójica conversión del individualismo a la masificación de las personas. Así, se suscita el fenómeno de los contratos con cláusulas generales y contratos por adhesión, que tienen característica principal el pre establecimiento de los términos contractuales con los que accedan a un bien y/o servicio determinado que una empresa oferte, en ese sentido la oferta al público también tiene como objetivo la masificación de establecer relaciones obligacionales entre las partes, sin que sea necesario establecer expresamente el carácter obligatorio de la misma y por tanto ésta no se puede equiparar a una invitación a ofrecer, aunado a esto que en ese entonces, se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor – se consideraba como oferta al público aquellas destinadas a los consumidores (entiéndase a estos como los destinatarios finales de un bien o servicio), que es correcto, pero también quedaban desprotegidos aquellos adquirentes que no tenían el carácter de destinatarios finales, ya que el Código Civil tiene otra perspectiva respecto a la oferta al público, lo cual podría tornarse en una afectación contra estos adquirentes, haciéndose necesaria la aceptación y adecuación de la oferta al público como una oferta común, ya que el carácter no recepticio no le quita el carácter de oferta, debido a que nos encontramos en una era de la masificación comercial y es necesaria su correcta incorporación en la normatividad pertinente.

➤ (De la Puente y Lavalle, 2001) presentó el artículo titulado La Oferta al Público, en el cuál menciona que debido al artículo presentado por la Doctora Roxana Jiménez Machuca, expresa su preocupación por la deficiente regulación de nuestro Código Civil, la oferta al público que se refiere en el artículo 1388° y sintiéndose proponentor mediato de tal artículo por haber sugerido una fórmula similar en su libro “Estudios Sobre el Contrato Privado”, se siente tentado de defenderlo, exponiendo las razones que en su posición lo justifican, el tipo, nivel y método de investigación es el descriptivo.

La principal conclusión a la que llega éste autor, es que si bien es cierto existe un error al considerar que la oferta al público debe ser legislada al igual que la invitación a ofrecer o en su caso, en el mismo artículo, menciona que la oferta al público tampoco puede ser considerada una oferta, sino que sea llamada policitud, por lo que sugiere una modificación del artículo 1388° del Código Civil, debiéndose establecerse que, la policitud es una propuesta hecha a personas indeterminadas invitándoles a formular las ofertas, considerando oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente. Manteniendo el segundo párrafo como actualmente se encuentra establecido.

2.2. Las Obligaciones

Los contratos son fuentes generadoras de obligaciones, es decir que las consecuencias jurídicas naturales de la formación de todo contrato son las segundas, ya sean estas de dar, hacer o no hacer, el vínculo en cuestión son normalmente de carácter sinalagmático donde las partes deben cumplir las disposiciones establecidas en el contrato, pues a través de la voluntad de las partes se busca satisfacer las necesidades específicas de las mismas, constituyendo de esta manera la finalidad del contrato. El incumplimiento de alguna de las partes – en caso contrario - perjudicará a la otra, para tal caso existen los mecanismos

correspondientes para que la parte que se vio perjudicada, constriña a la otra a dar cumplimiento de lo pactado o en su defecto a resarcir o reparar el daño ocasionado, de esta manera es importante determinar si en el caso de la oferta al público se genera una relación obligacional entre las partes y de darse una respuesta afirmativa se deberán aplicar las consecuencias de tal relación, siendo importante primero definir los alcances básicos de las obligaciones, ya que de no generar el vínculo contractual se tomaría en cuenta la responsabilidad de civil extracontractual.

2.2.1. Aspectos históricos.

La palabra obligación según estudios al Derecho Romano tiene su origen en la palabra en latín *ob-ligare* que significa atar, ligar o amarrar a una persona. Uno de los aportes importantes para el Derecho Romano fueron las definiciones de las instituciones desarrolladas por Justiniano, que en relación con el presente tema tratado establece: *juris vinculum que necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitas jura* (la obligación es el vínculo jurídico formado según nuestro derecho y que nos obliga a pagar alguna cosa).

Esta definición ha sido un gran aporte para desarrollar y entender a la obligación, aunque tiene algunas limitaciones justificadas por el momento de su concepción, como no precisar que el objeto de una relación jurídica obligacional versa sobre bienes patrimoniales o no se haga alusión alguna al crédito que le pertenece al acreedor, por lo que se debe hacer un desarrollo más amplio respecto al tema, como bien es resaltado por (Núñez, Prolegómenos de una Tería General de las Obligaciones, 2004).

Entonces, de la propia terminología y de las instituciones de Justiniano se entiende que una persona podía estar ligada a otra de acuerdo a un pacto ya realizado entre quienes se constituirían en acreedor y deudor, donde en caso el deudor incumpliera con la prestación

debida, el acreedor podía tomar medidas personales contra el primero, pudiendo ser la prisión una de las sanciones, pero no una prisión como es conocida en la actualidad, sino una especie de prisión que ejercía el acreedor en su propio lecho, acción legitimada por el Derecho en ese entonces, una especie de ejercicio penal privado a cargo de un particular.

(Moisset de Espanés, 2016) señala, pero no a lo que nosotros denominamos actualmente prisión, en un establecimiento del Estado, sino en una prisión doméstica, dentro de ese imperio que ejercía el jefe de una familia, ese imperio privado; allí tenía él también su prisión doméstica. Llevaba allí al deudor y pasado cierto tiempo, si no había obtenido la satisfacción de su crédito, podía venderlo como esclavo.

Incluso se pone de manifiesto la existencia de una posible sanción de muerte, que es mencionado también en diversos estudios y también cuestionado en otros, pues se debe entender que la relación jurídica contraída entre acreedor y deudor tanto en ese entonces como ahora tenía como fin la satisfacción de intereses de carácter patrimonial buscando que ante un posible o efectivo incumplimiento de la prestación, el acreedor vele por sus intereses económicos y el ejercicio del poder jurídico estaría orientado únicamente a que el deudor dé un efectivo cumplimiento a la prestación debida.

En esa línea de ideas se podría aceptar que en algún momento se otorgará la facultad al acreedor de matar al deudor, pero pragmáticamente no se encontraría ningún beneficio con la muerte del moroso, más por el contrario se crearía el mismo acreedor un perjuicio, ya que no sería satisfecho su interés el cual incentivo hacerse obligar voluntariamente a su deudor.

Con esto se cuestiona la finalidad de la ley en las XII Tablas (siglo V a.C.) permisiva de que el acreedor pueda matar al deudor, pero como se dijo, no deja de mantenerse la posibilidad de acuerdo a los estudios consultados, así las leyes de las tablas VI y VII se encargaban de regular el Derecho de las Obligaciones y Derechos Reales, en la que se

denominaba *nexus* a la persona que se constituía en servidumbre para pagar o cumplir con la prestación debida a nombre propio o de otro, es decir que era el deudor que asumía la obligación, por tanto quien debía cumplir con la prestación y en consecuencia en caso de incumplir quedaría sometido a la potestad del acreedor sin que se requiera previamente una decisión, a través de una sentencia, a esta relación jurídica por la cual el deudor quedaba obligado se denominaba *nexum*.

Posteriormente, el *nexus* fue derogado por la Ley Poetelia Papiliae (Derecho Romano, 2015). Pese a que esta ley modificó los alcances del anterior *nexus*, desde el Derecho Romano con sus XII tablas ya se tenían en cuenta por lo menos los rasgos esenciales como el acreedor, el vínculo o la relación jurídica y la prestación, pero ante el incumplimiento deja de ejercerse el poder jurídico sobre el sujeto pasivo y se ejerce sobre el patrimonio del obligado.

El transcurso del tiempo conllevó a las distintas oscilaciones hasta la definición actual de las obligaciones, entre aquellas, las restricciones que se produjeron en la edad media con el feudalismo principalmente concentradas en las prohibiciones de vender o comprar si no era a cargo del señor feudal, el suceso de la revolución francesa que inició con la toma de la Bastilla en 1789 lo que trajo – además de otros cambios - un régimen jurídico distinto al que en ese entonces predominaba, un régimen donde se proclamaba la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad, entendiéndose por ésta que las personas pueden crear vínculos jurídicos y obligarse mutuamente entre ellos solo con la propia manifestación o declaración de voluntad y que se ha convertido en el elemento esencial en la generación de obligaciones o las denominadas fuentes de las obligaciones en donde dentro de nuestra legislación se encuentran los contratos, controlando el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a través del orden público y las buenas costumbres.

Posteriormente en diversos países, hace no mucho, pese a los cambios que se iban erigiendo en los países con mayor grado de desarrollo y que pasaban como herencia a manos de otros Estados que se encontraban en un proceso evolutivo social anterior a los primeros, también se sancionaba el incumplimiento de una obligación con el encarcelamiento, la denominada prisión por deudas, como el caso de Estados Unidos, Argentina, entre otros también el Perú por primera vez fue prohibida con la promulgación de la Constitución de 1920, disponiendo en su artículo 25° que nadie podría ser apresado por deudas, disposición bastante importante dentro de nuestro ordenamiento, ya que con esto se dejó de lado la arcaica concepción de cobrar una deuda mediante el encarcelamiento del deudor, salvo los casos del incumplimiento de los deberes alimentarios, que tienen una naturaleza y fin distinto que no será indagando en este estudio, pasando del Derecho de las Obligaciones “Personal” a uno Patrimonial.

Como se dijo, en el transcurso del tiempo se fueron presentando cambios en la posibilidad de ejercer el poder jurídico contra la persona en sí mismo, en la actualidad no existe ninguna clase de relación patrimonial en la cual se vea perjudicada la personalidad de los sujetos, sino que aun así queden obligados los sujetos, es insólito creer que en el caso de incumplimiento pueda ser sancionado con la cárcel u otras formas análogas, optándose solo por las acciones contra el patrimonio del deudor, usando los mecanismos legales correspondientes de acuerdo a las disposiciones de cada ordenamiento jurídico.

2.2.2. Definición.

Los estudiosos del derecho han intentado e intentan constantemente aportar una definición más exacta de las obligaciones, unas más acertadas que otras a nuestro parecer, así en las Institutas se denominaba a toda obligación como aquel vínculo de derecho por el cual alguien está constreñido a cumplir una prestación según el Derecho del país, dando la

salvedad que la traducción del latín – lengua en la que se gestaron las instituciones de Justiniano – reluce una conceptualización ciertamente redundante, ya que se menciona que alguien queda constreñido a cumplir una prestación, es decir obligada a cumplir con tal prestación, lo que no le quita la magnitud de su importancia como aporte en las siguientes definiciones más desarrolladas y que giraron en torno a este principal concepto dentro del derecho de las obligaciones.

En palabras de (Núñez, 2004), la escuela subjetivista, siendo Savigny uno de sus primeros representantes definió la obligación como el poder del acreedor sobre un acto concreto del deudor, el cual fue objeto de críticas, debido a que se intenta clasificar a la obligación como un derecho sobre la persona (deudor).

Por lo cual se origina la teoría objetiva o patrimonialista, donde se da mayor énfasis al aspecto patrimonial, se pone de manifiesto una relación entre el patrimonio del acreedor con el patrimonio del deudor, pero es Pacchioni quien reconoce la existencia de dos elementos independientes, el débito y la responsabilidad, manifestando que el débito es un mero estado de *presión psicológica*, dotando solo al segundo la calidad de elemento jurídico. Más adelante, se hace referencia a Planiol quien - además de otros - procura combinar, por así decirlo, los elementos activos y pasivos de la relación, expresando que la obligación es un vínculo de derecho por el cual una persona está constreñida hacia otra a hacer o no hacer alguna cosa.

Teniendo diversas aproximaciones sobre el concepto de la obligación, en este somero estudio sobre el tema, definiremos a la obligación como aquella relación jurídica entablada entre dos o más partes, en la cual una ostenta un poder jurídico – acreedor - frente a otra adquirente de un deber jurídico - deudor - y que dicho poder le otorga la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación pasible de valoración económica, agregando que la

prestación puede consistir en una acción - dar, hacer - o en una omisión - no hacer - con relevancia jurídica.

Solo tendremos en cuenta esta breve y poco sustanciosa definición de obligación para efectos del presente trabajo, pues intentar realizar un estudio minucioso no alcanzaría mediante estas escasas páginas, resultando una especie de burla intentar tratar a las obligaciones y la parte general de los contratos en un solo estudio, sin embargo también es menester hacer alusión a los elementos esenciales que se extrae del concepto de la obligación y como de su propia denominación se extrae, al ser esenciales se encuentran presentes sin importar la clase de obligación que se trate, estos son: los sujetos, en tanto acreedor y/o deudor; el objeto, constituido por la prestación de dar, hacer o no hacer; y el vínculo jurídico entre los sujetos que participan, que incide sobre ciertas conductas o actividades.

2.3. Contratos en general

En el seno de la ciencia jurídica se conciben innumerables corrientes dogmáticas que intentan definir y describir las características de diferentes instituciones jurídicas para así sobreponer unos pensamientos sobre otros, de esta forma las legislaciones nacionales de cada Estado, delimitan las relaciones interpersonales de los individuos, promulgando las normas en base a estas corrientes, la adaptación de éstas responden a una serie de justificaciones económicas, sociales, morales, entre otras, en concordancia con la realidad social, en parte como sucede en varios países en el que hacen una codificación extraída de legislaciones extranjeras con matices propias que cada Estado hace suyas, como se dijo en el primer capítulo el trasplante de normas, respecto a lo último, la legislación peruana no es la excepción, en algunas materias incluso se opta por hacer misturas de corrientes que en muchos casos pueden no resultar claras e incluso por el contrario son confusas en la aplicación e interpretación de los preceptos legales en la realidad.

El contrato es una institución jurídica que tiene gran importancia en cualquier sociedad, pues es el sustento básico de las relaciones entre las personas y de las transacciones patrimoniales que le dan determinado dinamismo al flujo económico, por tanto el estudio exhaustivo del mismo brinda mayor claridad a los sujetos para que se evite en la mayor medida posible los conflictos que se puedan suscitar a causa de las relaciones jurídicas patrimoniales generadas por los contratos en sus diversas modalidades.

Tanto el acto - término utilizado en primer momento por los franceses - o negocio jurídico - adecuación de los alemanes tomando como referencia el tradicional acto jurídico, pero con variaciones y aportes que lograron predominar en la mayoría de sistema jurídico y básicamente en los países latinoamericanos - y el contrato tienen una estrecha relación, pudiendo decirse que el primero es el género y el segundo la especie, ya que en ambos se configura la manifestación de voluntad como creadora de una relación jurídica.

En ese sentido, la teoría tradicional del negocio jurídico y la teoría preceptiva aplicada también al contrato pone gran énfasis en el consensualismo o la voluntad de las partes, respaldadas por el sistema legal, es decir se entiende al contrato básicamente como la manifestación de voluntad, una suerte de simplismo conceptual, ya que la amplitud de lo que el contrato acoge no puede ser reducido a equipararlo solo con la manifestación de voluntad, si bien es cierto que este elemento es bastante importante, no alude a la totalidad de su definición.

Así lo dicho, “la teoría normativa del negocio jurídico, desarrollada en Alemania e Italia en el siglo XX con mayor impacto por Luigi Ferri y siguiendo a Rómulo Morales y Leysser León, el planteamiento del primero consistió en coordinar la teoría general del Derecho con la teoría del negocio jurídico” (Morales & León, 2004, p. 7).

En este punto siguiendo a los mismos autores que hacen un análisis de los aportes principales de Ferri, ponen en evidencia que se debe identificar que la autonomía privada es conferida por el ordenamiento jurídico, entendiéndose que es el poder jurídico de los particulares para poder regular sus relaciones estableciendo derechos y deberes, permitido por una norma superior a ella, esto es, una norma perteneciente al ordenamiento jurídico promulgada previamente a la autonomía privada propiamente dicha:

Morales & León (2004) El ordenamiento jurídico otorga poder normativo a los privados para crear normas jurídicas de grado inferior en relación a las normas jurídicas de grado superior.

Esta delegación normativa es un modo de descentralización normativa para la configuración de un ordenamiento jurídico privado, subordinado, coordinado y armonizado con el ordenamiento jurídico superior por su relación de complementariedad (p. 156).

Entonces, se desprende que de la teoría normativa del contrato se pueden extraer dos vertientes: en la primera, el contrato como hecho se regula en base a una norma jurídica superior; y en la segunda, el contrato como norma regula comportamientos entre las partes, estableciendo cargas y limitaciones, esto también de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente. También, “con la palabra contrato se designa tanto el acto creador de normas (el hecho), como las normas por ellas creadas (el Derecho) (Morales & León, 2004, p. 11).

Pese a la distante temporalidad existente entre el momento de creación de la teoría normativa del contrato y los citados análisis, tiene ahora mayor importancia, debido a que se vienen incrementando las inclinaciones hacia esta postura, como consecuencia del desarrollo económico y social, por la creación de los contratos por adhesión o la contratación en masa, además que la propia ley otorga a los contratos el carácter de aquella, sustentada en el

aforismo latino *Pacta Sunt Servanda* que significa “el contrato es ley entre las partes”, pues en caso las cláusulas – normas - del contrato sean incumplidas, está presente la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas o ejercer otras facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico apoyadas en las medidas de coerción y apoyo del mismo ordenamiento jurídico, es decir de la norma específica creada por los particulares.

Ahora, uno de los aportes más importantes de la teoría normativa del contrato, entre varios otros, es lo referente a la tutela jurídica, nos explicamos, si un contrato es considerado como un simple hecho producto de la manifestación de voluntad, como tal se podrían suscitar varias dificultades al momento de exigir el cumplimiento de éste, pues al no considerarse una norma entre las partes, es decir una fuente de Derecho - teniendo en cuenta que los contratos si son considerados fuente de derecho - carecería de tutela jurídica, lo cual impediría que pueda ser calificado por el ordenamiento jurídico y sus entes correspondientes, *contrario sensu*, si sería, es y debe ser de tutela y valoración jurídica por ser una norma jurídica.

Además, sería inconsistente pensar que la voluntad por si misma pueda crear efectos jurídicos, ya que los efectos de la voluntad como tal son conferidos por la ley y hacen de sus efectos ley entre las partes, o sea la voluntad y el ordenamiento jurídico están estrechamente ligados, pues como se dijo, el segundo otorga la facultad de generar efectos jurídicos - hecho - bajo los parámetros previamente establecidos por el mismo y que esos efectos jurídicos sean de obligatorio cumplimiento entre los declarantes, agregando nuevamente que esos efectos constituyen una o más normas jurídicas exigibles y pasibles de sanción en caso de incumplimiento, en el sentido de que “la teoría normativa otorga ramas conceptuales a las partes perjudicadas económicamente. También esta teoría justifica tutelas especiales en materia de protección al consumidor” (Morales & León, 2004, p. 20).

2.3.1. Definición.

2.3.1.1. Aspectos históricos.

Los contratos son fuente de las obligaciones, estas últimas definidas por las Instituciones de Justiniano como aquel vínculo de derecho que obliga a pagar alguna cosa, lo que ahora constituiría la prestación formada según el Derecho Civil, se dividían en Civiles - reconocidas por el Derecho Civil - o Pretorianas - constituidas por el pretor bajo su jurisdicción - Luego se encuentra una subdivisión que nacen de un contrato, de un cuasi contrato, de un delito o de un cuasi delito. A su vez, otra subdivisión que nacen de un contrato en las que se forman por la *res*, por la palabra, por escrito o por el solo consentimiento.

Vemos entonces que desde los tiempos de Justiniano, ya se hablaba de la creación de un vínculo jurídico, aunque quizás no en los mismos términos, es decir de una *obligatio* como causa de la formación de un contrato o *contractus*, que designa a lo contraído, donde también se puede ver como sustento de ellos el respaldo del Derecho Civil, de las normas vigentes en ese entonces, asimismo se faculta la creación de una obligación a causa del solo consentimiento; las dos vertientes de la teoría normativa del contrato.

En el Derecho Romano, la solemnidad en la creación de las obligaciones era también importante, debido a que solo a aquellos que cumplían con la correspondiente solemnidad se les otorgaba la denominación de *contractus*.

Contractus, es el participio pasado del verbo *contraeré* que designa genéricamente lo contraído, esto es solo una evolución terminológica de los acuerdos que al mismo tiempo adquirieren un mayor grado de obligatoriedad por así decirlo.

Siguiendo a (Diez-Picazo, 2007), cuando el Derecho Pretorio admitió los llamados *judicia bonae fidei*, se consideró que la creación de algunas obligaciones se podría dar por el

solo consentimiento o mero acuerdo de las partes, las cuales tenían un carácter excepcional, vemos desde entonces que el consentimiento y el contrato iban creando una estrecha relación entre sí, pero que al no cumplir con los requisitos legales como el cumplimiento de alguna forma solemne, no le brindaban al acreedor la facultad de reclamar lo que le era debido, en tanto, no se enmarcaban dentro de una obligación genuina como si lo eran las que cumplían la solemnidad correspondiente, quedándose en la categoría o calidad de simples acuerdos que carecían del carácter obligacional cuando no era así.

Justiniano veía en la *datia ob rem* un contrato innominado, que consistía en que un sujeto - *dans* - entregaba un beneficio patrimonial, pudiendo ser determinada cantidad en dinero o en especies a otro - *accipiens* -, para que emancipe a un hijo, manumita a un esclavo o abandone un litigio, entonces de no realizar tal acto el *accipiens* tenía el deber de devolver lo entregado por el *dans*, pero no por el pacto o convenio en sí mismo, pues como sabemos lo pactado no podía obligar a las partes, sino por el solo hecho que el *accipiens* no tenía derecho a retener la cantidad recibida y por lo tanto deberá devolverla.

Se podría afirmar en ese sentido, que podía ser llamado un contrato, porque existe una obligación a cambio de una contraprestación, pero en el Derecho Romano de ninguna forma era considerado un contrato, debido a que no se encontraba establecido en el sistema jurídico y tampoco cumplía con solemnidades predispuestas, fue de esta manera que Justiniano empieza a darle la denominación de contrato innominado, pero más que eso dota a estos pactos el carácter obligatorio, por el consenso entre las partes, siendo un paso importante para el inicio de la obligatoriedad en aquellos pactos que no revestían solemnidad prescrita o no tenían una denominación en la legislación, pero que esto no les debería quitar tal categoría.

Entre otros, (Padilla, 2008), menciona la existencia de otros casos de *dationes ob rem*: por ejemplo para que un esclavo no sea manumitido; para no recurrir a un juez o para que se

prometa por estipulación no hacerlo; para recibir a cambio otra cosa (*permutatio*); para que una cosa sea vendida y el *accipiens* entregue la estimación o restituya lo recibido (*datio in aestimatum*); etc.

La acción para exigir el cumplimiento de estos acuerdos que no ostentan contenido obligatorio, en primer momento no fue conferida al acreedor, pero posteriormente si se pudo accionar en base a algunos, por ejemplo en el caso de los *pacta adiecta* - pactos añadidos por el pretor - y los *pacta legitima* - pactos a los cuales los emperadores concedieron acción especial.

La acción en estos casos es particular, no se exige el cumplimiento de la contraprestación convenida, sino que una de las partes en caso de haber entregado algo a la otra, solo podía exigir que le sea devuelto lo que otorgo a favor de la otra de acuerdo a lo convenido, en tanto que no se trata de un contrato, por el contrario, es un mero acuerdo o convenio, que no contenía, reiteramos, carácter obligatorio.

Diez-Picazo (2007), señala que se modificó el pretor concedió una acción para reclamar el cumplimiento de lo prometido, la denominada *actio praescriptis verbis* y es a partir de ese entonces que dichos acuerdos son incluidos como contratos, denominándose posteriormente por la doctrina como contratos innominados, por el hecho de no pertenecer a ninguno de los tipos legales del sistema en vigencia.

De acuerdo con (Padilla, 2008), es en el Derecho postclásico donde se “contractualizó” estos convenios, especialmente los de prestaciones recíprocas de dar o de hacer.

El primer vínculo con efectos contractuales es el conocido como contrato real, aquel constituido por la entrega de una cosa, generando en el que recibía la cosa, la obligación de

restituir la misma. Posteriormente recién se consideró otras obligaciones como tales, por el solo consentimiento como la compraventa, el arrendamiento, entre otros.

De cualquier forma, nacen los contratos que luego se llamarían *tractus incerti* (contratos inciertos), *negotia nova* (negocios nuevos) y a partir de la Edad Media *contractus innominati* (contratos innominados), los que fueron clasificados en cuatro categorías: *do ut des* (doy para que des); *do ut facias* (doy para que hagas); *facio ut des* (hago para que des) y *Facio ut facias* (hago para que hagas).

Según los estudios doctrinales, la formación del concepto moderno del contrato inicia en el Derecho Canónico, dotan de mayor importancia al consenso y son los primeros que expresan que la voluntad es la fuente de la obligación, ya que existe la influencia de principios básicos como la fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad, pues faltar a estos principios constituye engaño, mentira y por consiguiente un pecado.

Luego, la corriente del voluntarismo jurídico, por el tráfico mercantil de ese entonces - hablamos de los finales de la edad media – se crea la necesidad de flexibilizar los contratos para dinamizar el tráfico comercial que en ese entonces era bastante abultado, entonces existía la necesidad de los comerciantes de disponer sus mercancías de forma más simple. De otra parte, con el incremento de la pobreza y el arribo de un gran número de mercaderes, la necesidad de las personas de adquirir dichas mercancías también de forma más simple y con mayores “beneficios” que los mercaderes les permitían, a través del medio y la forma de pago. Teniendo como antecedente la Ley del Ordenamiento de Alcalá (España), preludia que “de cualquier manera que un hombre quiere él obligarse queda obligado” (Diez-Picazo, 2007, p. 121).

Finalmente, la Escuela del Derecho Natural racional y el pensamiento de la Ilustración, toman como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico,

preponderando la voluntad individual y la voluntad humana. Además, teniendo como sustento a la razón natural, se llega a la conclusión de que la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes.

2.3.1.2. Concepto en el Código Civil

El Código Civil no brinda una definición necesariamente extensa y especializada, en comparación con lo que en realidad implica históricamente el contrato y la gran importancia que éste tiene en la cotaneidad social. (Bussi citado en Diez-Picazo, 2007) señala que,

a una noción tan arraigada en nuestra conciencia jurídica y que parece corresponder tan exactamente con el orden lógico de nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que es cambio fruto de un tormentoso y plurisecular proceso histórico, que fatigosamente los historiadores han ido poco a poco aclarando (p. 118).

Constantemente en materias como el acto jurídico y por ende en el contrato, se hace alusión a la autonomía de la voluntad privada, que se traduce en el posterior consentimiento para poder crear ese ligamiento entre las partes contratantes, es decir el consentimiento para intervenir en una relación jurídica patrimonial, acontece solo por la voluntad de actuar como cada una de las personas considere adecuada o mejor para sus propios intereses. Queda claro que tenemos una relación entre negocio jurídico y contrato de género a especie.

De las distintas definiciones de contrato, se tiene que en nuestro ordenamiento legal predomina la dispuesta en el artículo 1351° del Código Civil; “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 481).

La definición del contrato en general es casi una copia de la definición de la establecida para al Acto Jurídico en el artículo 140°; “El acto jurídico es la manifestación de

voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 128)

Los matices que diferencian la definición de la primera con la segunda son que una se realiza entre dos partes, mientras que la otra puede ser realizada de forma unilateral, por ejemplo los casos de representación, por otro lado una versa solo sobre relaciones jurídicas patrimoniales y la otra engloba las relaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales. En efecto, son diferencias importantes que distinguen una figura de otra, como se dijo anteriormente, mantienen una relación de especie-género, pero este no es el punto, sino que en apariencia son definiciones bastante simples y fáciles de entender, insertas en la norma que muchas veces en la práctica genera confusiones y una variedad bastante amplia en su interpretación, simples para instituciones tan importantes en el Derecho Civil, por eso no nos limitaremos a citar esta definición.

Como se presenta en la mayoría de las instituciones jurídicas definidas en nuestro Código Civil, el contrato también es prácticamente una imitación del *Codice Civile Italiano*, que en su artículo 1321° prescribe; “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”, que de una traducción literal nos dice; “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”, casi el mismo texto de nuestro Código Civil, hábito muchas veces criticados, pero que se ha mantenido en diversas ocasiones, por lo que se dice que nuestro ordenamiento carece de identidad propia, por ser una mezcla de otros.

De la definición del artículo 1351° se puede desglosar los siguientes conceptos que lo componen:

- a) ***Acuerdo de las Partes;*** Es la confluencia de lo que los intervinientes desean contratar, es aquí donde acontece la primera controversia, debido a que la doctrina se cuestiona si debe primar la voluntad (interna) de las partes o por el contrario la declaración, es decir la exteriorización de lo que se quiere para validar el contrato, claro está que no habría ningún problema en los casos en los que la segunda es fiel expresión de la voluntad, lo que no sucede por ejemplo en los casos de simulación. Más adelante, extenderemos éste análisis.
- b) ***Relación Jurídica;*** Seguidamente, sin importar tanto lo estipulado en cuanto a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, pero si sosteniendo que lo primordial en un contrato es la intención de crear una relación y por consiguiente ésta tenga efectos jurídicos. Otra discusión doctrinaria es determinar la relevancia de los efectos jurídicos o de la consecuencia pragmática de los contratos, es decir que si bien a las partes le interesa el propósito práctico del negocio, este no puede anteponerse a los efectos jurídicos que tenga el negocio, ya que nos encontramos en una sociedad regulada por un ordenamiento jurídico específico, en el que importa más los efectos, vale decir jurídicos, que la practicidad de lo que se quiere, sería inaudito, porque si tomamos esa idea, se permitiría a los sujetos actuar deliberadamente con el único fin de satisfacer sus intereses, realizando actos indiscriminadamente si configuran licitud o ilicitud.
- c) ***Las Partes;*** Primero, la denominación de partes se ha tratado constantemente, explicando sus motivos, aunque en algunos países se opta por la palabra “persona(s)”, entendemos que la distinción es bastante simple y totalmente justificada, y es que en cualquier contrato no solo puede participar una persona, lo que sería una mención

errónea, por ejemplo en un contrato de compraventa de un inmueble, la propiedad del bien no radica en una sola persona, sino que existen más, teniendo la calidad estos de copropietarios, es ahí donde se hace notar que una parte puede estar constituida por una o más personas unidas por un interés común, sea cual fuera la posición que se tenga en el contrato, en el ejemplo, sea como vendedor o comprador, por tanto no se encuentra mayor discusión en este sentido.

d) Función del Contrato; La creación (Contratos Constitutivos) alude a la facultad de las partes de contratar los que estas deseen para satisfacer sus necesidades, teniendo como única restricción el respeto de las normas imperativas y las buenas costumbres, de infringir estas normas, el contrato se sancionaría con la nulidad.

El regular una relación jurídica patrimonial (Contratos Regulatorios), muchas veces se confunde con la modificación y en otras se tratan como símiles, así lo proclama la propia doctrina italiana en concordancia con el artículo 1321° del Código Civil de ese país, artículo que es sucesor del artículo 1098° del Código Italiano de 1865, o equivalentes, pues se dice que la regulación incluye a la modificación, pero siguiendo lo afirmado por (De La Puente y Lavalle, 2007, pág. 66), un contrato puede precisar los alcances de una relación jurídica patrimonial previa, tanto en la interpretación de la fuente de la relación jurídica generadora de la obligación, cuanto estableciendo reglas de detalle, como en la ejecución, plazos para el cumplimiento u otros, por ejemplo en los casos de aseguramiento de la obligación, cuando se traslada la carga de la prueba, entre otros.

El fin de la modificación (Contratos Modificatorios) de una relación jurídica patrimonial, mediante un contrato, es alterar determinadas circunstancias, pero manteniendo la esencia de la misma. Al respecto debemos agregar que se puede ver el

caso de las adendas a los contratos, ya sea por las deficiencias que se presentaron al momento de constituir la fuente de la obligación o detallar de forma más conveniente la misma, aunque no es un ejemplo tan preciso y hasta resulta ambiguo si se quiere, no deja de ser válido, ya que mediante la adenda también se podría regular una relación jurídica patrimonial. Entonces, se entiende que la modificación podría ser parte de la regulación.

Ocurre la extinción (Contratos Resolutorios) en cambio, cuando las partes deciden por voluntad propia, al igual que en los otros aspectos descritos en los párrafos anteriores, ponerle fin o desvincularse entre sí, por ejemplo, con el pago que es método más común y esperado de ponerle fin. La extinción también es conocida como distracto, aunque en una concepción en sentido estricto de termino, se entiende por él a la resolución de un contrato, es decir por alguna causal sobreviniente al nacimiento de la relación.

- e) ***Relación Jurídica Patrimonial;*** Al respecto, nos remitimos a lo descrito en la parte de los alcances que se dieron en el capítulo de la Obligaciones, resaltando nuevamente, que es aquella relación entre dos sujetos de derecho que manifiesta consecuencias jurídicas, por ende, está regulado por el Derecho Objetivo, este a diferencia de otras relaciones tiene un contenido patrimonial, entendiéndose como la prestación que puede ser valorizada económicamente.

Además de ser un negocio jurídico, el contrato es generador de una relación jurídica o una relación obligacional, que se presenta en la parte de la ejecución del mismo, por lo cual se le denomina relación contractual, esto toma sentido cuando el contrato es de ejecución continuada o periódica. En ese sentido el contrato además de ser un negocio

jurídico, resulta ser una relación obligatoria en la medida en que sea de ejecución periódica o continuada.

Del desagregado del artículo 1351° y 1321° del Código Civil Peruano e Italiano respectivamente, tenemos que el contrato como relación jurídica patrimonial tiene como finalidad crear, modificar, regular y extinguir estas tal como dispongan las partes intervinientes, ya sea considerando la concepción de modificar y regular como símiles o disímiles que considero no es un punto en este momento para ahondar cuál de las dos posturas es la que se debe tener por más convincente, pero que en este caso se tomará la postura y sustento doctrinario de la legislación peruana.

2.3.1.3. *El contrato como hecho.*

En la parte introductoria del presente capítulo se habló de las dos vertientes para definir al contrato, por un lado, el contrato como hecho y por el otro el contrato como norma.

Diez Picazo al respecto menciona que fue Hans Kelsen quien realizó una distinción entre el contrato como hecho o acto en sentido estricto, entendiéndose como el hecho humano en sí mismo, lo cual se acercaría más a su entendimiento como un acto o negocio jurídico, al margen de las discrepancias que existen entre estos.

Ahora, con esta vertiente se afirma que el contrato como hecho se refiere al acto que las partes realizan; o como la celebración del mismo estrictamente hablando. Es decir, la acción por la que las partes logran obligarse entre sí.

Por otro lado, se dijo que uno de los fundadores de la teoría normativa del contrato fue Luigi Ferri, quien afirma también que para realizar una definición que se acerque a la realidad

contractual y que la definición no se agote a lo que está prescrito en la legislación, esto es Código Civil respectivo, se debe entender que el contrato debe ser encarado de dos formas: como hecho y norma.

Ferri (2004) dice que “como hecho, el contrato es realidad física: conjunto de sonidos, de voces, de estrechamiento de manos, de señales de asentimiento, de muy diversos gestos, de escritores y suscripciones” (p. 03).

De lo afirmado por el maestro italiano, el contrato como hecho, aunque sea redundante se refiere a la parte fáctica del consentimiento de establecer una relación contractual, en otras palabras, son los actos que las partes realizan en la realidad corporal para poder perfeccionar y dar origen al contrato, como bien dice, una serie de acciones de los participantes que conlleva a su formación.

Por lo tanto, la eliminación del contrato como hecho no se podría efectuar, ya que es parte de la historia, resulta innegable además aceptar que no se puedan eliminar actos anteriores, pues no habría forma de retrotraer la situación o situaciones en las que se formó el contrato como hecho, más por el contrario si resultaría abrogar o dejar sin efecto el contrato como norma, como se explicará más adelante.

2.3.1.4. *El contrato como norma.*

En cambio, el contrato como norma, pasa a ser la preponderancia del *deber ser* frente al *ser*, como lo denominaría Kelsen, es decir en cuanto a su contenido, como manifestación del acto voluntario o del hecho en sí de la realización de un contrato, esto es como norma, el contrato prevé y describe la forma de los comportamientos de las partes partícipes del acto.

En otros términos, pasa a ser de lo factico - en cuanto al contrato como hecho - a lo abstracto, a diferencia del primero que no puede ser alterado o modificado por constituirse en

un hecho perteneciente a la historia, el contrato como norma si puede ser abrogado, o en palabras de la definición establecida en el Código Civil, que se orienta a una definición normativa, lo cual resulta manifiesto, el contrato puede ser modificado, regulado o puede dejar de existir, cuando también las partes lo convengan o lo consideren adecuado.

Bajo este aspecto, es susceptible de ser interpretado, tal como lo afirma (Ferri, 2004, p. 143) se debe intentar comprender el contenido respecto a la voluntad de las partes, pero hace énfasis en que no se debe confundir este aspecto como lo entiende la doctrina tradicional como búsqueda de la voluntad interna de las partes, como sucede también en la interpretación *ratio legis* (razón de ser de la norma o lo que el legislador quiso regular, desde el aspecto subjetivo de la voluntad).

Lo que se quiere decir, es que se debe buscar la voluntad objetiva de las partes, más que la voluntad subjetiva, queda claro que sea siempre y cuando no se compruebe la divergencia entre lo querido y lo manifestado. Dicha interpretación, se realiza en base a la idea representada en el contrato como norma, derivada de los derechos, deberes u otros que se establecen en él, o como dice Ferri, la reconstrucción de los derechos, deberes o poderes que son la idea que el hecho significativo - contrato - expresa, es decir la determinación de los efectos jurídicos que él concreta o produce, lo cual está estrechamente aunado a la manifestación de voluntad, pues de ella se verificarán los efectos jurídicos producidos por el contrato, recalcando que siempre y cuando no se evidencie una discrepancia entre la voluntad interna o psicológica con la voluntad declarada.

Como se ve, la definición del contrato, en tanto negocio jurídico, no puede ser objeto de una interpretación restringida a la que hace alusión el Código Civil, en su artículo 1351°, pues la complejidad del mismo va más allá de aquella definición, ya sea como hecho o como

norma, distinción que resulta importante para poder comprender la institución del contrato doctrinariamente.

2.3.2. Elementos del contrato.

Vincenzo Roppo, en su estudio “El Contrato”, realiza una descripción somera, pero bastante importante de los componentes de un contrato, los que, afirma, a falta de ellos no se podría constituir una relación jurídica de esta clase, en otras palabras, se referiría a los elementos denominados esenciales.

Roppo (2009) considera que la definición del contrato tiene tres componentes esenciales los cuales no pueden faltar, los mismos que deben ser coincidentes y de ninguna manera pueden dejarse de lado, los cuales son: el acuerdo de los interesados (acto consensual), una relación jurídica patrimonial en cuanto al objeto del contrato (negocio jurídico patrimonial) y la finalidad que da origen al segundo componente, que pueden derivar en constituir, modificar, regular o extinguir la relación (acto de voluntad).

El jurista citado hace una afirmación bastante correcta en cuanto a la presencia necesaria de estos tres componentes o elementos esenciales en la formación de todo contrato, así dice:

el significado y el valor de los tres componentes – acuerdo, materia jurídico-patrimonial, voluntad enderezada a un fin – se perciben plenamente solo si cada uno es considerado no aisladamente, sino en conexión con los demás. Y una advertencia ulterior, aún más obvia. El problema de diferencia entre el no-contrato y el contrato es muy fácil en los supuestos de hecho que no presenten ninguno de los componentes de la definición: la creación o declamación de una poesía no tiene ningún componente del contrato. Fácil también cuando presenten uno de tres: el juicio coincidente entre

dos personas sobre un evento o sobre un hecho estético tiene, del contrato, solo el elemento del acuerdo, pero no los otros dos elementos. Menos fácil, como veremos, ante los que, presentando dos, pueden dejar la duda de si el tercero esté presente o falte.

La tradición sugeriría iniciar con el elemento estructural, es decir, con el acuerdo. El primer elemento de la definición, el que parece connotarlo con más fuerza. En cambio, se prefiere partir del elemento funcional, es decir de la relación jurídico-patrimonial que constituye materia del contrato. En efecto, este se presenta más inmediatamente significativo para la colocación y la individualización del contrato en el universo de los actos humanos regulados o contemplados por el derecho (Roppo, 2009, p. 30).

Por otro lado, Messineo, (1986), realiza una diferenciación más específica, distinguiendo los elementos esenciales, constitutivos o intrínsecos del contrato, dentro de los que considera: el consentimiento; la causa lícita; una prestación (posible, lícita y determinable, sin que deje de ser una prestación ya determinada como sucede en la mayoría de los casos); la forma, cuando haya sido previamente exigida por un mandato de obligatorio cumplimiento, o como lo dice el mismo autor, cuando se requiera *ad substantium*; y el motivo lícito, la falta de alguno de ellos produce la nulidad del contrato.

Por otro lado, se encuentran los elementos accidentales o no esenciales, constituidos por la condición, término, modo, cláusula penal, arras, etc., los cuales pueden no estar presentes en la constitución de un contrato, sin que la validez de éste se vea afectada.

2.3.2.1. Las partes contratantes.

Con anterioridad, en el disgregado que se hizo de la definición del contrato en el Código Civil, se habló de las partes, pese a que se hizo de forma resumida y poco compleja, este elemento podría presentar algunas complicaciones de acuerdo a la consideración doctrinaria que se tome en cuenta, las cuales intentaremos esclarecer en el presente apartado.

2.3.2.1.1. Dualidad de Partes.

En efecto, el sujeto contractual es distinto de la parte contractual, el primero es aquel ente ficticio o real compuesto de derechos y/u obligaciones (el denominado sujeto de derecho), es decir el sujeto en sí mismo, siendo el segundo – parte contractual – distinto, lo que no quiere decir que en algún momento no coincidan y se pueda entender al sujeto contractual como parte contractual.

Messineo (1986, p. 74), indica que “una parte contractual constituye un centro de intereses, que normalmente es integrada por una sola persona, sea natural o jurídica”, pero cuando a un centro de intereses se integren dos personas o más, se le podría denominar parte compleja, también unisubjetiva o plurisubjetiva, en el ejemplo de que existan varios compradores de un mismo bien, seguirán constituyendo una sola parte.

Para que pueda denominarse así a uno o varios sujetos que formen una sola parte o constituyen un solo centro de intereses respecto de otra, es necesario que de por medio exista el acuerdo de las partes, lo que se traduce en el contrato mismo, de ahí que sea importante el consenso por el cual dos o más partes se obligan, lo mismo que también se extrae del artículo 1351° del Código Civil, se aclara esto, pues podría suceder una relación jurídica de carácter patrimonial que no necesariamente se derive de un acuerdo de voluntades, por lo que en este caso no podrían denominarse partes contractuales, tal es el caso de la indemnización a causa de un accidente, etc.

De La Puente y Lavalle (2007) hace la aclaración de que aunque las partes están compuestas por una o más personas y las mismas a su vez relacionadas entre ellas por los mismos centros de intereses, dependiendo la calidad de que parte acrediten, no puede si quiera afirmarse que estos centros de intereses o centro de interés sea el titular de los derechos y obligaciones creados por el contrato, por lo que no puede considerarse que sea la parte contractual, pues es evidente que carecen de personalidad, una situación abstracta que no esté dotada de derecho y obligaciones.

Entonces, los que constituirán la parte contractual serán las personas en sentido estricto, siendo estos últimos los titulares de tal característica y por consiguiente de los efectos que genere el contrato, ya sea como derecho, ya sea como obligaciones o ambos, si se trata de un contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas, asumidos a título personal por los partícipes que cuando constituyen una parte, cualquiera que esta sea, manifiestan una sola voluntad por así decirlo, expresado con un propio centro de intereses, ya de la parte contractual.

Volviendo al ejemplo de los copropietarios, para que puedan vender un inmueble en su totalidad, todos ellos deben ponerse de acuerdo para constituirse en la parte contractual vendedora, ese acto previo no constituye negocio jurídico alguno, pues consideramos que no cumpliría con algunos elementos reales, primero porque, entre sí, no están liberando o contrayendo derechos, ni obligaciones; segundo porque ese acuerdo no está provisto por una prestación, tampoco por una contraprestación. Entonces, no basta con que entre estas personas se comprometan a formar una parte contractual, es más, si decidieran declinarse antes de que se realice el contrato de compraventa, no se podría ejercer acción alguna que los obligue en sujeción la parte compradora.

Consecuentemente, tenemos que, existe un acuerdo complejo como lo denomina De La Puente, por medio del cual los sujetos de derecho se constituyen en una de las partes contractuales que participará en el contrato, dichas personas mantener un solo centro de intereses, aunque no tengan los mismos intereses exactamente iguales, de esta manera deberán uniformizar y conciliar estos intereses y expresarlos de una forma que pueda dar origen al contrato.

Por otro lado, los centros de intereses de una parte y la otra – parte compradora y vendedora del ejemplo – sean diferentes, lo cual es simple de explicar, pues es evidente que si una parte quiere vender y la otra comprar, se trata de intereses opuestos de una con la otra parte, pero si bien contrapuestos, estos deben conciliar sus intereses y mediante las tratativas llevadas a cabo, puedan llegar a un consenso para poder formar el contrato, pues es obvio que una parte querrá vender a un precio más alto de lo que quiere comprar la otra parte, pero es importante conciliar las posturas para que ambas satisfagan sus intereses y se beneficien entre ellas, a través del contrato. Lo ideal sería que ambas partes manifiesten comprar y vender respectivamente a un mismo precio, hecho más difícil de presentarse, pero que puede acontecer.

2.3.2.1.2. Pluralidad de Partes.

El artículo 1351° del Código Civil (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014), establece que un contrato es el acuerdo de dos o más partes (...), entonces se entiende que en su composición no se restringe la participación de solos dos partes, es decir dos centros de intereses específicos contrapuestos y conciliados a la vez, sino por el contrario se

presume la existencia de más centros de intereses o como otro sector de la doctrina lo denomina, más de dos voluntades declaradas.

Pocos son los autores que hacen una distinción relativamente profunda, porque en la práctica existen pocos ejemplos de contratos o actos jurídicos que revistan en su estructura la pluralidad de partes y la mayoría manifiesta que un contrato puede ser bilateral o plurilateral, siendo este último el género y el primero la especie, si se quiere más allá se hace alusión a un concepto más generalizado, esto es el negocio jurídico, donde también se incluyen en su clasificación a los negocios jurídicos unilaterales.

Por otro lado, Messineo (1986) aclara que la pluralidad de las partes se puede dar *ab initio* o después de la formación del contrato, también asevera que la pluralidad de las partes es una especie de la bilateralidad, en efecto, para constituir un contrato se necesita como mínimo dos partes, por lo mismo que constituye un elemento esencial para la formación del mismo, en sentido contrario, si se formase un contrato con pluralidad de partes, es válido, pero no es un elemento esencial. Además, considera que persiguen un fin común, pero se manifiesta como un acto colectivo, de carácter negocial, pero que no es una figura contractual:

No se niega que puedan entrar varias partes a constituir un negocio jurídico (negocio plurilateral); se niega que, en este caso, ellas realicen un contrato (plurilateral). Y se niega, *no es el hecho concreto*, sino la difundida construcción de la misma (Messineo, 1986, pp. 76,77).

Al respecto, debemos decir que coincidimos con el maestro, en el primer punto, en cuanto a que la pluralidad no reviste un elemento esencial del contrato, ya que fácilmente se puede constituir un contrato, a través de la bilateralidad, y uno plurilateral sería una especie particular del contrato en general. Pero, no concordamos con la idea de quitarle la categoría de contrato y solo considerarlo como un acto colectivo negocial, pues el dinamismo y

desarrollo económico actual sugiere el incremento de tipos de contratos que no tienen una regulación especial, pero aun contienen los elementos para ser denominados como corresponde, incluso más adelante el propio Messineo, afirma que la pluralidad de las partes podría darse tan solo en los contratos asociativos, mas no en los de cambio, con lo que en su momento confirmó implícitamente el carácter contractual, de un acuerdo de más de dos partes.

Como ejemplos, podemos tomar el caso de contrato de préstamo, donde Ticio contrae una obligación frente a Sempronio, para que Ticio pague como prestación la suma de S/. 10,000 soles, pero antes de que se forme el contrato, Sempronio no manifiesta su consentimiento por tener temor que Ticio no cumpla con la prestación debida, motivo por el cuál solicita la participación de otra parte que garantice su deuda, de tal forma se incluye a Cayo en el contrato, quien se constituirá en garante para dar confiabilidad a Sempronio y en caso de incumplimiento pueda accionar contra el patrimonio de Cayo, si el de Ticio no fuese suficiente para cubrir la deuda.

Como se puede ver en el ejemplo, aunque la figura en un inicio parezca simple, no solo participan dos partes en un contrato, sino tres constituyendo de esta forma un contrato plurilateral, donde existen diferentes centros de intereses que finalmente se concilian por las condiciones acaecidas, sin que se altere la configuración de dicho contrato en ningún sentido, así A tiene el interés de contar con liquidez inmediata que B le facilitará, quien a su vez tiene el interés de que en el plazo dado y bajo las condiciones expresadas en el contrato A cumpla con su obligación y finalmente el interés de C de garantizar el cumplimiento de la obligación a cargo de A, sea por los motivos que permitan su participación en la formación del contrato en cuestión.

2.3.2.1.3. Capacidad de los Contratantes.

En todo negocio jurídico, es indispensable que el agente ostente capacidad para estar inmerso en la relación jurídica, tal como lo prevé el artículo 140° del Código Civil, elemento esencial que sanciona con la nulidad el acto jurídico, cuando el agente carece de dicha condición, tal cual lo prevé el artículo 219° inciso 2), que a su vez nos remite al artículo 1358° del mismo cuerpo normativo.

Aquí, no solo se habla de la capacidad jurídica, también denominada capacidad de goce, que es la medida de la idoneidad de un sujeto para ser titular de relaciones jurídicas, sino también de la capacidad de ejercicio, que es la condición para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de dichas relaciones, como se ve no alude solamente a las relaciones jurídicas patrimoniales - contratos - sino a todas las relaciones que rige el Derecho (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 283).

En tal sentido, “es la capacidad de ejercicio que nos corresponde analizar ahora, definida como la aptitud que tienen los sujetos para ejercer sus derechos subjetivos o en general, las situaciones jurídicas de las que es titular” (Avendaño, 2013, p. 70). Se tiene como regla general, que quienes gozan de capacidad de ejercicio son las personas que hayan cumplido dieciocho años, salvo las excepciones, que por cierto no existían en el Código Civil de 1936, donde sancionaba con la nulidad cualquier acto jurídico practicado por incapaz absoluto.

La capacidad de contratar es una subespecie de la capacidad de ejercicio o de obrar, donde los sujetos de derecho, determinan y contraen por si mismos el contrato, sin necesidad de la asistencia de otro, entendiendo los casos en los que por elección - personas naturales - o por necesidad - persona jurídica - se actúe, a través de representante.

La capacidad de obrar, de ejercicio, donde se incluye la capacidad de contratar, se subdivide en:

- Capacidad general plena; donde el sujeto realiza toda clase de actos.
- Capacidad general atenuada; donde el sujeto puede realizar toda clase de actos, pero en algunos necesitan la participación de terceros, quienes pueden ser padres, jueces, etc.
- Capacidad especial plena; donde no pueden realizar toda clase de actos, sino solo determinados previstos por ley.
- Capacidad especial atenuada; donde el sujeto realiza determinados actos que necesitan la participación de terceros.

2.3.2.1.4. Contratación de los incapaces

Existen dos tipos de incapacidad: los incapaces absolutos y los incapaces relativos.

Los primeros son los establecidos en el artículo 43° del Código Civil considerando a los menores de dieciséis años de edad, a excepción de los mayores de catorce que contraen matrimonio u obtienen un título oficial que los autorice ejercer una profesión y oficio, pero tendrán capacidad de ejercicio solo en los casos que prevé la norma, no incluyéndose la capacidad de contratar, por otro lado quienes tienen dieciséis años y menos de dieciocho y se encuentran bajo los parámetros de esta disposición, si adquieren la capacidad de ejercicio plena, incluyendo la de contratar.

Y los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento - entendiéndose que discernir es distinguir una cosa de otra, señalando las diferencias que hay

entre ellas, como también la facultad de distinguir entre el bien y el mal, y las consecuencias de los actos propios.

Quien obra sin discernimiento absoluto no puede darse cuenta del alcance, del valor ni de las consecuencias de las acciones que realiza. Es el caso de los menores y de los que sufren enajenación mental. Esa falta de discernimiento hace que, dentro del ámbito del Derecho Civil, sean nulos o anulables, según los casos, los actos jurídicos que se realizan en tales condiciones (Ossorio, s.f., p. 334).

En segundo lugar, tenemos a los incapaces relativos, donde se encuentran los menores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad; los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurren en mala gestión; los ebrios habituales; los toxicómanos y los que sufren pena que lleva la interdicción civil.

Como se ve la incapacidad relativa, se denomina así porque puede variar el estado de incapacidad y constituyen limitaciones que el sujeto puede superar, ya sea por mérito propio, sea por un tratamiento y colaboración de terceros, por tanto, mientras dure el estado de incapacidad, la capacidad de contratar y la propia capacidad de ejercicio se ven restringidas.

Como en la parte del acto jurídico en el Código Civil, se especifica como requisito de validez la capacidad de las partes, en el artículo 1358°, ya en la parte de los contratos parte general, se establece que; “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 481).

Es de notarse que, los menores de 18 años, por regla general, son incapaces relativos, lo que nos lleva a poder entender, en principio que no pueden llevar celebrar contratos, pero

en la práctica, por la constante y necesaria interrelación entre los miembros de la sociedad, se ha puesto en evidencia durante el pasar del tiempo que un contrato no es aquel que conste en un papel o aquel donde se realicen transacciones considerables.

Por el contrario la práctica social, ha creado la necesidad de una mayor participación de los sujetos en la vida económica de su esfera personal y social, lo que ha conllevado de la mano el desarrollo de los Estados, el intercambio mercantil se presenta respecto a todo aquello que es valorable patrimonialmente, sin importar el monto del valor del bien y/o servicio, he ahí la presencia de los contratos en la vida cotidiana de todos los seres humanos, de cualquier edad y posición, muchas veces desconocido terminológicamente, pero practicado a diario al fin y al cabo.

Entonces, el artículo 1358° encuentra una razonable justificación, dándole plena validez a los contratos contraídos por los incapaces no privados de discernimiento, relacionados a las necesidades básicas de su vida diaria, incluyéndose a los incapaces absolutos o relativos, solamente haciendo necesaria la capacidad de discernir, denominada capacidad especial plena, porque pueden realizar determinados actos, sin que se requiera la participación de algún tercero.

La doctrina denomina a esta clase de actos como “pequeños contratos”, dotados a nuestro parecer, solo de reconocimiento legal con el Código Civil de 1984, pero con reconocimiento factico ya hace mucho tiempo atrás, lo cual no disminuye la importancia al aporte normativo que se ha hecho respecto de los “pequeños contratos”, donde tácitamente se aclara también que se trata de la adquisición de pequeñas cantidades de mercadería o de servicios de uso común y de costos limitados.

Tal como afirma Ferrara, citado en De La Puente y Lavalle, 2007 (p. 287) que no solo servirá en este punto sino también en el tema central, es importante que el derecho regule las

relaciones intersubjetivas que se presentan cotidianamente en la vida social de todas las personas y no solo presentar instituciones jurídicas que no se adecuan a una realidad específica, lo cual las hace poco útiles y por tanto deben corregirse:

Si no queremos caer en la acertada crítica que alguna vez se ha hecho: ‘es un jurista: deduce, pero no observa’. Es decir, no ve alrededor de sí mismo, lo que ocurre en la vida diurna y se limita a establecer ‘principios’ y ‘corolarios’ como en pleno campo geométrico, incurriéndose en las exageraciones de toda doctrina meramente conceptual’ Ferrara, citado en (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 287).

Volviendo específicamente al punto en discusión, estos contratos, como afirma Borda, no son actos nulos pero tolerados, sino son actos lícitos, porque responden a necesidades ineludibles que aún se encontrarán prohibidos en el ordenamiento jurídico, seguirían cumpliéndose.

Para ello se deben tener en cuenta, las necesidades propias de cada edad y condición que tenga el incapaz contratante, pueden ser por edad, por algún detrimento psíquico, físico u otras, con lo cual se evaluará la necesidad ordinaria de cada uno de ellos.

Se incluye en estos, las necesidades que permitan el desarrollo ordinario de cada persona, en educación, recreación, vestido, deporte, alimentación, transporte, entre otros.

2.3.2.1. *El consentimiento.*

El segundo, pero quizás el elemento más importante de todo contrato, también denominado consensualismo contractual de las partes, parte constituyente del acuerdo, el mismo que puede ser entendido como la totalidad del contrato, incluso sinónimo de contrato.

El consentimiento tiene una relación estrecha con la voluntad, en cuanto que la primera es expresión de la segunda, es decir la voluntad declarada, tanto por parte del acreedor traducida en la oferta, cuanto la del deudor traducida la aceptación.

La importancia de este elemento ha llevado a mencionar por muchos autores que el contrato es el consenso entre las partes, respecto a un objeto determinado o determinable.

Messineo (1986) menciona que en el elemento consentimiento ingresa siempre el elemento voluntad, como una declaración unilateral.

Por las razones explicadas a continuación, denomina un *quid* - aspecto en que reside la importancia de algo - complejo, primero porque emana expresa o tácitamente de dos centros de interés, negando la ocurrencia de violencia física, la concurrencia de algún vicio que altere el consentimiento, porque estos vicios alteran jurídicamente el elemento consensualista, en cuanto hay una divergencia entre la voluntad interior y la voluntad exteriorizada, por consiguiente al ser el consentimiento la resultante de las declaraciones de voluntad, no puede considerarse jurídicamente formado.

Segundo, dice que la declaración no solo debe emitirse con la relación de correspondencia entre las voluntades, sino que de la misma forma tiene que ser notificada a la contraparte, para que la conozca tal cual se emitió, lo mismo ocurre con la declaración expedida por la otra parte. Aquí ya vemos necesario hacer hincapié en el carácter recepticio de la declaración, o sea para que sea válida debe dirigirse a otro sujeto, es decir al proponente, pero también la propuesta – y hace la salvedad de la oferta dirigida “al público” – debe dirigirse a un sujeto determinado.

En tercer lugar, aclara que con el intercambio de las declaraciones de voluntad no se ha producido el consentimiento, previamente las dos declaraciones deben combinarse, en el

sentido de integrarse recíprocamente. En la legislación italiana como peruana, el consentimiento se identifica con la llamada voluntad contractual, común intención o voluntad objetiva, teóricamente no es cierto en sentido estricto, ya que las declaraciones no se tratan de lo que ambas partes quieren sea lo mismo, sino que cuando se ha formado el consentimiento lo que una parte entiende dar, hacer o no hacer, la otra entiende que se le dé, que se haga a su favor o que no se haga a su favor, más cuando se trata de prestaciones recíprocas.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa, el vendedor querrá despojarse del bien y recibir una contraprestación en dinero o especies, y el comprador querrá obtener la titularidad de bien y otorgar un pago como contraprestación. Y si esto es cierto, no es menos cierto que a estas actitudes, corresponden dos diversas voluntades, pues la identidad de voluntades no sucede en el contrato, sino que es propio del acto colectivo, en el ejemplo de compraventa, si las dos partes tuvieran voluntades idénticas, o existirían dos vendedores o dos compradores, mas no dos partes contrapuestas que intentan integrar recíprocamente sus voluntades, por lo tanto no se podría formar un contrato donde se deben complementar, teniendo cada una de ellas en sí lo que le falta a la otra, dicha identidad se podría manifestar cuando existen varias personas que constituyen la parte vendedora o compradora, en tanto expresan la misma voluntad de comprar o vender.

Cuarto, las declaraciones de voluntad en el contrato se implican mutuamente, en el sentido que una no tiene valor jurídico sin presuponer la otra, lo cual como bien lo menciona Messineo sin que sea necesaria una mayor explicación, la propuesta a la que no siga la aceptación, queda en mera *tentativa* de contrato y la aceptación a una propuesta simplemente imaginada cae en el vacío.

El quinto motivo por el que considera una *quid* compleja al consentimiento, radica en la contraposición de lo afirmado en cuanto a que el consentimiento resulta del encuentro de

las declaraciones, es decir que acontece en base a lo que el destinatario, de acuerdo a las circunstancias específicas, debe entender como significado de la declaración del cual tuvo conocimiento, en consecuencia no vale la voluntad real, sino lo que el destinatario podía reconocer como voluntad real del emisor, lo cual podría distar de la primera, en otras palabras, las partes pueden entender o darle un significado diferente, sea por los motivos que fuesen – por eso se dice que depende de las circunstancias – a la voluntad querida y no solo querida, porque se podría entender como la voluntad interna, sino la voluntad emitida.

Teniendo como resultado que no es suficiente el encuentro de las declaraciones para la formación del contrato, sino también de las voluntades, he ahí donde radica la formación regular del contrato, donde no debería existir la posibilidad de impugnar el contrato, lo que, si ocurriría en el caso de que solo confluyan las declaraciones, mas no las voluntades de las partes.

En efecto, lo dicho por Messineo es correcto, pero esto sucede como forma de un anhelo, en un contexto ideal en el que se permita entender de forma exacta la voluntad de las partes, debido a que en la práctica se puede ver que ya sea por la inexactitud de alguna de las partes al momento de realizar la declaración de la voluntad, por la forma, por el medio, por la ambigüedad u otras razones que puedan alterar ésta voluntad, se forma un contrato en base a entendimientos que discrepan de la voluntad real, lo cual genera que la formación del contrato sea defectuosa y esto a su vez ocasiona el cuestionamiento de la validez del contrato o de los términos contractuales, por lo que será siempre necesario evaluar cada caso en concreto para determinar una interpretación lo más cercana posible a lo realmente querido por las partes, siendo necesarios los mecanismo adecuados establecidos en el ordenamiento jurídico.

Por último, resalta la necesidad de la presencia de conciencia para que el consentimiento se haya formado, de no existir o al ser la conciencia contraria, el contrato se consideraría por las partes como no perfeccionado y vendría a ser letra muerta, es decir incumplido.

En concordancia con lo afirmado por lo dicho por el gran jurista en cuestión y en uso técnico de la institución, el consentimiento es un hecho esencialmente bilateral (*cum sentire* y *in idem placitum consensus* que aluden a la dualidad o pluralidad de participantes).

Por otro lado, tenemos que, al darle una interpretación literal de la terminología griega proveniente del consentimiento, “(de *cum sentire*) puede considerarse como el común sentimiento o la voluntad común de dos o más personas” (Diez-Picazo, 2007, p. 147).

Diez Picazo, agrega en un sentido coincidente con lo ya dicho por Messineo que: a) la voluntad interna e individual de las partes puede entenderse como el querer de cada uno de los sujetos y la motivación que guía a ese querer; b) la declaración emitida por cada uno de los contratantes como proyección de la voluntad interna, es conocida o inducida por la contraparte o terceros ajenos a la relación jurídica; y c) la base más profunda del contrato es aquella zona de coincidencia de las dos o más voluntades declaradas, lo que se denomina como la voluntad común o intención común, en el caso de que no coincidiesen habría disensión o desacuerdo, mas no contrato.

2.3.2.1.1. *Declaración Expresa y Tácita*

Hasta aquí, como se puede ver, pese a que Messineo desarrolla más criterios a tomar en cuenta sobre el consentimiento, importantes de mencionar, Diez Picazo, también considera la importancia de la voluntad interna, la declaración o expresión de esta voluntad y la

coincidencia o como lo diría el primer autor la correspondencia de las voluntades exteriorizadas por las partes, es decir de la oferta y la aceptación básicamente.

El citado autor, recalca la importancia del consentimiento de las partes, pero no solo se refiere a la voluntad misma, sino que hace ahínco en las formas en la que es declarada, – en este punto queda claro que si la voluntad no es declarada y conocida por las partes, como corresponda, no podrá existir la coincidencia y correspondencia de estas, por tanto no existirá contrato, pues no se podría sostener que la formación de una relación de este tipo donde las partes no tengan o no manifiesten su intención de contratar de acuerdo a los centros de interés – así, la declaración puede ser expresa o tácita.

La declaración expresa es aquella que el declarante comunica su voluntad a la contraparte por un medio idóneo, sea por medio verbal, escrito o por la expresión de determinados signos inequívocos que permitan la comunicación, se incluyen también las señas corporales.

La declaración tácita en cambio, es cuando “una persona realiza un determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que, sin declarar abiertamente ni manifestar voluntad alguna, permite inducir o inferir que tal voluntad existe o presupone necesariamente” (Diez-Picazo, 2007, p. 149).

La manifestación de voluntad tácita puede ser un tanto confusa, para citar algunos ejemplos, la misma puede suceder cuando, quien antes de pagar por un producto inicia su consumo, con ésta actitud está manifestando su conformidad de consumir el acto contractual, pese a que no hizo manifestación de voluntad expresa alguna; aquel arrendatario que paga una renta mensual total por 1 año, cuando en el contrato primigenio se estableció una duración de 6 meses y dicho pago es aceptado por el arrendador, se intuye que ambos están modificando el plazo del contrato de arrendamiento sin que hayan expresado la extensión del

mismo. Cuando luego de vencido el contrato, el arrendatario sigue en posesión del bien y el arrendador lo permite, se renueva automáticamente.

Otro caso de manifestación tácita es establecido en el artículo 802° del Código Civil, en lo que se refiere al testamento, ahí se establece que el testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario. Como se puede ver, no es necesario que el testador manifieste su voluntad expresamente de revocar el testamento, sino con el solo comportamiento (manifestación de voluntad tácita) extingue el acto jurídico que en un primer momento había formado.

La forma de declaración o manifestación de voluntad como el Código Civil lo legisla en el libro concerniente al Acto Jurídico, en el artículo 141° se dispone:

La manifestación puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando se realiza de forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual o mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere de una actitud o de circunstancias de comportamiento de revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 128)

La manifestación de voluntad expresa y tácita son aplicables a los contratos, siempre y cuando la ley e incluso el mismo contrato, acuerdo o convenio previo no proscriban el uso de alguna de aquellas, la exigencia de la forma de manifestación de voluntad vendría a ser un requisito *ad solemnitatem*, en caso contrario será *ad probationem*, de cualquiera de las dos formas se evaluará la validez del contrato.

Es difícil encontrar en la legislación peruana una norma donde para la validez de un contrato se requiera de forma específica el uso de la manifestación de voluntad expresa o tácita, pero un ejemplo de ello se presenta en el artículo 1623° y 1624° del Código Civil que regula la donación de bienes muebles, donde se pone de manifiesto que la donación puede ser verbal cuando su valor no exceda el 25% de la UIT al momento de celebrarse el contrato y de forma escrita con fecha cierta, bajo sanción de nulidad cuando sobrepase ese monto, en ambos casos existe la obligación para que la donación sea expresa.

Siguiendo con la donación, el artículo 1625° del mismo cuerpo normativo establece que la donación de bienes inmuebles se debe hacer por escritura pública, bajo sanción de nulidad, en este caso si bien no se menciona específicamente que se requiere que la manifestación de voluntad sea expresa, se infiere que al ser la escritura pública un acto protocolar necesariamente escrito y este a su vez es una manifestación de voluntad expresa, consecuentemente el contrato de donación debe tener esta calidad para que sea válido (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014).

2.3.2.1.2. *El Silencio*

Esta figura no es entendida bajo la idea de consentimiento tácito o expreso, el rol que puede cumplir el silencio para considerarse como una suerte de asentimiento o negación en la procedencia de una relación contractual, dependerá del ordenamiento jurídico.

En el Derecho Romano la regla respecto al silencio era *qui tacet, non utique fatetur* (quien calla no confiesa), en cambio en el Derecho Canónico se sostenía *qui tacet consintere debet* (quien calle consiente) (Ovsejevich, 1971, p. 10)

Así en nuestro Código Civil Peruano, en el libro de Acto Jurídico se regula de forma general al silencio, el mismo que no tiene una consideración importante, ya que no le otorga,

ni le quita validez alguna en sentido propio, sino que solo hace una simple alusión de su posible validez, ya que en el artículo 142º se establece que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen tal efecto.

Entonces, en ese sentido del artículo mencionado se desprende lo siguiente: a) el silencio como manifestación de voluntad puede importar afirmación o negación; b) la aplicación del silencio como consentimiento dependerá de una disposición de orden público o en su defecto por un convenio - donde se incluyen los contratos por ser su especie – preestablecido por las partes; y c) la ley o el convenio determinará la especificidad de los casos en los que se aplicará el silencio como manifestación de voluntad.

Por ejemplo, se da valor legislativo al silencio, cuando el artículo 1258º establece que si el deudor de varias obligaciones hace un pago, sin indicar a cuál de las deudas debe imputarse, se hará tal imputación a la menos garantizada o a la más onerosa para el deudor o a la más antigua, según sea el caso, por consiguiente sin que medie manifestación de voluntad alguna, la ley le otorga un valor al silencio del deudor, lo que es permitido precisamente por el artículo anterior en comentario.

a) Postura Negativa

Al igual que la teoría positiva adquiere una postura extrema o radical, pues aquí no se puede decir que el silencio tenga connotación alguna en cuestión de efectos contractuales, es decir que no importa ninguna manifestación, lo que en el término latín se dice *qui tacet non utique fatetur* y “el silencio, en rigor, más que una declaración de voluntad es una omisión de declaración” (Diez-Picazo, 2007, p. 150).

b) Postura Intermedia

La presente postura o teoría es la aplicada por el sistema jurídico peruano, como se puede desprender de lo prescrito en el artículo 142° del Código Civil, la aplicación del silencio como manifestación de voluntad dependerá únicamente de cada caso en concreto, de acuerdo a lo que se pactó, a lo que determinada norma especifique y cuando por la hipótesis en cuestión se otorga una valoración objetiva como consecuencia de la conducta de no manifestar nada expresa o tácitamente.

Para realizar una adecuada valoración del supuesto de hecho de un caso concreto, tomaremos como referencia los criterios de orientación realizados por (Diez-Picazo, 2007, pág. 151).

- i) No es lícito que el oferente de un contrato establezca sin más que de no recibir contestación considerará aceptada la oferta. En tal caso, el destinatario de la oferta no tiene ningún deber de declarar.
- ii) El silencio puede ser considerado como una tacita aceptación o como una tacita aquiescencia en todos aquellos casos en los cuales las exigencias de la buena fe y el sentido objetivo del comportamiento permitan esta conclusión. En tales casos existe el deber de romper el servicio para dar a éste otra interpretación.
- iii) La conclusión anterior debe adaptarse de acuerdo a las circunstancias del caso y valorando de manera muy especial si existen o no entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios; cuáles era entre los contratantes sus usos particulares respecto del modo de valoración del silencio y cuáles son, dentro del mismo marco, los usos generales del tráfico en el ramo de negocios de que se trate.

En esa línea, además de la predisposición necesaria que pueda establecer una ley o un convenio previo a la valoración del silencio como manifestación de voluntad, en esta postura se valora además, el caso concreto en el que su consideración quedará sujeta a los criterios orientadores antes mencionados, sin limitarse a una interpretación del hecho, sino que se deben tomar en cuenta las circunstancias que se circunscriben a él, como la relación contractual que se mantenga entre las partes y es que de tal forma se evidenciará el valor que pueda tener el silencio, sea como manifestación de voluntad o silencio propiamente dicho.

c) Postura Positiva

En contraposición a la teoría negativa, la teoría positiva si admite al silencio como manifestación de voluntad, porque se dice que en muchas ocasiones el silencio significa un asentimiento o aquiescencia tácita a lo manifestado o declarado por otro, es decir que el que calla otorga o en todo caso parece consentir *quit tacet consenitre videtur* (Diez-Picazo, 2007).

A nuestra consideración es una teoría que ha perdido notoriedad y respaldo lógico, pues no se podría entender el silencio como aquiescencia, si no se ha determinado tales efectos anteriormente o de las peculiaridades del caso se comprendan tales efectos.

2.3.2.1.3. Teorías del Consentimiento

Como correctamente afirma De La Puente y Lavalle (2007) existe una controversia entre la voluntad interna – a la que denominaremos solamente como voluntad en el actual acápite - y la declaración de ella, tanto que en la doctrina jurídica se han desarrollado una serie de teorías que intentan justificar la importancia y en algunos casos la sobrevaloración de la voluntad, respecto a la declaración, viceversa o una mistura, donde se las equipara dándoseles el mismo valor, teniendo como unidad conceptual al consentimiento como la coincidencia, correspondencia, etc. de las voluntades declaradas.

a) *Teoría de la Voluntad*

De origen Francés, es la teoría más antigua del consentimiento y es donde se da un mayor valor a la voluntad, por eso se le denomina voluntad real o común, debido a que trata de lo que el individuo quiere realmente, es decir lo que se forma en la *psique*, es su voluntad propia, intacta, que por consideraciones esencialmente personales, el sujeto se orienta por la voluntad de hacer, dar o no hacer algo específico y no otra cosa.

Se considera que la declaración es solo un medio el cual la voluntad es manifestada, para que sea conocida por los demás, ya que la esencia de todo contrato es la voluntad y en efecto, es gracias a esta voluntad que dos o más partes se constituyen para dar origen, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Tal es la importancia que se le da a la voluntad, que se sostiene que cuando exista un conflicto entre la voluntad y la declaración, debe prevalecer la primera sobre la segunda, pero definirlo así, se vería una importancia superficial, lo cual sería inadecuado. El motivo principal por el que se le da una mayor importancia a la voluntad, es porque está orientada a la protección de los contratantes, debido a que no se podría dar por válido un contrato, cuando las partes no expresaron lo que realmente querían o al presentarse la controversia mencionada, se le otorgue una mayor validez a la declaración, cuando ésta pudo haber tenido alteraciones en el proceso interno de su formación de la personalidad de quien declaró lo supuestamente querido.

Es cierto que no se puede contratar cuando no se expresa la voluntad de querer hacerlo, pero no se debe dejar de lado a la voluntad, en tanto es bastante complicado poder determinar – cuando no hay causas manifiestas – que lo expresado por alguien no es lo que realmente quiso, debiendo tenerse un punto de equilibrio. En esta tesis, se recurre

estrictamente a la idea del contrato como acuerdo de voluntades, criterio erróneo que compartimos con Mario Castillo Freyre.

b) Teoría de la Declaración

Esta es la contraposición de la primera teoría, denominada teoría objetiva de origen alemán, en casos de discrepancia prima la declaración de la voluntad, es decir el criterio objetivo del proceso formativo del consentimiento.

Se recalca, no se prescinde de la voluntad, sino que se prioriza la preeminencia de lo declarado frente a lo “querido”, apartado entre comillas, porque aquí se entiende que un sujeto expresa lo que interiormente desea.

Se dice que esta teoría es protegida por el ordenamiento jurídico, toda vez que le da la facultad a los sujetos de reglar las relaciones entre sí y es esta facultad que se transmite, a través de la expresión de la voluntad, de ahí la prevalencia de la declaración de la voluntad, de esta forma se invierten los papeles, privilegiándose en este caso a “el expresar” sobre “el pensar”.

Aunque en estas dos primeras teorías, se opta por dos posturas radicales y pese a que no son totalmente excluyentes de su elemento primordial en una o en la otra, consideramos que entre las dos, la teoría de la declaración es más racional para darle validez a un contrato, debido a que es inviable que se discrimine una determinada declaración, al ser expresión de lo que un sujeto dice querer, ya que bastaría la simple negación de la declaración como resultado equivoco de lo que en verdad se quiere.

Frente a estas posturas, han surgido dos criterios adicionales que tratan establecer un análisis más cercano a la realidad para determinar la validez del contrato respecto a la formación del consentimiento.

c) Teoría de la Responsabilidad

Tiene una cierta relación con la teoría de la declaración por el carácter objetivo, pero no se trata de la simple preponderancia de la declaración en caso de controversia, sino que ataca a la personalidad del declarante, así el declarante será responsable de lo que el mismo declara.

Cada uno se hace responsable de sus actos, específicamente de su declaración de voluntad, en ese sentido “el principio de la responsabilidad permite a cada uno de nosotros introducirse en el tráfico jurídico sin correr riesgos por hechos ajenos” (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 114), riesgo que no se debería asumir por responsabilidad de otro, o como lo denominan otros autores, el principio de la autoresponsabilidad, que señala que quien introduce declaraciones negociales en la esfera de las transacciones patrimoniales, es responsable de los mismos y por ende las consecuencias de dicha declaración serán asumidas por él.

Ahora, la asunción de las consecuencias tampoco puede negarse a la posibilidad de la existencia de vicios que perjudique la declaración del sujeto, es aquí donde entran a tallar los denominados vicios de la voluntad.

Por ende, si alguien declara algo con dolo o culpa, será responsable de las consecuencias que acarree tal declaración, pero si existe error en la declaración o instigación de un tercero para que el otro manifieste una declaración que no es de su voluntad propia – lo cual debe ser demostrable – solo en esos casos, el declarante no podría ser responsable por cuestiones lógicas, “Si se fue torpe o irresponsable o simplemente no se fue diligente y por ello su voluntad y su declaración no coinciden, no se merece protección por parte del ordenamiento jurídico” (Castillo, 2016, pág. 66).

d) Teoría de la Confianza

En la teoría de la responsabilidad se protege a la parte que no cometió el error al momento de la declaración o que en todo caso fue diligente al momento de la expedición.

De esta manera, nace la teoría de la confianza que manifiesta que la declaración de una de las partes será protegida, cuando genera una confianza razonable en la otra (destinatario), confianza que radica en la claridad, objetividad y seriedad de la declaración.

Se habla aquí de la buena fe, sancionando con la ineficacia al contrato que se creó en base a una declaración no confiable por la contraparte, contrario sensu el destinatario le da la validez que corresponde cuando la declaración ha sido presentada como verosímil.

(...) la prevalencia de la declaración no está basada tanto en su propio valor, sino en la confianza y en la buena fe de los destinatarios de ella, quienes lo único que conocen es la declaración y confían que ella responda a la voluntad real. Si por determinadas circunstancias no es dable o racional que los destinatarios confíen en la declaración, ésta debe ser descartada, condenada a la ineficacia (De la Puente y Lavalle, 2001, p. 97).

e) Postura

Las teorías del consentimiento, que no se agotan en las descritas en el presente estudio, pero citadas al fin y al cabo por considerárselas las más importantes, tienen posturas diferentes, pero al mismo tiempo cuenta con criterios unificadores y son solo matices los que distinguen una de las otras.

Debemos partir de la siguiente premisa: el consentimiento es la coincidencia de las voluntades, pero las voluntades no son un conceptos aislados y únicos, sino una voluntad es

la confluencia a la vez de la voluntad interna y de la exteriorización de la voluntad, en tanto es un proceso interno por el que se manifiesta alguna intención específica, al ser considerados aisladamente, en definitiva se dará la preponderancia de una sobre la otra, es así como nacen las teorías francesa de la voluntad y la teoría alemana de la declaración.

Entonces, para formar un contrato, se necesita de las partes: lo querido y lo expresado, no se puede considerar a la voluntad interna más importante que la voluntad declarada, pero si se puede y debe considerar como sancionable la discrepancia entre una y otra, pero no basándonos en criterios radicales, sino en cuestiones conciliadoras como las teorías de la responsabilidad y de la confianza.

Descartando las teorías de la voluntad y la declaración, se debe optar por la postura menos perjudicial y lo más objetiva posible, en relación con los hechos reales que suceden en este ámbito, porque un contrato es la relación jurídica patrimonial de dos o más partes donde la manifestación de voluntad tiene una vital importancia para la consecución de sus fines.

En ese sentido, consideramos que la más idónea resulta ser la teoría de la responsabilidad, en contraposición al de la confianza, en donde radica el criterio de la confianza a consideración del destinatario, se puede decir que no resulta tan fácil el ingreso a la esfera subjetiva de la voluntad de un sujeto para conocer lo que realmente quiere si éste a su vez no lo desea, es cierto que las circunstancias que rodean la declaración podrían facilitar tal conocimiento, pero esto no es determinante, toda vez que aquí se debe verificar la percepción de cada sujeto, que podría ser distorsionada, por tanto la validez de una declaración no puede radicar solamente en lo que el destinatario cree percibir, aun cuando su percepción se sustente en la buena fe.

En todo caso, se le da preponderancia a la discrecionalidad del destinatario, cuando tenga o no justificaciones de confiabilidad en la declaración, es decir, si él no considera que

es una declaración que exprese la real voluntad del emisor, podrá sancionarse como ineficaz, porque la claridad, objetividad y seriedad de la declaración podría variar de un destinatario a otro, por la simple explicación que radica en las variantes percepciones que pueden tener los sujetos, de acuerdo a circunstancias externas o internas que en su personalidad se puedan presentar y en ese sentido como se podría considerar si una declaración es confiable (clara, objetiva y seria), cuando el concepto de los criterios expuestos pueden tener una concepción diferente a la que se quisiera expresar.

Básicamente se habla de la buena fe como principio rector de la teoría de la confianza, así considera (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 116) al decir que:

La mayoría de los ordenamientos jurídicos de Derecho privado descansan en el principio de que los contratos deben celebrarse de buena fe (nuestro Código Civil agrega que los contratos también deben negociarse de buena fe), de tal manera que las partes tienen el derecho de exigírsela recíprocamente.

En efecto, el principio de la buena fe es vital en la celebración de los contratos, y también lo debe ser en la etapa de negociación, pero la buena fe no se direcciona en lo que un destinatario pueda esperar o entienda de lo declarado por su contraparte (teoría de la confianza), sino que se orienta a que las partes deben actuar de buena fe, la declaración de un sujeto debe estar basada en los criterios de buena fe, es decir; su expresión no debe ser un intento de perjudicar a su contraparte, sino que la claridad de su voluntad se debe sustentar en lo expresado por el mismo y no en lo entendido por el otro, aquí surge la importancia de la teoría de la responsabilidad, de considerar como autoresponsable de lo declarado al mismo sujeto que expidió tal declaración, siendo responsable también de su imprudencia o negligencia al momento de declarar su voluntad, con esto se protege al tráfico jurídico de aquel intento de engañar donde se verán vulnerados los intereses de los que sí actuaron de

buena fe, sea por error, dolo o culpa, la imputación de responsabilidad se otorgará a quien la hizo, salvo cuando existan razones para imputar la responsabilidad a un tercero por cuestiones demostrables.

Por otro lado, el Código Civil, establece supuestos de hecho en los que le da prioridad a lo declarado por las partes y también hace alusión al principio de la buena fe que debe estar presente en los contratos. En ese sentido, se interpreta que en el cuerpo normativo mencionado reposa la postura tomada en el presente trabajo, donde rige lo declarado sin dejar de lado el principio de la buena fe (a modo de referencia revisar los artículos 168°, 1361° y 1362°), es así que concordamos con lo dicho por Fernando Vidal Ramirez citado en (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 117); “el Código ha definido una posición en el sentido de que las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista”, con lo que se concluye la validez de la teoría de la responsabilidad.

2.3.2.1.4. *Disentimiento*

El profesor De La Puente y Lavalle (2007), básicamente define al disentimiento como “aquella figura en la que no se forma debidamente el consentimiento” (pp. 119-131).

En el disentimiento las partes manifiestan su voluntad de formar un contrato, pero por algún motivo no se vinculan tal cual lo querido por ambos, ya sea en la formación de la voluntad o al momento de la declaración, porque se presenta un error, que puede ser un error vicio o un error obstativo, imputables al agente, lo que implicaría una suerte de aplicación de la teoría de la responsabilidad expresado en este contexto.

Por un lado, el error vicio se presenta en la esfera subjetiva, es decir en la voluntad misma, cuando en su formación ocurre una distorsión de la voluntad, pues equivocadamente

obtiene una percepción concebida como cierta o real, sea por error propiamente dicho o por ignorancia del agente, por ejemplo cuando tiene la intención de comprar un objeto, pero es confundido con la denominación de otro. La manifestación, es expresada, por tanto, la declaración se forma respecto a ésta, pero el problema - error vicio - se presenta al momento previo de la declaración, cuando la voluntad interna se encuentra en formación.

El error obstativo, en cambio, se presenta cuando la voluntad interna del sujeto se formó correctamente, en consecuencia, no existe alteración alguna por ignorancia o algún otro motivo, sino, el defecto se ocasiona al momento de la declaración de la voluntad interna ya formada. Entonces, si alguien tiene la intención de comprar un objeto, pese a que tiene conocimiento sobre su denominación y características, al momento de expresar tal intención acaece el error, de modo que la declaración diverge de la voluntad interna del ente personal.

Entonces como lo afirma (De La Puente y Lavallo, 2007), se tiene que diferenciar la falta de manifestación de voluntad con la situación de los casos del error vicio u obstativo, la voluntad en el primero nunca existió, por añadidura no existirá declaración alguna, no obstante en el error, la voluntad fue causa de vicio o la incongruencia se manifestó en el momento de la declaración.

También, vale aclarar que al ser el disentimiento la falta de coincidencia entre las declaraciones de voluntad, ésta falta de coincidencia, debe ser involuntaria, osea, es indispensable que las partes tengan necesariamente la intención de celebrar el contrato, pero por algún motivo no se produce la coincidencia de voluntades, en caso no tengan la intención de contratar lo mismo, no será disentimiento, o como el mismo autor sostiene, resaltando también la relevancia del error en el disentimiento, haciendo nuestro el ejemplo que él mismo propone;

(...) es necesario, por lo tanto, que exista una vocación de contrato, una intención de ponerse de acuerdo, que, por razones no queridas por los sujetos, generalmente por error, no llega a plasmarse.

Sí, por ejemplo, B entiende equivocadamente la oferta de A, su aceptación no recoge y hace suya la verdadera voluntad de A ni, por lo tanto, esta voluntad se incorpora a la aceptación de B, con lo cual, tal aceptación no coincide con la oferta de A (ausencia de declaración conjunta), ni existe una voluntad común (A no quiere lo mismo que B). Similarmente, si A al conocer la declaración de B entiende equivocadamente esta declaración, creyendo que contiene una aceptación, no existe tampoco una declaración conjunta (la oferta de A no coincide con la declaración de B, aunque A crea que si) ni una voluntad común (A no quiere lo mismo que B) (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 122)

Para entender el efecto del error (vicio u obstativo) respecto al contrato, se tiene que: la oferta y aceptación, cada una de ellas son declaraciones unilaterales, la conjunción de estas constituye el consentimiento que ocupa en los contratos, el lugar de la manifestación de voluntad en los actos jurídicos, – donde basta la manifestación de una sola parte (unilateral) para formar el acto jurídico , a diferencia del contrato, donde se requiere cuando menos de dos partes - entonces la inexistencia del consentimiento supone la falta de manifestación de voluntad y conforme a la relación de analogía aplicada a este caso, la sanción frente a la inexistencia de éste elemento esencial, sería la nulidad del contrato, de acuerdo a lo sancionado por el artículo 219° inciso 1) Código Civil.

Castillo (2016) explicado por De la Puente, menciona que existe un supuesto en el que coincidan las declaraciones, pero no las voluntades por mediar error, existirá el

consentimiento efectivo y por tanto se formará el contrato, pero a su vez, éste último podrá ser anulable, dado que existió error al momento de la formación de las voluntades.

La diferencia entre error y disentimiento es que el primero se suscita en la oferta, generando la anulación del acto, siempre que puede ser subsanado o convalidado, además de ser una declaración unilateral y por sí sola no forma el elemento esencial “consentimiento”. Cuando el error recae en la aceptación, si bien es una declaración unilateral, constituye una voluntad conjunta (coincidencia de voluntades), toda vez que es la respuesta a la oferta y se encuentra estrechamente ligada a ésta, formando entre las dos, la tan referida coincidencia de voluntades, esto como se explicó anteriormente, generará la nulidad, que comporta una situación similar a la falta de manifestación de voluntad de los actos jurídicos en general.

Hay dos clases de disentimiento: el manifiesto, cuando los agentes contratantes sean conscientes que existe divergencia entre sus declaraciones de voluntad; y oculto, cuando las declaraciones de voluntad son disconformes, aun contando con la apariencia de lo contrario, en consecuencia, las partes creerán en su coincidencia, cuando no lo son.

2.3.2.2. El objeto del contrato.

La regulación legislativa manifiesta en el Código Civil Peruano, en el Título III de la Sección Primera del Libro VII lo referente al objeto del contrato, regulación creemos que puede resultar un tanto confusa, ya que en el artículo 1402° se establece que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, bastante parecido al de la definición de un acto jurídico. Más adelante, en el artículo 1403° se expresa que el objeto debe ser lícito y posible, los cuales constituirían los requisitos de validez del objeto contractual.

2.3.2.2.1. El objeto como res y como servicio

En el Código Civil Italiano, por ejemplo, solo se hace mención al objeto del contrato en el artículo referente a los requisitos del mismo, donde también se establece la necesidad de ser lícito y posible, en la doctrina por su parte, se ha ido intentando definir este concepto que resulta ser bastante importante.

La definición más simple que se le ha dado al objeto del contrato, es el bien mismo, sea material o inmaterial, como la venta de acciones, donde el objeto serán éstas y en un contrato de crédito serán los créditos, se intenta otorgarle un sentido estricto de objeto, entendiéndose a estos como un bien en sus diversas acepciones, esto puede generar algunas confusiones, porque en un contrato de compraventa el objeto es el inmueble y por la orientación que se opta con esta postura, concluiríamos que el objeto en un arrendamiento, usufructo y otros sería el mismo inmueble, pero esto no es así.

Ambas concepciones, de considerar como objeto del contrato a las cosas y servicios, a consideración de varios especialistas en la materia, es la más simplista, donde se suma (Diez-Picazo, 2007, p. 197), además considera que se le otorga un significado vulgar, amplio e impropio, de modo que las cosas, como objeto de las obligaciones, pueden consistir en una prestación de dar, mas no en un hacer o no hacer. Del objeto del contrato, se desprende un binomio, influido por la cosa y el servicio, surge entonces el ejemplo de la compraventa, donde el objeto será la *res* vendida y el precio pagado por ella, en el arrendamiento será la facultad otorgada de uso de la *res* y la renta mensual. En el caso del contrato de mandato, el objeto será el servicio prestado, consistente en un hacer por encargo del mandante.

Frente al sentido limitado que se le otorga al objeto hasta este momento, como mencionan estos autores, nace la complicación de los casos en los que el contrato verse sobre derechos inmateriales, donde el objeto dejaría de ser un bien o servicio, siendo formado por algún crédito, acción o derechos subjetivos. Estos derechos subjetivos otorgan a su titular un

poder jurídico respecto de otro sujeto, pero el objeto también puede radicar en un deber jurídico, como es el caso de la compra de deuda. Y en los contratos preliminares, el objeto es la conclusión del contrato futuro como actividad de las partes dirigido a la constitución del contrato final.

2.3.2.2.2. *La prestación como objeto del contrato*

Messineo (1986) al igual que Vincenzo Roppo, sostiene que el objeto del contrato también es identificado con la prestación del contrato, consistente en un dar, hacer o no hacer por parte del deudor a favor del acreedor, consideración impuesta también por nuestro Código Civil - artículo 1403° - donde se hace alusión a la prestación en que consiste la obligación.

De ahí que nace la confusión del objeto de la obligación con el objeto del contrato, visto que en uno básicamente la prestación obtiene la centralidad del objeto y en el otro existe la postura doctrinaria y legal de admitir como una forma de objeto del contrato a la prestación, además de la *res* y de los servicios. El Código Civil Italiano y Peruano, confunden al objeto de la obligación y del contrato, siendo que respecto a este último, existen artículos como el 1403° peruano o 1349° italiano, entre otros, donde se admite a la prestación - que importa el comportamiento de las partes - como objeto de los contratos.

Retornando al ejemplo de la compraventa, la prestación, por tratarse de prestaciones recíprocas u obligaciones sinalagmáticas, el comportamiento de las partes radicará en la entrega de la *res* (vendedor) y el comportamiento de pagar (comprador), igual en el arrendamiento y así como aplicación lógica en otros.

Frente a esto Díez-Picazo cuestiona la teoría que configura como objeto del contrato únicamente a la prestación:

Sin embargo, el defecto inicial – la confusión del objeto del contrato con el objeto de la relación obligatoria – es grave. Cabría, por lo menos, objetarle que el contrato es un fenómeno jurídico con aplicación a todo el campo del Derecho patrimonial, y no exclusivamente al campo de las relaciones obligatorias; que puede tenerse contrato y en cambio no existir obligación; esto cabe en los contratos inmediatamente traslativos de derechos reales, cuando se admitan, o en los contratos inmediatamente constitutivos de un derecho real, como son por ejemplo el contrato destinado a constituir una hipoteca – que exige solamente la inscripción – y en el contrato en virtud del cual se crea una servidumbre negativa, en la que por su naturaleza no cabe acto alguno de transferencia de posesión y queda necesariamente fuera del principio general de necesidad de la tradición (Diez-Picazo, 2007, p. 200).

Por otro lado, como se dijo en el la primera parte de éste capítulo, el Código Civil además de admitir a la prestación como objeto del contrato, el artículo 1402° lo describe como la creación, regulación, modificación y extinción de obligaciones.

Al respecto (Diez-Picazo, 2007, p. 201) incide nuevamente en la crítica, en el caso de que el contrato no incida sobre una relación obligatoria, sino sobre una relación jurídico-real, en consecuencia, el objeto radicaré en general en la relación jurídica patrimonial.

Agrega además, que la relación jurídica no puede traslucirse como el objeto de un contrato, sino que, por su naturaleza, éste es el efecto de un contrato, es decir que con la formación de un contrato se genera o da origen a una relación jurídica patrimonial, es decir, *ex ante* se encuentra el contrato en sí mismo y *ex post* se origina la relación jurídica aludida.

2.3.2.2.3. *Determinación del objeto.*

El objeto del contrato se identificará con la naturaleza del mismo, por esa razón el objeto podría radicar en una cosa, en un servicio, en derechos subjetivos como las acciones o en una prestación.

Haciendo uso de las palabras del profesor (Diez-Picazo, 2007, p. 201), por objeto se entiende a aquella realidad sobre el cual el contrato incide, también se dice que es la materia social afectada, la realidad social acotada como base; la materia en la que el contrato incide, un *quid* externo, un *quid* material.

Admitiendo de esta manera, diversas realidades como los objetos, las creaciones y obras del intelecto, las invenciones, las situaciones de poder o deber (créditos o deudas según sea el caso), el comportamiento en sí mismo, entre otros que sean la materia de la que se trate el contrato.

Todos estos se pueden considerar como intereses de las partes al formar la reglamentación del contrato, a la cual el citado jurista sustituye con la denominación de bien, que es la realidad integrada de utilidad e interés para las partes, considerando que al referirnos a la materia contractual, los bienes a los que se hace referencia deben tener estrictamente una valoración económica, en caso contrario se hablaría de otras cosa menos del objeto del contrato.

2.3.2.2.4. *Requisitos del objeto*

a) *Posibilidad y Licitud.*

El artículo 1403° del Código Civil, hace alusión a este requisito en su primer párrafo, bajo la prescripción que la obligación como objeto del contrato debe ser lícita – véase que como se mencionó en la parte anterior, se confunde al objeto de la obligación con la del

contrato, atendiéndolas con paridad – y en el segundo párrafo hace mención de la posibilidad, estableciendo que la prestación y el bien deben ser posibles.

“Los hechos deben ser material y jurídicamente posibles” (López de Zavalía, 1997, p. 239), de la presente afirmación se infiere que la posibilidad contiene en su argumento a la licitud, es decir la posibilidad de realización respaldada por el ordenamiento jurídico, a los principios morales y las buenas costumbres, bajo esa línea, se obtiene que la posibilidad en estricto sería el género y la licitud la especie, dado que la primera hace referencia a factores que pueden ser jurídicos o no, contrariamente la licitud trata solamente a la factibilidad de realización del objeto de acuerdo a las normas vigentes.

Hecha esta aclaración, resulta lógica la mención del artículo en cuestión, debido a que nadie puede obligarse a algo de imposible *fare*. Ahora, la posibilidad en cuanto a objetos como prestación del contrato, depende de la existencia de la *res*, como dice (Diez-Picazo, 2007) “es un poder ser o un poder existir”, alusión a la existencia actual al momento de la celebración del contrato o a su existencia futura, permitido por el artículo 1410° del Código Civil, cuando se refiere al contrato sobre bien futuro, que a su vez, opta por tener como regla general a la llamada *venditio rei speratae*, que pregona que el contrato se ejecutará cuando el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, y es la excepción la llamada *venditio spei*, que cuando se trate de una esperanza incierta, el contrato será aleatorio y de ejecución incondicionada, manteniendo las acciones legales cuando la no entrega se deba a causas imputables al obligado, por decir el caso de la indemnización a favor de la parte perjudicada.

En cambio, la cosa al dejar de existir, genera la nulidad del contrato, inexistencia que se debe – según agrega éste último jurista – se debe a tres situaciones específicas: cuando existe una común ignorancia de las partes acerca de la destrucción del objeto sobre el que

contrata; cuando una de las partes ignora sobre la destrucción o pérdida de la cosa y la otra si tiene conocimiento, el accionar de mala fe en perjuicio de la parte que ignoraba dicha pérdida podrá ser resarcible; y cuando ambas partes tienen conocimiento de la pérdida o destrucción de la cosa, en los tres supuestos, la ignorancia de una o de todas las partes acarreará la nulidad del contrato.

En cuanto a los servicios, se trata de un poder hacer, es decir que el interés plasmado en el comportamiento de las partes, debe ser realizable, por tanto se trata de un carácter subjetivo que dependerá de las facultades del sujeto y las características del servicio al que se obligó. Aquí se medirá la posibilidad del objeto considerando los criterios de posibilidad física de realización y de razonable realización de los intereses.

Por último en este punto, la imposibilidad del objeto se puede deber a causas naturales, es decir la imposibilidad se debe a cuestiones externas a la voluntad y capacidad humana en un momento exacto, por ejemplo que un varón quede en cinta; cuando se deba al carácter legal o jurídico, lo que viene a ser la ilicitud, que dependerá del ordenamiento jurídico vigente al momento de la celebración del contrato; y cuando se deba al carácter factico o practico, esto sucede cuando si bien un comportamiento o entrega de un objeto se podría realizar, el cumplimiento es de muy difícil realización, en este caso se aplica por varios autores, la tan mencionada frase “buscar una aguja en un pajar”.

b) Determinación.

La determinación hace referencia a la especificación en la que consiste el objeto del contrato, así se exige que no sea necesario un nuevo acuerdo para determinar sobre que versará el contrato, esto es, cuál será el objeto del contrato, normalmente las precisiones más claras se hacen respecto a la determinación del objeto en cuanto a su cantidad, lo que no excluye para nada que la determinación se oriente también a la especie.

En un supuesto puede suceder que, al establecer el número específico de lo contratado, por ejemplo vender 10 libros a un precio de S/. 100.00 soles cada uno, no impide que la determinación se realice respecto a los servicios, asimismo dicha determinación no solo tiene que ser específica, sino que también podrá versar sobre cantidades determinables, por ejemplo, A se obliga a brindar el 70% del total de su cosecha de uvas del año 2017 a favor de B a cambio de una determinada contraprestación, si bien al momento de la celebración no se conoce cuál es el número exacto o la cantidad de kilos que A deberá otorgar, la cantidad se podrá verificar cuando finalice el año 2017 y cuando el contrato se encuentre en la fase de ejecución, que dependerá del total de los Kilogramos de uvas cosechados.

Entonces, se extrae que existen dos supuestos, el primero en el que el contrato encuentra ya establecida la determinación del objeto al momento de su celebración; y el segundo en el que las partes no han determinado con especificidad el objeto, pero resulta ser determinable en la ejecución del contrato, será determinable dependiendo de su naturaleza y de los propios criterios establecidos por las partes, determinabilidad independiente de la existencia de un nuevo acuerdo, caso contrario será otro contrato y el primero resultará ineficaz.

El Código Civil peruano, en la regulación sobre el objeto del contrato, no expresa explícitamente que deba ser determinado o determinable, pero de forma tácita hace de la determinación un requisito, por citar el artículo 1406°, donde se prescribe la determinación del objeto por árbitro, igualmente la doctrina considera la necesidad de que el objeto sea determinado o determinable por las razones ya expuestas y porque es evidente que no puede existir obligaciones contractuales, si no se conoce lo que a lo que se las partes se obligarán.

2.3.2.3. *La Causa del Contrato.*

Normalmente la causa que guía el contrato no es considerado un elemento esencial del contrato, al constituir el fin de lo normado por el contrato, el por qué las partes están interesadas a llevar a cabo una relación jurídica patrimonial, el objetivo o propósito que guía sus voluntades, de carácter económico social, tal como la *giurisprudenza italiana* la venia conceptuando de esta forma desde los años 1970 (Ferri, 2004, pp. 227,228).

La causa es entonces, la finalidad a la que las partes quieren arribar, valiéndose del consentimiento, estableciendo mandatos legales – normas, entre ellas mismas, a través de la autonomía privada. Por ejemplo, en un contrato de compraventa el objeto, puede ser el inmueble si lo vemos desde la perspectiva de la *res*, o el pago de la prestación a cambio de la transferencia de titularidad del bien, en uno u otro caso la causa final del contrato, es la necesidad del comprador de construir una casa, venderla u otras razones, causa que se extrae de los propios preceptos establecidos por las partes, he ahí que la causa constituye un requisito autónomo de carácter objetivo, independiente, pero coincidente con la motivación interna que las llevo a relacionarse entre sí.

En ese sentido, el mismo autor, sostiene que el motivo es la representación psíquica de un supuesto de hecho que incentiva la voluntad del sujeto como estímulo, induciéndolo a la realización del contrato o como el mismo lo dice, al negocio, el motivo por tanto no es exteriorizado y permanece en el ser del sujeto. A su vez, los motivos que impulsan son meramente eventos psíquicos, en consecuencia pertenece al plano subjetivo, que no tiene incidencia en el derecho privado o validez practica para éste, pero tampoco es totalmente irrelevante, ya que en ese plano se aplican los casos de error vicio o error motivo, el que en ocasiones genera la anulabilidad del contrato, tal como lo afirma nuevamente (Ferri, 2004, p. 231)

Por lo tanto, los vicios de la voluntad se enlazan, indudablemente, con la hipótesis de relevancia de los motivos: se trata, siempre, de una relevancia negativa. Jamás sucede que sea requerida la presencia de ciertos motivos; sin embargo, a veces ocurre que el motivo (erróneo o determinado por violencia) vuelve inválido (para ser precisos, hace anulable) el contrato. La causa, en cambio, debe existir.

Por otro lado, la teoría subjetiva de la causa, identifica a la motivación con la causa del contrato, cuando ya vimos las diferencias entre ellas que hacen que las mismas difieran. La teoría objetiva, en cambio identifica a la causa con la función económica social del contrato, función reconocida por el derecho y por la utilidad social.

De estas teorías, nace la crítica al sostener que la causa del contrato no se puede identificar con la motivación, ni por la función económica del contrato, sino que ésta es independiente de ambas, pues este requisito debe ser extraído del propio contrato. Esto responde a la razón de la voluntad negocial de las partes, constituida por voluntad normativa, manifestada por preceptos jurídicos que regulan la relación de las partes, por medio del contrato, es decir que no resulta ser el propósito perseguido por una o ambas partes, sino, es el propósito extraído del contrato, derivado del consentimiento de las partes el cual le da origen y como tal, la voluntad normativa depende de lo que se encuentra prescrito por el mismo contrato, es ahí de donde se verificará la causa, el sentido o el propósito que la comunión de las partes ha creado y busca.

2.4. La propuesta unilateral

En el Derecho de Contratos encontramos el principio de la autonomía privada que, en términos generales, sugiere que las personas – cuando cumplan con los requisitos ya examinados, como la capacidad – pueden contratar libremente con quien ellos mismos

determinen y bajo las condiciones o forma que entre las partes establezcan, claro está que siempre y cuando no vulneren el ordenamiento jurídico en general.

La autonomía privada, de esta forma se traduce en el consentimiento, que es la conjunción de las manifestaciones de voluntad de las partes, para de esta forma dar origen al contrato que ellos mismos regularan, el mismo que liga de forma obligatoria de dichas partes, y que ante el incumplimiento de estas el sistema legal del Estado facilita los mecanismos necesarios para que la parte perjudicada pueda accionar contra la otra.

La voluntad de los agentes para obligarse entre sí por medio de un contrato específico, previamente establecen una comunicación, donde manifiestan los intereses que los impulsan a contratar y establecen los parámetros a los que están dispuestos a sujetarse, para que puedan llegar a un acuerdo conciliatorio que da origen a la relación jurídica patrimonial.

Asimismo, un contrato se puede realizar sin necesidad que previamente las partes entren en contacto o existan actos previos por decirlo así - ya que si nos inclinamos por una postura radical podríamos decir que siempre existirá un acto previo al contrato – por ejemplo, en el caso del transporte público, las partes se vinculan instantáneamente, pero no podemos negar que al menos una de ellas tiene conocimiento del servicio por el que va a pagar y toma la decisión de contraer aquel servicio. Pero todo parte de una propuesta, la cual es una forma de comunicación de un agente, haciendo una remembranza del acápite donde tratamos la manifestación de voluntad, existen varias formas de expresar la voluntad, volviendo al ejemplo del transporte público, quien adquiere el servicio de movilizarse de un lugar a otro, tiene conocimiento del monto de la prestación sea porque tuvo acceso a la información de la empresa, sea porque los agentes transportistas le brindaron la información correspondiente o sea por propia experiencia optará por contratar o no el servicio, pero todo partió de una propuesta al parecer simple que impulsará la decisión del agente.

Del mismo modo, se puede entender que, así como el contrato se puede crear de forma instantánea, también puede tener una formación progresiva.

La formación progresiva del contrato se presenta cuando: se ha pactado solo sobre los elementos esenciales, dejando los accesorios para un momento posterior, lo cual puede constar en un documento denominado minuta por ejemplo, la minuta de por si no es fuente de obligaciones o adquisición de derechos; el siguiente caso de formación progresiva del contrato se suscita cuando la aceptación de la oferta o propuesta, se hace por separado y la primera sigue a la segunda luego de un intervalo de tiempo, aquí también se podría incluir el caso en el que las comunicaciones se hace por telegrama, cartas u otros medios análogos que no conlleven inherentes a ellos una comunicación inmediata.

2.4.1. La propuesta contractual u oferta.

Previamente a la formación del contrato, existen determinados actos, pertenecientes a la etapa de negociación o tratativa, es entonces donde entra a tallar la figura de la oferta al lado de la aceptación, siendo la primera entendida como aquella propuesta unilateral - también acto pre negocial - que realiza un determinado sujeto a un destinatario específico, es decir recepticia, contiene una intención seria de celebrar entre ellos un contrato determinado, donde debe verter la capacidad de los agentes para contratar, sin que tal declaración constituya un negocio jurídico unilateral.

En cuanto a su naturaleza, la oferta no reviste efectos jurídicos por sí sola, como bien dice (Ferri, 2004)

En cuanto a la naturaleza de la oferta, se afirma que ésta no puede calificarse como negocio jurídico, y tampoco como simple acto jurídico: la oferta (al igual que la

aceptación) estaría privada de autonomía propia, y sería, de por sí, improductiva de efectos jurídicos, pues estos se realizan solo si media contrato (p. 41).

Más adelante, sigue el autor, indicando que se puede aceptar a la oferta como un acto prenegocial, porque de ella no nace ningún vínculo jurídico, pero a su vez puede concurrir para formarlo, es decir que al constituir una manifestación de voluntad, que no debe ser acogida como una voluntad jurídicamente vinculante, pues solo constituye una propuesta, haciendo la diferenciación en que una cosa es establecer una voluntad, una norma y otra cosa es proponerla, teniendo naturaleza de interrogación, mas no de mandato. La oferta entonces no obliga al proponente, sino que lo ubica en un estado de sujeción frente al destinatario de la oferta, quien sí ostenta un estado de poder que podrá estar sujeta a alguna formalidad dependiente de la propuesta del oferente.

La importancia de la oferta radica en que una vez conocida por el destinatario, el contrato es perfeccionado en el momento y lugar donde la aceptación es conocida por el oferente, tal como lo prevé el artículo 1373° del Código Civil Peruano, la aceptación a su vez también constituye una declaración unilateral recepticia que da lugar a la formación del negocio jurídico en cuestión.

En ese orden de ideas, a diferencia de la primera propuesta, si basta la aceptación para dar origen al contrato, pero es necesario que la oferta la determinación completa del contenido del contrato, mínimamente respecto a los elementos esenciales, pues los elementos accidentales, de ser necesario, podrán ser regulados por las normas especiales, generalmente el Código Civil, de acuerdo a la aplicación del principio de la supletoriedad de la norma. En caso contrario, no valdrá como tal, sino como lo denomina (Ferri, 2004, p. 44) “como una simple invitación a entrar en tratos”, debiendo también ser clara, valiéndose de las formas de la manifestación de la voluntad según sea aplicable al caso concreto.

Ahora, la oferta no tiene una duración indefinida, o en todo caso perenne, sino que está sujeta a un plazo de caducidad, aplicable cuando la aceptación no llega a conocimiento del oferente en el plazo establecido, el mismo que puede ser otorgado por el propio oferente o que dependiendo de la naturaleza del contrato se entienda un plazo razonable. Esto, en concordancia con lo establecido por el artículo 1385° de nuestro Código Civil, la oferta caduca cuando: 1) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada; 2) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste; y 3) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

Esta disposición se presenta debido al avance de las telecomunicaciones que existen hoy en día, pues como bien afirma (Barboza Beraún, 2004)

las partes que estén físicamente separadas pueden entablar una comunicación inmediata, por diversos mecanismos tecnológicos que en la actualidad existen, por lo que se debe tener en cuenta las peculiaridades del contrato y el medio en el que se lleve a cabo, para poder tener un alcance del plazo de caducidad de la oferta, cuando no haya sido establecido por el oferente (p. 277).

De esto se desprende que la oferta bien puede tener un plazo predispuesto o un plazo implícito, sujeto a evaluación teniendo en consideración la forma y medio en el que se realiza la propuesta, ya que sería ilógico dejar abierta la posibilidad de que una propuesta de naturaleza contractual sea perenne. Así también el plazo puede ser determinado o determinable, este último denominado plazo convencional, caso en el que se aplica los

supuestos establecidos en el artículo 1385° del Código Civil. Pero, no se debe dar una interpretación literal a lo señalado en el citado artículo, en lo referente a cuando se dice: “*seguidamente aceptada*”, pues como bien señala (Barboza Beraún, 2004), repitiendo lo señalado por León Barandiarán;

no debe creerse que el receptor de la oferta debe responder instantáneamente, sino que el espíritu de la norma es que el tiempo que ha de considerarse vigente la policitación (la oferta) comprenda uno prudencial, para que el receptor de la misma reflexione sobre la conveniencia o no de aceptarla (p. 278).

Por esa razón, es innegable que el destinatario de la oferta tiene un tiempo prudencial para poder manifestar una respuesta, visto que si bien la recepción y el conocimiento son etapas inherentes al destinatario, el examen o la consideración que debe realizar toma un tiempo razonable, para que finalmente pueda decidir y expedir su respuesta.

2.4.2. Requisitos de la oferta.

La propuesta unilateral contractual - oferta - es la intención de obligarse que contiene la voluntad de un agente para constituir el contrato, sin necesidad de realizar alguna otra declaración que respalde o colabore a la formación del contrato, donde espera y basta la aceptación del receptor para que así sea, tal como afirma (Diez-Picazo, 2007), quien tiene interés – lo denominaremos el interés primigenio – de llevar a cabo la celebración del contrato es el oferente a partir de la efectividad de la aceptación, por esto – agrega – no son ofertas aquellas propuestas que se hagan con reserva o con la expresión “salvo confirmación”, tampoco las que tengan como fin la sola información de un evento contractual, al igual que la restricción de que el contrato solo se formará cuando la suscripción del contrato se realice a través de un documento público o privado. He ahí donde radica la importancia de la oferta, es decir, al ser el evento intencional creador de un contrato,

se deben determinar los requisitos que una propuesta debe contener para ser entendida como oferta, aunque puedan no ser coincidentes siempre, al menos concretizar estos requisitos para que se pueda entender a una oferta como tal, estos requisitos se desprenden del artículo 1373° del Código Civil.

2.4.2.1. Debe ser completa – autosuficiencia.

La consideración de la doctrina clásica manifiesta que la oferta debe ser completa, a su vez se dice en la doctrina actual que la oferta debe tener la suficiente precisión.

Este requisito hace referencia a la necesidad que debe contener una oferta dentro de su contenido, los elementos del contrato a formar, pero no hace referencia a los elementos en su amplitud - esenciales y accidentales - sino solo a los esenciales, lo cual es evidente, pues para la celebración de un contrato basta con la determinación de los elementos esenciales, la bilateralidad o plurilateralidad de las partes y su capacidad para celebrar contratos; el consentimiento que se presentará por medio de la propia oferta y su consecuente aceptación; y el objeto, sea conformado por la *res*, una prestación o la dualidad de ambos.

Se descartan a los elementos accidentales - plazo, condición y modo - porque estos si bien tienen una participación importante cuando son establecidos, no son indispensables dentro de la estructura del contrato. En el caso de los contratos de formación progresiva se podrá dejar de lado para algunas cuestiones no esenciales, pero que incluso puedan ser importantes, para que sean determinadas con posteridad, con la única salvedad de que la eficacia del mismo quede supeditada a la ejecución de la condición suspensiva, de ser el caso, véase que existe un acuerdo como contrato, que será de cumplimiento obligatorio, pero sus efectos verán la luz cuando se dé cumplimiento a la condición suspensiva.

(Diez-Picazo, 2007, pp. 285,286) plantea tres escenarios a partir del ordenamiento español que bien podrían generarse de la completitud de la oferta, teniendo en cuenta que puede expresarse explícita o tácitamente la cantidad de las mercancías ofrecidas, lo cual es aceptable en nuestro ordenamiento, pues si entendemos que la manifestación de la voluntad puede darse de ambas formas, el tema no podría ser esquivo al ámbito de la oferta, debido a que la oferta y la aceptación son también manifestaciones de voluntad. Asimismo, los tres escenarios también parten de la determinación o determinabilidad de la cantidad y precio del contenido de la propuesta contractual, aplicable también en nuestra realidad por obvias razones, toda vez que está permitida por el ordenamiento jurídico, así tenemos que:

- a) La primera, que puede tenerse como un supuesto normal, donde existe la determinación expresa de las mercancías, traducida como el objeto del contrato, la cantidad que se ofrece y el establecimiento del precio como medio de cambio con contenido patrimonial, en su mayoría en especie monetaria en la que se debe pagar, aquí se establecen los elementos esenciales con claridad.
- b) Las mercancías son identificadas, pero la cantidad y precio resultan de forma tácita. Aquí, se pone el ejemplo de la situación en la que la cantidad y/o el precio no se especifican explícitamente en la oferta, se puede desprender cual será la cantidad ofrecida, cuando han existido contratos anteriores donde las partes han contratado respecto de mercancías iguales, entendiéndose que al haber culminado el o los anteriores contratos, la nueva oferta se brinda en base a la misma cantidad y precio, ya que ha venido contratando de esa forma, salvo que de la situación y de los elementos probatorios, se cuestione.
- c) Como se explicó líneas atrás y en el capítulo donde se desarrollaron los elementos del contrato, el objeto bien puede ser determinado o determinable, siempre que de la

naturaleza del mismo exista esta posibilidad, por tanto en este supuesto se aplicarían los criterios lógicos y posibles de la determinabilidad del objeto y en consecuencia de la oferta. Tomando el ejemplo que cita el mismo autor, en la oferta, bien el precio podría fijarse por remisión a la cotización en bolsa o mercado.

Por su lado, Forno Flores (2012) sostiene que

por ejemplo podría deferirse la fijación del precio al destinatario, siendo un elemento esencial, se debe establecer también, las fronteras dentro de las cuales se fijará aquel, pues no se puede otorgar la totalidad de la discrecionalidad al destinatario, debido a que de esa manera no existirá la aludida autosuficiencia de la oferta (p. 217)

Postura que es respaldada de una interpretación extensiva del artículo 1543° del Código Civil.

No resulta ocioso recalcar que, así como es necesaria la exigencia de los elementos esenciales del contrato en la propuesta para ser considerada oferta, por obvias razones, será posible que además de estos elementos, ya habiendo adquirido la calidad de oferta, pueda contener además elementos y/o condiciones adicionales que una vez aceptada se regulen en el contrato y en consecuencia sean de obligatorio cumplimiento para las partes.

2.4.2.2. *Intención sería de contratar.*

También denominada *intentio juris* (López de Zavalía, 1997, pág. 182). Este requisito tiene una alta connotación para los efectos de la presente investigación, debido a que una propuesta que tenga como objeto formar un contrato, además de contener los elementos necesarios para que suceda, importa en sí misma la finalidad con la que es emitida, así la valoración que se le debe dar es el destino que su emisor busque con la misma, es decir vincularse al contrato, con la sola aceptación del destinatario.

Ahora, la seriedad con que la oferta sea formulada debe desprenderse de los propios términos que ella contiene, en ese sentido así el proponente pueda afirmar que se trata de una propuesta no seria o lo contrario, lo mismo se debe entender de sus términos o de los hechos que la circunscriben.

Además, Forno Flores (2012) explica que

la falta de seriedad de una propuesta debe ser conocible para el destinatario, teniendo en consideración la tutela de la confianza del destinatario – a nuestra consideración – también la buen fe, que efectivamente la propuesta reviste una intención seria de obligar a la otra parte, quien si no existe algún hecho que ponga en duda dicha intención, podrá ser considerada como oferta y por lo tanto tener las consecuencias jurídicas normales, en caso que finalmente no resulte una propuesta seria, podría imputarse al deudor la falta de seriedad en los términos o en las circunstancias por las cuales el mismo opto (p. 7).

Para esto, el mismo autor, cita un ejemplo propuesto por Miccio, que ayuda a entender el punto en cuestión, ejemplo en el cual se presenta el propietario de un yate que cuesta cientos de millones, que lo ofrece en venta a un marinero de muy escasos recursos que tiene como labor limpiar el alcázar u otros pequeños servicios, ahí presenta la siguiente pregunta: ¿Cómo excluir que se trata de una oferta no seria?, en efecto, en la situación ejemplificada es imposible pensar que se trata de una propuesta seria, comprendiendo las condiciones económicas del destinatario, resultándole imposible poder adquirir en propiedad el yate, por lo que no constituye una oferta, pues carece de la intención seria de contratar.

En la actualidad, se presentan muchos casos en los que, para quitarle la seriedad a la oferta, se utilizan términos como el de “sin compromiso”, “previa confirmación” o que simplemente no se intuya la obligatoriedad de sus propios términos. En esta clase de

propuestas, el proponente no realiza una oferta, pues no bastará con la aceptación del destinatario para celebrar el contrato, sino que con la aceptación del último se redirige la propuesta inicial, para que el inicial proponente decida aceptar o no la que vendría a ser la oferta, es decir que estaríamos hablando de una invitación a ofrecer, que se desarrollará más adelante.

Entonces, la intención del proponente será difícil de comprobarse, pues se refiere al ánimo del agente, que a su vez es un elemento subjetivo, de tal forma que se establece la presunción de intención seria cuando la propuesta contenga los elementos esenciales de la oferta, además de la naturaleza del negocio, que conllevaran a su valoración, en ese sentido (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 476) citando a Carrara “tal presunción desaparece si la falta del elemento intencional se manifiesta por el modo como el proyecto es presentado, por la naturaleza misma del proyecto o por las reservas formuladas por el declarante”.

2.4.2.3. *Forma del contrato.*

Algunos autores como Arias Schreiber (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 477) sostienen que “tanto la oferta cuanto la aceptación, pueden realizarse sin necesidad de tomar en cuenta solemnidad alguna”, es decir independientemente de la exigencia legal o consensual de las partes para la formación de algún contrato.

Compartimos la idea propuesta por De la Puente, cuando dice “tanto la oferta, como la aceptación, deben revestir la solemnidad exigida para el contrato”, esta postura la sustenta en el hecho de considerar que la finalidad de la solemnidad es calificar el consentimiento, en el sentido que éste último debe ser solemne para que tenga valor. Entonces – agrega – las declaraciones contractuales de oferta y aceptación, para tener esa calidad deben observar la solemnidad requerida, donde en relación al artículo 1352° del Código Civil le otorga eficacia al consentimiento, cuando se forma al manifestarse mediante solemnidad.

En ese orden, si entendemos al consentimiento – que da origen y es elemento central del contrato - como la conjunción de dos o más declaraciones de voluntad, y a la vez tanto la oferta, como la aceptación, que son declaraciones de voluntad, aunadas dan origen al consentimiento, por ende al contrato, la consecuencia próxima es que de exigirse una forma específica – resultante de una disposición legal o de los propios términos establecidos en el contrato – para el contrato, la oferta y aceptación también deberán cumplir dicha solemnidad, según sea el caso.

Forno Flores (2012) también sostiene que se debe tomar en cuenta la formalidad cuando sea requerida para la celebración del contrato, ya que si se admite a la oferta y aceptación como declaraciones de voluntad que configuran el contrato, no se puede sostener que en los contratos solemnes la oferta y la aceptación pueden realizarse sin respetar la solemnidad establecida. Asimismo, afirma respecto a la solemnidad del contrato y la oferta “una carga impuesta a los declarantes, de modo que la ley sólo considera que la declaración de voluntad existe si se cumple, precisamente, con adoptar la forma exigida para la exteriorización de esa voluntad” (p. 227).

Finalmente, además se debe considerar, que si la oferta contiene los elementos esenciales del contrato para que sea válida, incluso aquellos que no son esenciales pero que de igual forma pueden regular el contrato, que sería en todo caso, la materialización de lo ya propuesto y aceptado por el destinatario, o sea que es la reiteración contractualmente de lo ya expresado por medio de la oferta, debería contener también los requisitos formales que sean exigidos para tal.

2.4.3. Irrevocabilidad de la oferta.

La oferta debe ser completa, es decir que debe contener los elementos necesarios del futuro contrato, para que el destinatario considere manifestar su conformidad o no para que sea celebrado.

Cuando, la propuesta sea suficiente para la celebración del contrato, si bien no crea efectos jurídicos por sí misma, sí tiene efectos jurídicos frente al destinatario, cuando es conocida y aceptada por éste, tal como lo establece el artículo 1382° del Código Civil; “La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 486).

La obligatoriedad de la oferta genera el efecto de irrevocabilidad como regla general en nuestro ordenamiento jurídico, pero sujeta a un plazo, que se entenderá de lo dicho por el propio y de las circunstancias - medios - de la comunicación entre el oferente y el destinatario.

Ahora bien, además de la necesidad de que la oferta contenga los requisitos descritos con anterioridad, es importante conocer desde cuándo es obligatoria, como bien menciona (Barboza Beraún, 2004, p. 276) la oferta tiene cuatro etapas: la emisión; el despacho; la recepción y el conocimiento.

Las dos primeras son parte de las etapas de la preparación y la remisión de la oferta, pertenecientes aun a la esfera de dominio del oferente; en cambio las dos últimas, se encuentran en la esfera del destinatario y que además a lo afirmado en primer lugar se le denomina en algunos casos como la policitud, que será tocada más adelante, pero que adelantando es entendida como la propuesta unilateral aun no aceptada y que puede ser revocada, a lo segundo en cambio se considera como la oferta propiamente dicha, pero como

es sabido, nuestro Código Civil no realiza distinción alguna entre propuesta, policitud u oferta.

Tal como establece el artículo 1374^o, toda propuesta contractual, se considera conocida desde el momento en el que es recibida por el destinatario, salvo las excepciones, por consiguiente, la oferta resultará obligatoria al momento en el que ésta sea conocida por el destinatario y tal obligatoriedad también dependerá de la aceptación que el segundo a su vez brinde, debido a que, de no existir aceptación, no habría que exigir. En ese sentido, la oferta es irrevocable, una vez que sea recepcionada por el destinatario y de suceder a este hecho, la aceptación de la propuesta las partes quedan obligadas, en consecuencia, las partes tienen la obligación de acatar y dar cumplimiento a las cláusulas establecidas en el contrato, así como exigir los derechos que con él adquiriesen.

2.4.4. Revocabilidad de la oferta.

La revocabilidad es aquella comunicación por la que el emisor de la oferta, convierte a ésta en inexistente, dicho de otro modo, le quita la eficacia que en un primer momento le confirió, por lo tanto no generará obligación alguna, claro está que esto sucede cuando la revocación fue conocida por el destinatario antes o al mismo momento que la oferta, así la “revocación de la oferta puede definirse como una declaración recepticia” (Ferri, 2004, p. 47)

La regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la irrevocabilidad sustentada en la seguridad jurídica de las contrataciones, lo contrario a lo dispuesto en el sistema jurídico italiano, esto no quiere decir que en el nuestro no pueda resultar la revocabilidad en algunos casos.

Bajo ese criterio, lo manifestado por el oferente lo obliga, la doctrina considera que “quien formula una propuesta, por el simple hecho de haberla formulado se liga a ella, y aun

cuando no haya sido aceptada por el destinatario, incurre en responsabilidad si por consecuencia de su revocación indebida ocasiona aquel un daño” Salvat citado en (Barboza Beraún, 2004, p. 278).

Por tanto, al tener toda regla excepciones, la revocabilidad de la oferta es regulada primero como un alcance que no tiende a ser claro en su totalidad por el artículo 1382° del Código Civil al expresar que “La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso” y segundo, por el artículo 1384° cuando de una forma más específica propone la salvedad de la revocación de la oferta, si antes o simultáneamente con la recepción de la oferta, llega la revocación de ésta, entendiéndose que la oferta puede ser revocada hasta antes que se produzca la aceptación.

En resumen, la revocación de la oferta puede realizarse cuando el propio oferente manifieste que su oferta puede ser revocable en cualquier momento, estos es cuando establece la revocabilidad en los propios términos de la propuesta contractual; cuando de la naturaleza de la operación se pueda determinar que la oferta no es obligatoria; o cuando de las circunstancias del caso se entienda que la oferta es revocable.

2.4.5. Carácter recepticio de la oferta.

La receptividad de la oferta es otro punto importante en la presente tesis, ya que muchos autores consideran que es parte de la estructura que toda propuesta debe contener para constituir una oferta, es decir un elemento o requisito con la que debe cumplir estrictamente toda oferta, entendiéndola como aquella declaración dirigida a una persona o grupo de personas determinadas, es decir previamente individualizadas, por ende son las únicas que pueden aceptar la propuesta hecha.

Resulta entonces, el punto de quiebre para la validez entre la oferta y la oferta al público como generadora de obligaciones, de la mano con la aceptación.

Entre los juristas que sostienen que la oferta debe revestir un carácter recepticio encontramos, entre otros, a Tuhr, Lavalle, Bianca, De la Puente y Lavalle, quienes consideran que la mayoría de declaraciones de voluntad, sobre todo las que pertenecen al ámbito de las obligaciones, para que surtan efectos deben dirigirse a personas determinadas.

Uno de los principales fundamentos para considerar que la oferta debe ser recepticia, es que la oferta debe contener todos los elementos del contrato, como dice (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 483) “entre estos elementos debe encontrarse necesariamente la designación del destinatario, desde que es con él con quien se va a celebrar el contrato”.

El mismo De La Puente, cuestiona la posibilidad de que la determinación del destinatario se realice recién, a través de la aceptación, es decir que una vez conocida y aceptada la oferta opere la receptividad, ya que como dice, es muy difícil afirmar que alguien tenga la intención de contratar con cualquier persona, pero a la vez deja abierta la posibilidad de que pueda suceder así, como se ve incluso los propios defensores de la tesis de la receptividad no descartan del todo la posibilidad de la indeterminación del destinatario una vez emitida la propuesta.

Además, en la actualidad no resulta difícil que algún sujeto desee o en todo caso no tenga inconvenientes en contratar con algún sujeto del cual no conoce o a quien no ha individualizado en un primer momento, pues en la realidad se busca realizar el mayor número de contratos posibles o dar prioridad al beneficio a obtener mediante el contrato frente a la previa identidad de la otra parte, generando un constante dinamismo comercial y jurídico, admitiendo posibilidades como la oferta al público como generadora de obligaciones como una oferta tradicional, donde la característica principal es la indeterminación de él o los

destinatarios, lo que hasta podría resultar incierto, pues incluso Francesco Messineo citado por (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 483) consideró que “la oferta es recepticia cuando la aceptación determina la persona hasta entonces incierta”, con lo que sería correcto dotarle los mismos efectos de la oferta a la oferta al público.

Por otra parte, entre quienes aceptan que la oferta no necesariamente debe ser recepticia, por citar a algunos, encontramos como ya dijimos a Messineo, Garrigues, Josserand y Forno Florez.

El profesor Hugo Forno, hace un breve examen respecto a la manifestación de voluntad y declaración de voluntad, afirmando que muchas veces el uso terminológico de ambas se realiza de forma promiscua, ya que son utilizadas de manera indistinta al referirse a una y a otra.

Dice, ambas figuras deben ser distinguidas técnicamente, porque entre la manifestación de voluntad y la declaración, existe una relación de género – especie respectivamente, por eso, citando a palabras de Sacco:

La declaración es presentada como una subcategoría de la manifestación. Esta última puede ser directa (la intención se deduce de un comportamiento que según la experiencia está destinado a hacerlo socialmente reconocible) o indirecta (la intención se deduce por ilación necesaria y univoca de un comportamiento concluyente que no tiene la destinación ya descrita); o sea, la manifestación puede desarrollarse mediante un lenguaje (medios simbólicos de significado, o sea, signos fonéticos, gráficos, etc.) o mediante un comportamiento practico que tiene una finalidad univoca. La manifestación que se desarrolla mediante un lenguaje es declaración. (Forno Flores, 2012, p. 11).

Entonces, la manifestación de voluntad puede sub clasificarse en: manifestación en sentido estricto y declaración, en ese sentido se entiende que solo las declaraciones pueden ser recepticias o no recepticias.

En esa línea de ideas, se entendería que es recepticia una declaración, en cuanto se trata de su remisión a un destinatario a quien debe dirigirse tal declaración, pues los efectos jurídicos solo tendrán trascendencia sobre su personalidad, por tanto al emitirse la declaración, su eficacia dependerá del conocimiento del destinatario a quien se dirige, o sea la receptividad constituye parte de su estructura como requisito especial, elemento constitutivo del efecto o de la relevancia jurídica, lo dicho se aplica en los casos de declaraciones recepticias.

Hay, sin embargo, declaraciones que no son recepticias, es decir que al momento en el que son emitidas, no van dirigidas a un destinatario específico, sino a ella puede tener acceso cualquier sujeto indiscriminadamente, porque ha sido puesta a disposición de un grupo de destinatarios indeterminados, aquí se encuentran ejemplos como la invitación a ofrecer, la promesa al público, subasta, entre otros.

Ahora, si bien el carácter recepticio de un oferta es importante, siempre que se trate de una declaración que tenga estas características, es decir que tenga un destinatario específico y determinado, no todas las declaraciones contractuales tienen, o mejor dicho deben tener carácter recepticio, la eficacia de una propuesta contractual no dependerá en algunas ocasiones de la determinación del destinatario que ésta posea, es así que la receptividad no constituye un elemento esencial, de tal manera que se puede constituir un contrato respecto a una declaración no recepticia, con esto no dejamos de lado este elemento que reviste en las ofertas tradicionales, entonces sin ser un elemento esencial su importancia dependerá de la modalidad de la propuesta de la que se trate.

2.4.6. La oferta al publico.

En la actualidad existen prácticas comerciales, donde se procura concretar el mayor número de contratos, pero a la vez se realicen de una forma más práctica y con la misma eficacia de los contratos en general, de tal manera no se prioriza la determinación del sujeto con el que se va a contratar, sino se realiza una elección conjunta, respecto de un colectivo de agentes, donde aquellos que estén interesados en celebrar el futuro contrato, accedan a la propuesta hecha, esto se trata de la concreción de uno o varios contratos.

La también denominada oferta *in incertam personam* se diferencia de una oferta tradicional, siempre que en ésta propuesta el oferente ha fijado al destinatario de su propuesta, colocándose en un estado de sujeción solamente de un destinatario específico, donde depende de la aceptación solo de éste para dar vida al contrato. En cambio, en aquella, a quien ahora denominaremos el proponente - emisor de la declaración - no conoce al destinatario, o mejor dicho no le resulta de mayor importancia conocer específicamente al o a los destinatarios de la declaración, solo le basta que de un grupo de personas en un contexto determinado, existan interesados en la propuesta, de quienes encontraría un número de sujetos, dependiendo de la cantidad que desee contratar, para celebrar el contrato.

Messineo citado en De La Puente y Lavalle (2007) señala que con “publico” se hace referencia a una comunidad inorgánica de personas, entendiéndose que ese ámbito, en alusión a “público” puede ser más o menos amplio, dependiendo de la cualidad del bien, del servicio, o de otras circunstancias que se ofrezcan.

Ejemplo de Oferta Tradicional: Ticio desea alquilar su departamento a Cayo, encontrándose en un estado de sujeción frente al único destinatario que viene a ser Cayo, es decir que la celebración del contrato dependerá únicamente de Cayo, de ser así deberá poner en conocimiento de Ticio su voluntad, nadie más que él tiene la capacidad de aceptar dicha

oferta, aunque por diversas circunstancias Sempronio tuvo conocimiento de la misma, incluso si está dispuesto a incrementar la merced conductiva, no tiene la facultad de acceder a esa oferta en especial, lo único que podría hacer es que, en caso Cayo no acepte, negociar con Ticio para que le haga una oferta distinta, pese a que pueda mantener los mismos términos, a la anterior, distinta al fin y al cabo porque la receptividad radica en una personalidad específica diferente (Sempronio), que en este caso es elemento constitutivo de esta oferta en especial.

Ejemplo de Oferta al Público: Ticio pretende alquilar el mismo departamento, pero no tiene claro con quien desea celebrar el contrato de arrendamiento, puesto que su mayor interés radica en el pago mensual de la merced conductiva, de esta forma realiza su declaración a un determinado número de personas, así quienes tienen acceso a la declaración o propuesta son Cayo y Sempronio. En un primer supuesto, solo Cayo tiene interés en celebrar el contrato, en este caso no se suscita mayor inconveniente, ya que ante la negativa de Sempronio, Ticio concretiza el acto jurídico con Cayo. En un segundo supuesto, Cayo y Sempronio tienen interés de celebrar un contrato de arrendamiento respecto al bien de propiedad de Ticio, pero es el primero quien brinda su aceptación antes que el segundo, aquí ambos brindan su aceptación, pero es claro que Ticio solo puede celebrar un contrato, la solución más próxima sería que el contrato se constituya con quien puso en conocimiento su aceptación antes que el otro, es decir Cayo.

Normalmente, se utilizan ejemplos de oferta al público, ofertas de mercaderías, servicios, entre otros, realizados a través de los diarios, avisos publicitarios, televisión, radio, ferias, exposición en vitrinas, escaparates, aparatos automáticos como los dispensadores de alimentos, donde no podría faltar el precio de lo ofertado.

Estas suposiciones generalizadas, ahora nos servirán para ilustrar la diferencia entre la oferta tradicional y la oferta al público, al margen de los aceptantes, en una se encuentra un destinatario específico y solo es con él con quien se podría celebrar el contrato y en la otra los destinatarios son indeterminados.

Esto ha generado controversias, en relación a si se le otorgarían a la segunda los mismos efectos que la primera con la sola aceptación, dado que pueden suscitarse diversos inconvenientes, por ejemplo cuando existe más de una aceptación

Más adelante, sustentaremos nuestra posición respecto a la oferta al público, con respaldo de doctrina, para esto veremos algunos cuestionamientos también que presenta la doctrina que opta por la postura contraria, la cual hace referencia a que la oferta al público no es una oferta, sino que constituye una invitación a ofrecer, para de esta forma contrastarlas, rebatirlas y determinar su naturaleza.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo, nivel y método de la investigación

3.1.1. Tipo de Investigación.

El tipo de investigación utilizado fue el básico, pues se realizó el análisis para generar nuevos conocimientos, a través de la teoría planteada.

Como menciona Zorrilla (1999) también recibe el nombre de investigación pura, teórica o dogmática. Se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él; la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes, en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos.

Dicha investigación descriptiva es según Sampieri citado en (Hernández & Fernández. Carlos: Baptista, 2014, p. 114) “los estudios descriptivos permiten detallar situaciones y eventos, es decir como es y cómo se manifiesta determinado fenómeno y busca especificar propiedades importantes de personas, grupos, comunidades, o cualquier otro fenómeno que sea sometido a su análisis”, es decir que dicho tipo de investigación, es una observación por el cual se detallan características de acontecimientos determinados que el investigador percibe.

3.1.2. Nivel de Investigación

Se utilizó el nivel descriptivo, como señala Danhke citado por (Hernández & Fernández. Carlos: Baptista, 2014), señala que los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir que no existe manipulación externa del investigador, pues solo extrae lo concerniente a las propiedades de la variable a evaluar, limitándose a realizar dicha observación y análisis, pero no manipula ninguna de dichas características o propiedades, en otras palabras, no altera la situación original de lo que el mismo observa.

3.1.3. Método de Investigación.

3.1.3.1. Método General.

En la presente investigación, se tomó el método científico como método general, al que se entiende como el conjunto de técnicas y procedimientos que le permiten al investigador alcanzar sus objetivos. Dichos conjuntos de técnicas y procedimientos son preestablecidos por los investigadores antes de realizar el proyecto o el experimento, para que tenga pautas por las cuales se pueda guiar.

Kerlinger, y otros (2002) señala que el método científico comprende un conjunto de normas que regulan el proceso de cualquier investigación que merezca ser calificada como científica.

3.1.3.2. Método Específico.

El método específico que orientó la investigación fue el método descriptivo, “Se efectúa cuando se desea describir, en todos sus componentes principales, una realidad” (Ferrer, 2010), donde se desarrolla y estudia el sustento doctrinario de las figuras jurídicas correspondientes que se presenta en el desarrollo de toda la tesis, lo que permitió dilucidar la verdadera naturaleza jurídica de la variable y establecer su validez normativa.

3.2. Diseño de la investigación

3.2.1. No experimental

En el presente estudio se utilizó el diseño de investigación no experimental, transeccional, en ella no se manipulan deliberadamente la o las variables, por el contrario se limita a observar los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para luego analizarlos, al ser un trabajo relacionado al Derecho, y por el objetivo, realizamos una observación de la eficacia de la norma en cuestión, analizando los conceptos doctrinarios en los que nos apoyamos para poder dilucidar y examinar si es correcta o no dicha normatividad en el artículo 1388° del Código Civil Peruano.

3.2.2. Diseño Descriptivo

El Diseño que orientó el estudio fue el descriptivo simple, es así que al analizar la eficacia de la formalidad requerida en el artículo 1388°, en relación a la Oferta al Público, se describió los conceptos básicos de dicha figura y de la oferta en general, para posteriormente analizar si es necesaria exigir la formalidad que se requiere en la oferta al público para que ésta sea obligatoria.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN

4.1. Postura en contra

Partiendo de nuestro ordenamiento interno, y de donde deducimos el problema de la presente tesis, siendo que el artículo 1388° del Código Civil regula lo referente al tema tratado donde se confunde, irresponsablemente a nuestro parecer, con la invitación a ofrecer y establece que:

La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta valdrá como tal. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 487)

Uno de los “proponedores mediatos” como el mismo se denomina es Manuel de la Puente y Lavalle, quien ofrece un sustento rebatible, incluso con posteridad varía su opinión respecto a lo que en su momento defendió.

Antes de la dación del Código Civil de 1984, la ponencia original tenía el siguiente texto:

La oferta al público vale como propuesta si contuviera los extremos esenciales del contrato, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos o costumbres.

La revocación de esta oferta, si fuera hecha en la misma forma de la propuesta o en una forma equivalente, es eficaz aun respecto de quien no haya tenido noticias de ella.

Se puede ver en la propuesta original que la oferta al público tiene los efectos obligatorios normales de una oferta común, lo que según los ponentes, conllevó al cuestionamiento al referir que la oferta al público obligaría al oferente frente a todos los que conocieran y aceptaran la propuesta contractual, lo que resultaría un imposible en muchos casos, este es uno de los principales cuestionamientos que se hace a la oferta al público para quitarle la eficacia contractual.

De La Puente y Lavalle (2007) sostiene que la divergencia de otorgar a la oferta al público la categoría de invitación a ofrecer, no radica en el contenido de estas, sino en su naturaleza jurídica. Porque, para ser considerada como oferta debe reunir los requisitos necesarios de ella, los cuales, según su postura son: La autosuficiencia, o dicho también en sus términos, que la oferta deba ser completa; se debe expresar la voluntad de contratar, lo que nosotros desarrollamos como la intención seria de contratar y el deber de indicar la identidad del proponente, como se ve los requisitos que el profesor atiende son casi los mismos que nosotros desarrollamos, solo que en vez del tercer elemento recaído en la solemnidad, por nosotros, aquí es reemplazado por la identidad del proponente; y agrega también el requisito del medio, esto es el medio idóneo para que sea apta para llegar a conocimiento de la otra parte.

Sobre el tercero creemos, hace alusión al proponente como al receptor de la oferta al público, pues de la definición que opta el Código Civil se extrae que el destinatario de la

oferta al público se convertiría en proponente, por considerarse como una invitación a ofrecer, más aun cuando dice que el contrato no se podría formar con la sola aceptación del destinatario, desde que no conocería la identidad del oferente, por tanto no se brindaría un acuerdo en relación a todos los puntos del contrato.

El mismo jurista, ha dicho que antes, consideraba que la oferta al público era una verdadera oferta, pero dejó de lado esta partida, porque al entenderla como tal, era entender también que “el oferente celebraría tantos contratos como personas del público aceptaran su oferta, lo cual exponía a incumplir los contratos que excedieran de sus posibilidades” (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 626), de ahí de considerar correcta la solución plasmada en el artículo 1388° del Código Civil, otorgando la facultad al proponente de declinar su propuesta “justificadamente” cuando las aceptaciones excedieran sus posibilidades.

Asimismo, considera que la oferta al público, ni siquiera vendría a ser una subclase de la oferta, sino una modalidad del ofrecimiento, con individualidad propia, ya que solo el proponente solo expresa su deseo de que le hagan ofertas. Creemos, que esta posición más conciliadora, es aceptable, pero que no justifica que sea regulada como una invitación a ofrecer, figura con la que tiene más diferencias en comparación con la oferta, sobre todo si recordamos que la oferta al público también posee los elementos esenciales de un contrato, además de otras ideas que expondremos más adelante.

De algunas consideraciones citadas en este punto, se puede adelantar la inexistencia de uniformidad en la consideración de los elementos de la oferta, en este punto en específico, por esto un sector de la doctrina niega la posibilidad de que la oferta al público sea considerada como una oferta, aunque de su denominación se entienda lo contrario, a causa de sostener que no es recepticia, lo que generará discordia entre lo ofrecido y la cantidad de aceptaciones que se declaren.

Mirabelli citado en (Torres, s.f), respecto a la receptividad dice; “La receptividad de la oferta consiste en que la oferta, para que sea tal, debe ser recibida por su destinatario” (p. 288), comentando lo afirmado, menciona que la oferta al público no está dirigida a un destinatario determinado ni determinable, con lo cual no estamos de acuerdo, a causa de que la determinabilidad es algo que en un primer momento no está determinado, pero que con posteridad o luego de algunos eventos, se podrá determinar, es decir que si bien la oferta al público se realiza a un grupo de sujetos, donde no se determina al destinatario específico, creemos que el o los destinatarios serán determinados cuando hayan conocido la propuesta, comprensión con la que coincidimos con (Ovsejevich (1971)

Otra interpretación, con la que coincidimos, considera que el término determinado debe entenderse como determinable; es decir que puede existir indeterminación de la persona a la que va dirigida la oferta, pero ella lo será sólo en el momento en que se lanza la oferta, en que no habrá identificación de la persona que luego resultará acreedor, pues al aceptar ya habrá individualización y desaparecerá la indeterminación (p. 18).

Encuentra en ese hecho – falta de receptividad – la justificación para que sea legislada como invitación a ofrecer, pero a la vez afirma que no se la da la naturaleza jurídica de invitación a ofrecer, porque ésta no debe cumplir con los requisitos de la oferta, en cambio la oferta al público si, salvo con la receptividad, con esto, nosotros también encontramos una justificación para que a la oferta al público se le dé la calidad de invitación a ofrecer, porque la primera la más distante de esta en comparación con la oferta tradicional.

4.2. Postura a Favor

Messineo (1986) como se adelantó líneas atrás considera que

la oferta al público tiene la eficacia de una oferta tradicional, mientras contenga los requisitos esenciales del contrato, con la peculiaridad que en un primer momento la persona a quien se le dirige la propuesta es indeterminada, dejando a salvo la posibilidad que de las circunstancias o usos, la propuesta pueda no equivaler a una oferta (pp. 318, 319).

Es decir, el maestro, dejando a salvo los demás elementos, básicamente el carácter autosuficiente para formar el contrato da la solución más lógica al legitimar la primera con la eficacia de la segunda y previendo que esta situación pueda irrogar a alguna de las partes, deja la salvedad que tal consideración dependerá de las circunstancias o de los usos que rodeen la propuesta, resulta ser una solución más adecuada que la plasmada en nuestro Código Civil.

Aunque Francesco Messineo afirmó que de momento la oferta al público es indeterminada, de manera análoga la oferta, sostiene que es recepticia, en tanto que la aceptación determina la persona hasta entonces incierta. Ante esto, se entiende a lo recepticio como aquello que es objeto o pueda ser recepcionado, asumiendo esto, la oferta al público será recepticia en el momento en el que alguien tenga acceso a ella y considere brindar su aceptación.

En consecuencia podríamos decir que la oferta al público es determinable, toda vez que cuando uno de los sujetos de la masa en la que se emite la propuesta, toma conocimiento de ella y la acepta, se vuelve destinatario específico y conocido la personalidad de la otra parte.

Ferri (2004) también considera que “la Oferta al Público es una oferta contractual, mencionando que solo es necesario que tenga los elementos esenciales del futuro contrato, por tanto la consecuencia usual de cualquier oferta será aplicable a la oferta a la público”.

El mismo autor, explica que la oferta al público no puede confundirse con la invitación a ofrecer – como se encuentra previsto en el artículo 1388° del Código Civil peruano – por causa de que la invitación a ofrecer no sitúa al emisor en una posición de sujeción frente a la potestad del aceptante, en otras palabras, la formación del contrato no dependerá de la acesión del destinatario a dicha invitación a ofrecer, donde por el contrario, generalmente son relevantes las cualidades personales del destinatario.

La oferta al público por su lado, es considerada también por (Ferri, 2004) como una declaración recepticia al decir lo siguiente:

Para que la oferta al público pueda conseguir la eficacia que le es propia debe ser hecha conocida a la colectividad o grupo al que está dirigida: desde tal punto de vista, la oferta al público, como toda oferta contractual, se reconoce como declaración recepticia; sin embargo, este atributo no es reconocido por aquellos que consideran el concepto de declaración recepticia como limitado a la declaración al destinatario necesariamente cierto (p. 55).

Se ha dicho que la intención de contratar es un elemento de la oferta, por lo tanto si consideramos que la oferta al público lo es, es lógico que se deba tener en cuenta. Ahora, la importancia de la intención de contratar, radica en que el contrato es un acto meramente voluntario, el cual se rige por una serie de principios, entre ellos, el Principio de la Autonomía Privada.

La autonomía privada se encuentra prevista en el artículo 1354° del Código Civil, a la que se entiende como la facultad de las partes de pactar libremente el contenido del contrato, pasible de considerarse reflejo de la teoría normativa de los contratos. Es decir, como dice (Castillo, 2016, pág. 121) “implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los

propios fines e intereses o un poder de autoreglamentación, de las propias situaciones y relaciones jurídicas que la doctrina suele denominar como *autonomía privada*”.

Es manifiesta expresión de la libertad de los sujetos, motivo por el que se le denomina libertad contractual, es obvio que como toda libertad tiene limitaciones y su limitación es sujetarse a los parámetros normativos, así como las denominadas situaciones o relaciones indisponibles.

La autonomía privada tiene doble contenido, uno llamado libertad de contratar o de conclusión, es aquella que permite a los agentes contratar o no y de ser así elegir con quien contratar. Otra, llamada libertad contractual o de configuración, que hace alusión a la potestad de establecer los lineamientos del propio contrato que usualmente denominamos cláusulas contractuales.

Es en el primer contenido, donde radica también la facultad del proponente de la oferta de elegir con quien contratar, es decir la receptividad de su oferta al determinar a un destinatario específico, pero si el mismo no tiene una inclinación predeterminada para contratar con un sujeto ya identificado, no se debería negar la posibilidad de que su oferta sea declarada al público en general o a un sector de este y posteriormente con la aceptación de alguno de ellos celebre el contrato, en pleno ejercicio de la autonomía privada de contratar, autoregular su oferta y posterior contrato.

Por su parte, Díez-Picazo (2007) también considera que

la oferta al público sea una oferta contractual, no basta la voluntad del declarante nos dice, sino también que dicha comunicación contenga los elementos del contrato y que el contrato quede formado sin más requisito que la aceptación, como en toda oferta no debe ser necesaria una nueva comunicación del contrato para que se forme

correctamente el contrato. Adicionalmente, distingue la genuina oferta de las simples comunicaciones publicitarias, que a veces contienen meras informaciones, invitaciones o incitaciones, lo cual a nuestra consideración es correcto, pero fácilmente una comunicación publicitaria también puede constituir también una oferta, cuando contenga los requisitos de ella y los elementos esenciales del contrato (p. 289).

El jurista español propone que la oferta al público es una oferta contractual, explicando que puede ser hecha por cualquier persona que desee contratar, siempre que exista conformidad del destinatario, reuniendo los requisitos necesarios que se hayan establecido en la oferta de ser el caso, sin que medie ningún otro acto, el contrato queda perfeccionado, utilizando el orden de prelación por antigüedad de los aceptantes, cuando exceden la cantidad de bienes y/o servicios ofrecidos.

Por otro lado, Forno (2012) en el momento en el que desarrolla lo referente a la oferta al público para conocer la relevancia práctica del distingo entre ella y la invitación a ofrecer, parte de dos ejemplos extraídos y analizados de la jurisprudencia anglosajona y norteamericana respectivamente por José Puig Brutau, donde efectivamente se comprende la diferencia entre ambas figuras y la necesidad de que ambas sean reguladas de forma distinta, para lo cual las haremos nuestras en la presente tesis.

Primer Caso: Según las leyes de ese país, la venta de productos tóxicos sólo puede hacerse legalmente con la intervención de un farmacéutico colegiado. Una adquisición de esta clase fue realizada en un autoservicio que, ciertamente, tenía contratados los servicios de un farmacéutico que acudía a la caja en los casos necesarios para que la ley fuera cumplida, por lo menos en su interpretación literal. Como es sabido, en los autoservicios los clientes tienen acceso a los estantes, que exhiben la mercadería, y

luego, si deciden comprarlos, en la caja pagan la suma total que corresponda. El farmacéutico empleado por la tienda tenía la facultad para revisar los artículos comprados e impedir la adquisición de productos cuya composición química requería una autorización especial. La asociación de farmacéuticos (cuya finalidad real era impedir que disminuyera el número de licenciados que podría encontrar empleo) alegaba que la venta no quedaba perfeccionada en el acto de escoger el cliente el producto (cuya adquisición requería la intervención de un profesional), con lo que estimaba que la ley quedaba vulnerada, pues al llegar el cliente a la caja ya se había realizado la adquisición. A través de esta argumentación se sostenía que la exposición de los artículos de consumo en los estantes en la tienda era una verdadera oferta al público, que se aceptaba al tomarlos el cliente para depositarlos en la correspondiente cesta. La empresa demandada replicaba, contrariamente, que la venta no quedaba perfeccionada hasta que el cliente llegaba al mostrador y el empleado de la caja podía pedir la intervención del farmacéutico. Como puede observarse, la demandada sostenía, en el fondo, que la exposición de las mercaderías en los estantes es una invitación a ofrecer.

Segundo Caso: El cliente de un supermercado sufrió daños al hacer explosión una botella de agua mineral cuando la tomaba de la estantería. Para decidir si se trataba de un caso **de** responsabilidad contractual o extracontractual había que determinar si, siendo la exposición de mercaderías una verdadera oferta, la aceptación se produjo al tomar el cliente la botella o si, siendo la exposición una invitación a ofrecer, no hubo contrato al tomar la botella que en ese momento estalló (Forno, 2012, p. 22).

Por otro lado, la evolución en el ámbito comercial ha ocasionado la creación de nuevas prácticas comerciales, por ende nuevas soluciones e instituciones jurídicas que

aporten al desarrollo social, una de ellas es la oferta al público, donde el declarante tiene la intención seria de contratar y deslindarse voluntariamente del carácter recepticio de una oferta común, donde también figura el interés y la expectativa del público a quienes es dirigida la propuesta, estos actuando de buena fe, esperan que la propuesta hecha - al contener los elementos esenciales de la oferta y la intención del proponente - que con la sola aceptación se forme el contrato y adquieran sin restricciones el bien y/o servicio ofertado y es tal como sucede en la práctica.

Por causa de esto, el Código Civil de 1984 fue elaborado en aras de contar con ordenamiento vigente y acorde a la modernidad, pero al legislar la oferta al público, creemos que se incurrió en un equívoco – tal vez porque como es sabido, la realidad social europea es distinta a la de nuestro país, puesto que la primera contiene un mayor grado de desarrollo comercial y tecnológico, lo que hace posible una mejor normativización de su realidad a comparación de la nuestra, donde incluso la oferta al público es legislada por primera vez, sin haber tenido antecedentes, además de los alcances doctrinarios, que hayan podido brindar un mayor aporte a su regulación - , porque la figura es confundida con la invitación a ofrecer, sin perjuicio de que existan razones para no considerarse como una oferta que aquí denominamos tradicional, el concepto y la ejecución práctica de la oferta al público dista aún más de la invitación a ofrecer, por lo que no deberían ser legisladas en un mismo artículo, ni mucho menos como símiles.

Por eso, acrecentó la necesidad de facilitar el intercambio dentro de los mercados, con lo que también se reconoció la contratación en masa, donde sustentando su postura de considerar a la oferta al público como una verdadera propuesta contractual (Bullard citado en Forno, 2012) hace una apreciación interesante al decir, en referencia a lo que vamos describiendo:

Lo curioso, sin embargo, es que habiendo reconocido y legislado el fenómeno de la contratación en masa, que tiene como una de las características fundamentales la despersonalización de los contratantes, la estandarización de las relaciones no haya podido desprenderse de la oferta en su concepción tradicional. No resulta lógico concebir la contratación en masa si no podemos concebir la oferta también en masa; no podemos concebir la despersonalización del contrato si no concebimos también la despersonalización de la oferta, porque, precisamente, la oferta al público viene a encontrar su más natural (aunque no único) ámbito de actuación en esta esfera del contrato masivo. Es como si el legislador admitiese el contrato como expresión del moderno mundo industrial, pero exigiese para su formación un procedimiento artesanal (p. 24).

Así, por analogía y porque el concepto oferta y contrato están estrechamente ligados, no se entiende por qué no se acepta a las propuestas contractuales indeterminadas como ofertas, al igual que la contratación en masa, donde se utilizan cláusulas estandarizadas y con una de las partes en un primer momento indeterminada. Es cierto, que las consecuencias y los perjuicios ocasionados pueden ser diferentes, pero no creemos sustento suficiente que la falta del carácter recepticio sea determinante para desligar totalmente la oferta al público de los efectos de una oferta tradicional y menos aún acercarla a la invitación a ofrecer.

Es importante resaltar que tanto la validez de la contratación en masa, como la oferta al público, aparecen como respuesta a la necesidad de darle mayor fluidez al tráfico mercantil que proporcione la aceleración de las operaciones en masa, pues los oferentes tienen el interés de obtener mayores ganancias de forma más eficiente y los consumidores más facilidades y rapidez en la satisfacción de sus intereses, mediante la adquisición de bienes y servicios.

No aceptar que la oferta al público tenga eficacia contractual liminarmente, es favorecer a los emisores de la declaración en perjuicio de los intereses de los destinatarios, ya que ellos tendrán la capacidad de rechazar alguna aceptación indiscriminadamente. Podría justificarse cuando existan más aceptaciones que bienes y/o servicios ofertados, pero con la postura del código civil, se faculta a rechazar esta clase de propuestas, cuando incluso se encuentren en la capacidad de satisfacer todas las ofertas expedidas, sin necesidad de que medie algún sustento, ocasionando una vulneración de la tutela de los agentes receptores y la seguridad jurídica, para entender citaremos un ejemplo presentado por la doctrina.

Primus ofrece al público 600 pares de zapatos, donde existen 800 aceptaciones, en este caso, lógicamente encontrará justificación para rechazar las 200 aceptaciones excedentes, tomándose en cuenta el orden en el que fueron conocidas las aceptaciones. Pero, con la postura que tiene el código civil, donde las aceptaciones como invitación a ofrecer constituirían ya ofertas, Primus podría también, rechazar cualquiera de las primeras 600 que le hagan los consumidores, pues al ser “ofertas” tiene la libertad de elegir contratar o no, posición que ha sido conferida por la normativa al negarse la eficacia de la oferta contractual a la oferta al público (Forno, 2012, p. 26)

Del ejemplo, se nota que existe un beneficio injustificado a favor del empresario y en contra del destinatario, lo cual podría vulnerar el denominado Principio Pro Consumidor de ser el caso, el mismo, entiende que en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores.

Por tanto, el artículo 1388° estaría transgrediendo el principio aludido, otorgando por el contrario, una protección desmedida al empresario, que siempre se encontrará en una situación de ventaja frente al consumidor, y que el Estado debe velar por equiparar esa

situación de desventaja, a través de sus normas especiales y generales, lo que en el presente caso no ocurre, debido a que se le otorga a los proponentes de una oferta al público la facultad de declinar su propuesta sin justificación.

Por su parte, Jiménez Vargas Machuca (s.f) también hace un análisis crítico respecto a la regulación de la oferta al público en el código civil y en la ya derogada Ley de protección al Consumidor partiendo también del fenómeno de nuestra época, la contratación en masa, predominante en la actualidad. En la denominada tercera ola, al masificarse la economía de la sociedad, el consumo se compone ya no por personas, sino por agregados humanos, “sin nombre ni rostro determinado”, en otras palabras, son irrelevantes los datos personales, además apunta una cuestión interesante:

Las partes no negocian el contenido de estos contratos; no existen las tratativas, los contratantes no se sientan en una mesa a discutir las particularidades del contrato que pretenden celebrar. Por el contrario, estas partes ni siquiera se llegan a conocer, ni antes ni después de celebrarlo y hasta ejecutado el contrato, pues ello es irrelevante. ¿O es que los accionistas de una cadena de supermercados saben – o siquiera les interesa saber – quienes son cada una de las personas que han adquirido productos en alguno de sus establecimientos? (Jiménez Vargas Machuca, s.f., p. 24)

Entender a la oferta al público como una invitación a ofrecer, es aceptar que el emisor de la declaración estipula las condiciones del contrato y sería él mismo quien también tendría que aceptar o rechazar la oferta elaborada por el mismo, resaltando nuevamente la confusión al respecto, haciéndose notar la deficiencia de la norma.

Nuevamente, la contratación masiva resultaría una ficción jurídica y ciertamente ilógica, principalmente porque esa no es la naturaleza jurídica real de la contratación, ni mucho menos sucede en la realidad, – la realidad de la contratación en masa es que basta la

aceptación del destinatario para celebrar el contrato, lo que normalmente sucede con el estampado de la firma en el documento donde constan las cláusulas preestablecidas - ya que en los contratos formados en base a cláusulas generales o por adhesión el oferente, se convertiría posteriormente en aceptante.

Entonces, no existirían esta clase de contrataciones o en todo caso la normativa respecto a los contratos en masa sería también ineficaz, incluso partiendo desde su propia denominación, teniendo existencia solamente en la contratación tradicional o también denominada paritaria “mejor dicho en la contratación en que la oferta es dirigida a persona determinada y no al público, donde el aceptante es el destinatario de la oferta (...), entonces nos encontramos ante un circuito sin salida auténticamente kafkiano, un total despropósito” (Jiménez Vargas Machuca, s.f., p. 15).

En ese sentido, nadie podría adherirse a estas modalidades de contratos, porque el aceptante de la oferta sería quien propuso en un primer inicio los términos y condiciones de la misma propuesta, vulnerando nuevamente los derechos de los consumidores o el espíritu pro-consumidor, cuando de por sí existe un desequilibrio entre las partes en estos contratos, el desequilibrio se incrementaría, ya que en vez de brindar mecanismos paritarios en procura de tutelar los intereses de la parte más débil, se termina por ampliar la brecha, pues con una mayor discrecionalidad a favor del oferente-aceptante, se incrementan las posibilidades de actuaciones arbitrarias, ya que al fin y al cabo serían respaldadas por la normativa, con efecto contradictorio a las disposiciones de la propia Constitución Política del país, que protege el interés de los consumidores y usuarios combatiendo las prácticas que favorezcan las posiciones dominantes dentro del mercado.

4.2.1. Ejemplos de oferta al público.

Se intentará hacer de los ejemplos, lo más real posible, de acuerdo a lo que se entiende por oferta al público y lo que en la realidad social se practica y se ve con normalidad.

- a.** Cayo pretende vender una casa ubicada en el distrito de Huancayo a un precio de \$ 120,000.00 dólares americanos o su equivalente al tipo de cambio, dicho precio es extraído de una tasación comercial del predio. Para tal efecto, realiza un aviso publicitario en el diario Correo y a través de un cartel pegado en la ventana del segundo piso del inmueble, en ellos hace una descripción breve del mismo y expresa la posibilidad que quienes puedan estar interesados visiten el predio. La primera persona no acepta, porque no es de su agrado el diseño del bien, la segunda se niega porque a su parecer el inmueble está sobrevalorado, es la tercera quien está satisfecha con las condiciones y acepta la propuesta, con lo cual proceden a suscribir el contrato, donde la entrega del bien se realizará una vez pagado el 50% del total de la contraprestación.
- b.** La tienda Curacao vende un televisor Smart tv de 42' de marca Samsung a un precio de S/. 2,200.00 soles, el cual puede ser pagado en 12 meses sin cargo de intereses, solo con la tarjeta única. La propuesta es ventilada a través de un escaparate expuesto en el establecimiento del local y por medio de un catálogo físico. Ticio tiene acceso a la publicidad, puesto que el catalogo fue dejado en su vivienda, en el cual también se detalla que la misma tendrá una vigencia del 07 de octubre al 31 de octubre, entonces siendo el día 15 de octubre, se acerca a las instalaciones de la tienda, solicitando pagar el televisor en 12 cuotas como se ve en la propaganda, pues cuenta con la tarjeta única, de esta manera paga la primera cuota, suscriben el contrato y se hace entrega del televisor.

- c.** En el supuesto en el que se hayan agotado los bienes ofrecidos, el incumplimiento será responsabilidad de la Curacao, porque ellos mismos establecieron el límite de la propuesta y aún se encontraba vigente al momento en el que Ticio se acercó a las instalaciones de la tienda, además no se determinó la cantidad que estaban en capacidad de vender, en todo caso para cumplir con lo ofertado podría hacer alguna clase de descuento en otro televisor similar, brindando un regalo adicional tal adquisición, es decir utilizar medios que puedan satisfacer el interés de Ticio que en un primer momento se encuentran siendo vulnerados, para que el conflicto suscitado se solucione en esa instancia.
- d.** Dentro de la Universidad Continental, existen varios dispensadores de alimentos, en ellos se pone a la venta una serie de productos para que los miembros de la comunidad educativa puedan consumirlos, obviamente donde la vigencia de las propuestas se determinará de acuerdo a la cantidad de los productos específicos que se encuentren en tal dispensador. Así, entre todas las personas que tienen acceso al dispensador, un docente de la carrera de Derecho se acerca e introduce una moneda de S/. 5.00 soles y presiona el botón para que la maquina dispense una gaseosa Inka Kola light, pero la maquina se avería por cuestiones desconocidas, el envase de la gaseosa se atora y no es expedido. Nuevamente el docente inserta otra moneda de S/. 5.00 soles, nuevamente ocurre lo mismo, es recién a la tercera vez donde logra extraer el producto, el hecho evidentemente ya le ha ocasionado un perjuicio, porque perdió en promedio unos S/. 12.50, llegó tarde a marcar su ingreso, que acarrea un descuento y también llegó tarde al dictado de sus clases.

En este caso, si optamos por considerar a la oferta al público como una oferta, el proveedor del dispensador tendría la obligación de brindarle las 02 gaseosas

adicionales, además de la diferencia pagada, o la totalidad que pagó por algo que no consumió e incluso un resarcimiento por el daño ocasionado (un descuento por parte de la universidad más los intereses legales, y el perjuicio ocasionado por el retraso en el dictado de clases).

Si nos regimos por lo establecido en el artículo 1388° del Código Civil, se trataría de una invitación a ofrecer y por tanto no existió un contrato, la devolución encontraría inconvenientes y difícilmente podría solicitar un resarcimiento, o en todo caso no se delimitaría si se trata de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Existe una controversia entre el código civil y el código de protección y defensa del consumidor como se verá más adelante que ocasiona un conflicto factico y legal, donde no existe armonía para tratar un hecho que parece bastante simple y en realidad debería serlo.

- e. La aerolínea Lan pone a la venta pasajes aéreos de Lima a Bogotá a un precio de \$300.00 Dólares americanos, Cirilo que es un gran empresario productor de papas del distrito de Pucará de la ciudad de Huancayo, tiene la necesidad de viajar a Colombia por asuntos laborales, debido a que exporta ese producto a dicho país, al momento de acercarse a una de las agencias de viaje de esta empresa, la persona encargada se niega a venderle el pasaje por razones discriminatorias. Pese a que Cirilo acciona contra Lan, donde es sancionada administrativamente y además está obligada a resarcir los daños ocasionados, en razón de que Cirilo no pudo viajar a Colombia y no pudo arribar a un acuerdo bastante importante para su empresa, afectando también su imagen como empresario.

En este ejemplo se abarca más allá de un conflicto contractual, a saber se evidencia un claro caso de discriminación, que está totalmente prohibido desde nuestra carta

magna, no es de conocimiento ajeno que en nuestra sociedad se han suscitado hechos similares – discotecas, restaurantes, hoteles, etc. – que han sido sancionados tal como corresponde. Pero sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1388° del código civil, se estaría legitimando esta práctica, porque al ser una invitación los proponentes tendrían la facultad de elegir con quien contratar, debido a que son ellos quienes se convierten en destinatarios de la supuesta oferta hecha – en este caso por Cirilo - es decir que se estaría promoviendo en cierto sentido la discriminación por la regulación civil, lo cual es ilegal y nuevamente se verifica la ineficacia de dicho artículo siendo necesaria su adecuación a la realidad, sin dejar espacios a un interpretación perjudicial.

- f. Al inicio del acápite referente a los contratos, se ha dicho que desde prácticas tan simples las personas contratan en su desenvolvimiento social a diario. De esta manera, Sempronio necesita trasladarse de la ciudad de Huancayo a Lima, evaluando las propuestas hechas por la empresa Cruz del Sur, donde el precio del pasaje es de S/. 80.00 soles, en Turismo Central es de S/. 50.00 soles, en Etucsa es de S/. 35.00 soles y en colectivo es de S/. 60.00 soles – todas estas empresas hacen ofertas al público a un número indeterminado de sujetos, mediante sus páginas web - un presupuesto accesible para él es la propuesta de Turismo Central, pero también tiene la necesidad de llegar lo más antes posible a la ciudad de Lima, por lo que elige trasladarse en un colectivo, debido a que la diferencia no es considerable. Como se ve, Sempronio eligió lo más conveniente, de todas las ofertas al público a las que tuvo acceso, al igual que muchos otros destinatarios de situaciones similar que necesitaban llegar a la ciudad de Lima, pero determinadas circunstancias eligieron la misma u otra opción. Lo mismo sucedería en los transportes públicos de transporte dentro de una misma localidad.

- g. La cebichería “Pez Uña” ofrece, a través de una pizarra y en la carta del menú una serie de platos, donde el cebiche mixto cuesta S/. 40.00 soles, al día concurren al local una gran cantidad de comensales, además muchas personas que pasan por el lugar y otras que ingresan, pero que no acceden a consumir dicho cebiche por considerar el precio demasiado elevado. Las demás, que si consumen, basta con la aceptación al ofrecimiento propuesto para celebrar el contrato de consumo no solo respecto del bien (alimentos), sino también del servicio brindado por los trabajadores del restaurante, la celebración del contrato es posible, porque la propuesta hecha contiene los elementos suficientes para que sea así.

Se podrían plantear innumerables ejemplos, lo importante es que en cada uno de los ejemplos, se verifica la importancia de la voluntad subjetiva de contratar, que se realiza de forma seria y bajo las condiciones que los mismos proponentes establecen, propuestas que contienen los elementos esenciales del futuro contrato, en algunos casos elementos accidentales que si bien no son requisitos indispensables, nada imposibilita su presencia.

En tal sentido, del conjunto indeterminado de destinatarios, cualquiera de ellos que accedió a la propuesta, pudo contraer una serie de derechos y obligaciones, a través del vínculo contractual, sin que exista la necesidad de conocer la identidad del destinatario, entonces la receptividad no constituye un presupuesto innegable para darle la obligatoriedad que corresponde a la oferta al público, en los casos que también corresponde, pues tampoco negaremos que existe la posibilidad que una propuesta de tal magnitud no constituya necesariamente una oferta si de sus circunstancias y naturaleza se extrae lo contrario, si por ejemplo la propuesta no contiene el elemento “precio” que es importante en toda oferta.

En ninguno de los casos los proponentes establecen que su propuesta vale como oferta, pero aun así de la práctica se extrae que basta la aceptación de los destinatarios para

celebrar el contrato, por tanto la oferta al público tuvo carácter obligatorio, quedando claro que es innecesaria expresar claramente que valdrá como una oferta, tal como lo prescribe el artículo 1388° del Código Civil.

4.3. La invitación a ofrecer

La invitación a ofrecer tiene naturaleza jurídica precontractual, diferente a la oferta que tiene naturaleza contractual, en consecuencia tampoco acarrea obligación para el emisor de tal invitación, evidentemente no constituye una oferta, en cambio es una figura anterior a ésta y aunque puedan ser parecidas, porque en la invitación a ofrecer no se indican todos los extremos del futuro contrato, pero como afirma (Scognamiglio citado en Forno, 2012, p. 20) “sí deben señalarse aquellos que permitan a los terceros que reciben la invitación formular apropiadamente una oferta, empezando por la individualización del tipo de contrato que se pretende celebrar”

“La invitación a ofrecer es entonces, aquella solicitud hecha a una o varias personas de forma separada, para que se constituyan en oferentes, también llamados proponentes de un contrato futuro respecto de quien dirige la invitación” (Messineo, 1986, p. 320).

La invitación a ofrecer, aunque es factible que pueda contener todos los elementos del futuro contrato, tampoco constituye una oferta, ya que no existe una intención seria de contratar con la sola declaración ni con cualquier sujeto, sino que se espera que otras hagan la oferta, para que el emisor de la invitación pueda someter a consideración cuál de ellas se acomoda más a sus intereses, pudiendo aceptar una, como rechazar todas las ofertas recibidas, como lo dice (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 632) “a fin de que sean los invitados quienes precisen los elementos del contrato, reservándose el invitante el derecho de aceptar o rechazar las ofertas que se formulen accediendo a la invitación”, sin ninguna clase de sujeción para el declarante de la invitación u obligación alguna, salvo las consecuencias

naturales que acarrea ya la oferta, como la carga de rechazarla sin demora y la buena fe en el campo de las tratativas.

Pese a que en la mayoría de los casos la invitación a ofrecer es realizada a un público donde las personas son destinatarios, utilizada más que nada en la contratación en masa, nada impide que se pueda realizar a una persona previamente individualizada.

Entonces, la invitación a ofrecer no es una propuesta contractual, gracias a que tiene una finalidad distinta, donde por diversas causas el emisor quiere esperar a que se le hagan verdaderas propuestas contractuales, para que de ese conjunto pueda extraer alguna que le interese o simplemente rechazar cuando ninguna lo hace. “Por eso, quien realiza la invitación no asume ningún compromiso, sino que solo da inicio a una fase de negociaciones o tratos preliminares que pueden culminar con las (o la) ofertas de los interesados” (Forno, 2012, p. 20).

Vendría a ser una suerte de *galanteo*, una forma de atracción/seducción sin ningún compromiso. Esto, evidentemente, dentro de los parámetros de la buena fe objetiva (lealtad), pues si bien tal invitación no genera obligación alguna a cargo del declarante - quien goza de entera y plena libertad – no puede dispensársele de posibles abusos y, además, por estar la invitación a ofrecer situada en el ámbito de las tratativas, se encuentra sujeta a lo dispuesto por el artículo 1362° del Código Civil (Jiménez Vargas Machuca, s.f., pp. 10, 11).

Ejemplo: Ticio quiere vender su automóvil y realiza una invitación a ofrecer, a través de un aviso publicitario en la parte posterior del mismo auto, donde solo menciona la frase “se vende – comunicarse al número x”, entre las tantas personas que logran leer el anuncio, Cayo se comunica con Ticio y le pregunta el monto aproximado sobre el cual pretende vender el auto, luego de esto Cayo emite una oferta formal reduciendo un poco el monto que

brindo en un primer momento Ticio llegando a ser conocido por Cayo, pero Sempronio que también tuvo acceso al anuncio y luego del mismo procedimiento, manifiesta que está dispuesto a pagar precio inicial que propuso Ticio, enviando también una oferta formal. Ticio acepta la oferta hecha por Sempronio, rechazando la oferta hecha por Cayo. Nada impide que en este caso Ticio rechace ambas ofertas, pues al tratarse de una invitación a ofrecer donde los destinatarios se convierten en oferentes y el proponente en destinatario de la oferta, tiene tal facultad discrecional.

Vemos que el ejemplo citado tiene una similitud con el que se utilizó en los casos de la oferta al público, salvo que en él se pretendía vender un inmueble, sin embargo no son supuestos son iguales, sin que se haya dado cabida a que se confundan por las justificaciones ya expuestas y es que en uno se establecen los elementos de la oferta, salvo la receptividad y las condiciones del contrato – bien, objeto, características del bien, etc. – en el otro solo se menciona la disposición de vender, donde luego de las negociaciones llevadas a cabo pueden llegar a un acuerdo y celebrar el contrato, como rechazar todas la ofertas, la primera se hace obligatoria con la aceptación de la propuesta (oferta al público), en la segunda el emisor no tiene ninguna obligación si alguno de los destinatarios emite una oferta (invitación a ofrecer), cosa distinta cuando en esta última ya se encuentran invertidos los papeles y la aceptación de la oferta hecha por el primigenio destinatario ya acarrear obligaciones, aunque parece un trabalenguas, creemos que quedan claras las diferencias entre ambas figuras.

4.3.1. La subasta.

A diferencia de la oferta al público, la subasta si constituye una verdadera invitación a ofrecer y no es casualidad que el artículo consecuente al 1388° delimite el significa de ella cuando dispone: “En la subasta, la convocatoria en una invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente. El contrato se celebra

cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 487).

La expresión subasta fue utilizada por los Romanos, de los términos *sub-hasta* = bajo la lanza, esto porque en aquel tiempo se dice que cuando se realizaban las ventas públicas, se utilizaba como señal una lanza.

Hasta la actualidad, es muchas veces utilizada, sirve para contratar bienes y servicios, entre el subastador o su representante, llamado comitente y el mejor postor. Es decir, cuando un sujeto determinado tiene la intención de contratar un bien o servicio, hace de conocimiento público su decisión – por esto que cuando se trata de un contrato de compraventa, por ejemplo, se le denomine venta pública – para que aquellos los que estén interesados concurren a dicha “convocatoria” para que puedan realizar alguna oferta, sujeta a la condición resolutoria de que antes de ser aceptada no haya una postura mejor, normalmente el precio, con el fin de convencer al subastador de contratar con él, sobre una base impuesta por el mismo.

La subasta puede ser realizada por voluntad de una de las partes o por algún mandato judicial, como es el caso de los conocidos remates cuando un deudor no tiene como pagar su acreencia, y la autoridad administrativa o judicial tiene la imperiosa necesidad de ejecutar su patrimonio.

Al efecto, el subastador convoca a la subasta del bien, indicando el precio mínimo que está dispuesto a aceptar por la transferencia, y expresando que la buena pro, o sea el derecho a establecer la correspondiente relación jurídica, se otorgará a quien formule la mejor postura. La peculiaridad de la subasta es que cada postura caduca automáticamente con la formulación de la mejor postura, hasta el momento en el que el subastador pone fin a la subasta, bien por haberse vencido el plazo señalado para

ella o bien por no mejorarse la postura vigente. Finalizada la subasta, el contrato se celebrará entre el subastador, o su representado (comitente), y aquel cuya postura se encuentre vigente al momento de la finalización (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 638).

De lo definido respecto a la subasta, podemos extraer que además del consentimiento – conjunción de las declaraciones de voluntad de las partes – que a todo contrato le merece, encontramos otra declaración adicional, es decir que en la invitación a ofrecer en general, como en la subasta en específico existen tres declaraciones, denominadas en ésta última como la convocatoria, postura y buena pro.

La naturaleza jurídica, aceptada por el Código Civil peruano, es entonces la de una invitación a ofrecer, donde se verifica la intención precontractual de convocar a un número incierto de personas, con la finalidad que estas hagan propuestas contractuales. Dicha naturaleza es determinada por la finalidad de la realidad socioeconómica de tal declaración, donde la convocatoria es una invitación, las posturas son las ofertas y la buena pro es aceptación (Ibrres Méndez, s.f.), así pues, la subasta es “un procedimiento ordenado de sucesivas declaraciones de voluntad, unas presupuestas de las otras, de tal manera que su secuencia completa el ciclo de formación del contrato” (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 643)

Por otro lado, la subasta es abierta cuando el subastador no pone límite en el número de destinatarios, es decir que cualquier persona del público que tenga conocimiento de la subasta podrá participar de ella, formulando posturas (ofertas) sujetas a consideración, por consiguiente, carente de receptividad. Al contrario, es cerrada cuando el subastador establece límites de participación a quienes reúnan determinados requisitos.

4.3.2. Concurso público

Hay formas de celebrar contratos de diversa magnitud realizada bajo la figura de invitación a ofrecer, las denominadas licitaciones públicas, privadas, concursos laborales – en todas sus modalidades que no nos corresponde aquí explicar - donde el invitante, puede ser una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que tiene como objetivo contratar bienes o servicios, también con una persona natural o jurídica, realiza una declaración donde se establece requisitos o cualidades mínimas que éstos deban cumplir – se trata de la invitación a ofrecer cerrada - para que luego de una evaluación, a través del procedimiento establecido por el invitante, los postores presenten sus propuestas configuradas como ofertas, aceptándose la propuesta más favorable o que supere positivamente las cualidades o requisitos mínimos de la invitación, obteniéndose como consecuencia la celebración del contrato, a su vez la selección del mejor postor es realizado por quien formula la invitación a ofrecer o por terceros designados por éste.

El contrato puede quedar formado a través de un concurso público cuando uno de los contratantes manifiesta su voluntad de que el contrato se celebrará con la persona que resulte elegida no solo por sus condiciones económicas (mejor postor y mejor postura), como ocurre en las subastas, sino también en atención a otras condiciones personales de los concurrentes, como pueden ser la pericia profesional, técnica, etc.

Generalmente, esta última clase de convocatorias acontece en los puestos laborales, donde se declara la necesidad de contratar a una persona que reúna determinados requisitos específicos, normalmente establecidos en las bases que rige la normativa interna que guiará la modalidad de elección de quien cubrirá la plaza vacante. En algunos casos se establece la remuneración a pagar a cambio de la prestación de los servicios, lo que nos da a entender que no se exige la concurrencia mínima de algún elemento contractual, sin perjuicio que así lo

pueda establecer el invitante, después de todo la discrecionalidad de elección la tendrá el mismo, de acuerdo a las bases o al mero arbitrio.

Además, las licitaciones para adquirir bienes o para realizar obras, también son realizadas mediante esta figura, otra vez, las bases determinan los requisitos mínimos de los postores, quienes deben acreditar el cumplimiento de ellas, pero a diferencia de la subasta, en este caso la mejor postura es determinada por la oferta que acarree el menor costo para el invitante, pero la calidad más alta posible de lo contratado, por ejemplo cuando una Municipalidad realiza una licitación para el asfaltado de una determinada carretera.

Estas modalidades de invitación a ofrecer, si bien tienen matices diferenciales entre ellas, se entiende que el invitante desea que se le hagan llegar ofertas, para que pueda elegir entre todas la que mejor se adecue a sus necesidades, manteniendo siempre las características de la invitación a ofrecer. Por el contrario, la oferta al público no puede ser tratada como una invitación a ofrecer porque son figuras distintas, compartiendo más elementos con la oferta que con la invitación a ofrecer.

4.4. Legislación comparada

- a.** Varios de los autores que hemos citados que se encuentran a favor del artículo vigente sobre la oferta al público, han intentado sustentar su posición en el Convenio de Viena de 1980 entrada en vigor el año 1988, que tiene como finalidad “prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones” (UNCITRAL, 2017).

Es a partir artículo 14° que se regula la formación del contrato y se hace alusión a la oferta y la oferta al público, expresando una fórmula similar acogida por nuestro artículo 1388°, o sea considera a la propuesta no dirigida a persona o personas determinadas como invitación a ofrecer, bajo la salvedad que el proponente indique claramente lo contrario.

Debemos considerar que esta definición es deficiente por todos los argumentos que se han venido desarrollando, por tanto, aunque se trate de una normativa internacional que normalmente debe ser utilizada como directriz de las regulaciones internas de cada país, no se debe realizar una copia exacta de aquello que no tiene uso práctico y en consecuencia es ineficaz.

- b.** Contrariamente, de los Principios Unidroit se puede extraer una interpretación que no niega el carácter contractual de la oferta al público al hacer referencia a la intención del emisor de obligarse, cuando el artículo 2.2. expresa; “Para celebrar un contrato una propuesta constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación” (Texto de los Principios Unidroit de los Contratos Comerciales Internacionales, s.f.).
- c.** En sentido contrario, el código civil y la opinión mayoritaria de la doctrina italiana tienen una fórmula más precisa, que se adecua a la realidad, lo que no es entendible es el motivo por el cual no fue considerada una regulación similar en nuestro país si el libro de contratos fue tomado como referencia, a través del trasplante jurídico de normas.

Es así, que el código civil italiano regula en su artículo 1336° lo siguiente: “Oferta al Público.- La Oferta al Público, cuando contiene los extremos esenciales del contrato a

cuya celebración está dirigida, vale como oferta, salvo que algo distinto resulte de las circunstancias o de los usos.

Es interesante el artículo citado en el párrafo anterior, pues en la praxis los efectos de la oferta al público en su generalidad son contractuales, pero además en el caso que la propuesta no resulte ser una oferta, se niega la posibilidad que pueda tener los efectos como tal, de esta forma resulta menester hacer la última mención, por tanto debería considerar esta solución más pacífica que se ajusta también a nuestra realidad, sin que esto importe sugerencia alguna de realizar una mera copia literal de dicho artículo, sino tomarla en cuenta para que pueda validarse los efectos contractuales de la oferta al público, cuando de los hechos y de sus características se infiera ser así.

(Jiménez Vargas Machuca, s.f., p. 9), quien hace referencia al artículo 16° del *Contract Code* que dispone la posibilidad de realizar la oferta a una persona determinada, a un grupo de personas o al público en general. Además, el inciso 3 del artículo 7° del Código Suizo de Obligaciones establece que las mercaderías donde se indique el precio es considerada una oferta.

- d.** El derecho argentino no es ajeno a lo que ahora describimos, bien se desarrolla en el libro que dirige (Mosset Iturraspe, 2004, p. 104), el derecho mercantil cuando estaba apartado del Código Civil optó válidamente por aceptar los efectos contractuales de la oferta al público, en el artículo 7° de la Ley 24.240, ley que tutela a los consumidores al establecer: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite (...)”.

Antes de la dación del actual Código Civil y Comercial de la Nación promulgado en el año 2014 y vigente a partir del 2015, ya se hacían esfuerzos por otorgar normativamente a la oferta al público la naturaleza jurídica que le corresponde

intentado constantemente que se acepte la determinabilidad del destinatario para que la propuesta en cuestión tenga los efectos de una oferta, así en Proyecto de Código Único de 1987 admite que la oferta también sea dirigida a persona determinable, con la necesidad de indicar la intención de contratar del emisor, acorde a los usos y circunstancias de cada caso, conteniendo los elementos necesarios del contrato, propuesta que coincide con el Proyecto de la Cámara de Diputados de Argentina de 1993 y con el Proyecto del Poder Ejecutivo de Argentina del mismo año (Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, 1998).

Además, haciendo alusión nuevamente al Código Civil y Comercial de la Nación (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014, p. 159), se modificaron correctamente los anteriores artículos respecto a éste tema obteniendo como resultado los siguientes:

“Artículo 972. Oferta.- La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”.

“Artículo 973. Invitación a ofertar.- La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan sus ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos”.

- e. El Código Civil mexicano, de manera diferente, si bien no establece literalmente que la oferta al público revista los efectos de una oferta común, tácitamente acepta su validez como tal, exigiendo solo el elemento esencial de la determinación del precio.

Así el artículo 1860° establece: “El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento” (Mexico, 2017).

Podría considerarse ciertamente incompleta la redacción de la definición plasmada en el derecho mexicano, ya que el precio no es el único elemento esencial para que una propuesta sea considerada una oferta, sin embargo no quiere decir que sea una redacción incorrecta en su totalidad, pues acierta al se aceptar que la falta de receptividad de una propuesta no le puede quitar los efectos contractuales a la misma.

- f. El Código Civil paraguayo no es ajeno a estas consideraciones, debido a que el artículo 685° permite - aun quizás con mayor amplitud de una forma similar al Código Civil mexicano – el carácter de oferta a la exposición de mercaderías al disponer que: “El oferente no queda obligado si ha hecho reserva expresa, o si su intención de no obligarse resulta de las circunstancias o de la naturaleza del negocio. El envío de tarifas o listas de precios no constituye oferta. La exposición de mercaderías al público, con indicación del precio, importa oferta”.

Al igual que en la doctrina, en la legislación no existe unanimidad respecto a la concepción de la naturaleza jurídica de la oferta al público, pues así como la peruana restringe los efectos contractuales, hay otros ordenamientos, como los mencionados, que si lo aceptan, por lo que consideramos que además de los argumentos doctrinarios y la evidencia practica que se presenta en nuestro país, se debe optar por la adecuación de la normatividad a la realidad, tomando las precauciones del caso, donde el texto normativo exprese su validez como oferta dependiendo de las circunstancias de la propuesta, no bastando solamente la indicación del precio tal como se hace México y Paraguay, sino que cumpla con los requisitos de la oferta, considerando la determinabilidad de ésta clase de propuestas.

4.5. La eficacia del artículo 1388° del Código Civil Peruano

El artículo 1388° dispone: La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene carácter obligatorio de una oferta valdrá como tal.

Por consiguiente, la oferta al público es legitimada por el código civil como invitación a ofrecer, con la única excepción de la expresión clara del proponente de que su propuesta es una oferta, en caso contrario no existirá un vínculo jurídico contractual si es aceptada por el destinatario.

Toda norma como objetivo principal desde la perspectiva del derecho propuesta por Hans Kelsen, es que las personas se comporten de una manera específica, de ahí el deber ser y de ahí que la estructura de una norma sea un supuesto de hecho que mediante el nexo causa se obtenga una consecuencia jurídica. Entonces, nuestro supuesto de hecho es la propuesta realizada a sujetos indeterminados, donde la consecuencia inmediata es que vale como invitación a ofrecer, es decir no genera obligación alguna, salvo que se exprese claramente la obligatoriedad de la misma, en ese caso si valdrá como una oferta común y por ende se generará una obligación contractual cuando medie la aceptación.

Ahora, la eficacia es propia de los sistemas normativos, (Kelsen citado en Navarro & Moreso, s.f., p. 4) “no ha de entenderse únicamente el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales... sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico”.

En otras palabras, la eficacia de las normas radica en la obligatoriedad de su cumplimiento, es decir que estas deben ser cumplidas por la ciudadanía en general, tal eficacia dependerá de la aplicación práctica que tiene cada norma, dado que su elaboración debe partir de la extracción social, en efecto “la norma acota una parte de la realidad social y

la estructura como realidad jurídica, determinando derechos, deberes, facultades, potestades, funciones... esto último es lo que se denomina eficacia constitutiva de la normas” (De Castro Vitores, 2004, p. 1).

Además de las cuestiones ya planteadas con anterioridad, el artículo 1388° en su segundo párrafo propone una posible solución, en un intento de conservar una propuesta carente de contundencia normativa, con lo que nos da a entender que la oferta al público como regla general valdría como una invitación a ofrecer y tener como excepción su legitimidad como oferta cuando así sea expresado por el declarante.

Pero Jiménez Vargas Machuca (s.f.) objeta mediante una consecuencia lógica que no tiene práctica real:

En este caso, en la puerta de ingreso de un supermercado tendría que colocarse un letrero que informe a los potenciales consumidores que su oferta es vinculante, pues de lo contrario sólo será una invitación a ofrecer. Y la realidad cae como una baldosa sobre estos juegos de palabras: ni a consumidores ni a comerciantes favorece ni interesa este tipo de reglas, más aun, es práctica comercial común y de gran antigüedad que el proveedor se obligue en forma definitiva a entregar el bien o servicio a cambio del precio (p. 16).

Nuevamente citando a Forno (2012) entendemos que el segundo párrafo es un tanto ilógico, ya que, refiriéndose a la validez de la oferta al público como oferta, dice

Para este fin, que su naturaleza de verdadera oferta resulte con claridad de los propios términos de ella, de modo que se emita concurriendo aquel requisito que debe acompañar siempre a toda oferta, consistente en la seria intervención de vincularse

que debe animar al proponente, según se ha explicado en su lugar al analizar dicho requisito (p. 32).

Es cierto que el segundo párrafo del artículo 1388° “no es algo laborioso o difícil de realizar pues basta que sea hecha en las propuestas o en los establecimientos donde se efectúa el comercio masivo” (De la Puente y Lavalle, 2001, p. 5), sin embargo tampoco se puede negar que la práctica ha demostrado que los agentes que realizan ofertas al público, no expresan que sus propuestas tengan el carácter obligatorio de una oferta, sea cual fuese el motivo por el que no lo realicen, quizás un tema de practicidad o sea para proteger alguna conducta arbitraria respaldada por la norma, sin que tampoco se niegue tal carácter, pues en la práctica basta la aceptación de la persona que tuvo conocimiento de la propuesta para que se celebre el contrato, constituyendo de esta manera otra causal para determinar la eficacia del artículo en cuestión.

Incluso, resulta inútil también para la otra parte – los proponentes – que en su mayoría son las empresas que se desenvuelven dentro del mercado por una explicación fácil, la práctica comercial ha demostrado que ellos toman a las ofertas al público como obligatorias, determinado por los usos y costumbres del entorno económico al que se hace alusión, esto no es otra cosa que la intención seria de contratar del proponente de la oferta al público.

Por eso, el artículo 1388° del Código Civil que venimos tratando resulta ineficaz, debido a que la práctica comercial ha puesto en evidencia que las propuestas hechas a sujetos indeterminados no se realizan como invitaciones a ofrecer, sino por el contrario tienen por finalidad celebrar contratos, y efectivamente así lo hacen, sin poner en práctica lo previsto por dicho artículo.

Asimismo, la solución planteada en el segundo párrafo no se lleva a cabo en nuestra realidad, los emisores de la oferta al público evitan expresar claramente la obligatoriedad de

su propuesta, pese a que en la mayoría de los casos, cuando su propuesta contiene los requisitos de la oferta tradicional, concretan la celebración de actos jurídicos de carácter contractual que obligan a las partes involucradas, lo que conlleva a la necesidad de realizar una modificación de la norma y la efectiva adecuación de nuestra realidad social a nuestra realidad jurídica, para procurar la eficacia normativa de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO V

PROPUESTA TEORICA

5.1. La policitación como posible solución

Se había adelantado que el ilustre profesor Manuel de la Puente, cambió de parecer en cuanto a su consideración de la oferta al público como una invitación a ofrecer, esta vez, en respuesta a un artículo que considera como excelente, escrito por la jurista Roxana Jiménez, propone una solución más pacífica respecto a la oferta al público, aunque continua negando la posibilidad de considerarse como una oferta porque no cumple con el requisito de la receptividad, considera también que naturalmente la oferta al público no constituye una invitación a ofrecer, sino que se trata de una policitación.

El profesor De la Puente, considera que la receptividad es un requisito obligatorio que debe contener toda oferta, por tanto la conclusión más próxima es que la declaración de voluntad contractual dirigida a personas indeterminadas no es una oferta, en el sentido estricto de la palabra, pero acepta además que tal declaración no es inválida, sino que solamente carece del carácter de oferta (De la Puente y Lavalle, 2001, p. 2).

Como podemos ver, se ratifica el carácter recepticio como única negativa para considerar a la oferta al público como una oferta, se limita como el mismo menciona profesor a la sola denominación en sentido estricto.

Se dice que existen dos clases de propuestas, la oferta dirigida a personas determinadas y la policitud dirigida al público en general. En ese sentido, Manuel de la Puente manifiesta que sus efectos son distintos, ya que la oferta obliga al oferente y da origen al contrato, en cambio la oferta al público solo expresa el deseo del proponente que se le hagan ofertas. Es así que solo existiría un error nominativo en el artículo 1388° del Código Civil, ya que considera que se debería llamar policitud, entendida como la propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario y por tanto no es vinculante, a su vez propone el siguiente texto como propuesta modificatoria:

Artículo 1388°.- La policitud es una propuesta hecha a personas indeterminadas invitándoles a formular ofertas, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

Con relación a esto, en primer lugar, consideramos que los efectos de la oferta al público y la oferta no son opuestos, visto que la finalidad de la oferta es celebrar un contrato con el destinatario de la propuesta, así como la oferta al público tiene la finalidad de celebrar también un contrato, con cualquier persona perteneciente al grupo de destinatarios. Por lo mismo, los elementos de ambas propuestas son coincidentes, salvo la receptividad que ocurre en la primera, mas no en la segunda, pero la autosuficiencia, la intención seria de contratar y la formalidad de ser el caso, coinciden en ambas.

En segundo lugar, el texto de la propuesta legislativa es la misma, solo se modifica la denominación de oferta al público por la de policitud y más adelante nuevamente se alude a la invitación que estaría realizando el proponente, en otras palabras en el intento de denominar de otra forma a la oferta al público, se termina por confundirla ahora con la

invitación a ofrecer, lo que generaría nuevamente un conflicto doctrinario y normativo para regular de manera eficaz la invitación a ofrecer y la policitud, tomando en cuenta que la subasta al ser una invitación a ofrecer se encuentra regulada en el artículo 1389°.

5.2. La necesidad de modificar el Código Civil

Como ya se ha desarrollado, el análisis más respaldado en contra de la oferta al público es el supuesto del exceso en la cantidad aceptada respecto a las ofertas realizadas, se dice que, al existir mayores aceptaciones, el proponente incurriría en incumplimiento, por no contar con el suficiente abastecimiento de los bienes y/o servicios ofertados, por eso para que no se configure el contrato con la sola aceptación, se confirieron los efectos de la invitación a ofrecer.

En la práctica se puede verificar que en diferentes casos podrían concurrir un número de aceptaciones mayor que al de las ofertas al público, dada la indeterminación de los destinatarios, pero consideramos que la solución menos plausible es mezclar dos instituciones jurídicas de diferente naturaleza.

Sin embargo, el proponente de la oferta al público, puede protegerse de los supuestos de falta de abastecimiento que se puedan presentar, fijando el límite de lo ofrecido, pudiendo manifestar el número máximo de bienes y/o servicios que estén a disposición, en todo caso anuncia que sus ofertas son válidas hasta agotar stock, o también el periodo que pueda durar su oferta, considerando que él es quien tiene la información clara y completa, de las cantidades que se ofrecen, con lo cual se reduciría el margen de vulneración de los derechos de los consumidores o en todo caso de los proponentes.

Ejemplo: La empresa de telecomunicaciones “Conecta” coloca a las afueras de su establecimiento un escaparate donde se puede verificar una oferta al público, a través de la

cual pone a la venta un teléfono celular de alta gama, estableciendo que se trata de un Iphone X en un plan prepago, al precio de S/. 3,000.00 soles, además de brindar de regalo los accesorios del celular (cargador, audífonos y un protector), además como información adicional la empresa “Conecta” manifiesta que la propuesta hecha tendrá una duración del 15 de noviembre hasta el 31 de diciembre, o hasta acabar el stock constituido por un total de 10 mil equipos celulares.

Como se puede ver, la oferta al público en referencia contiene todos los elementos esenciales del contrato y por tanto cumple con los requisitos de la oferta, solo que es dirigida al público en general, esto no quita que bien se pueda detallar la fecha de vigencia de la oferta al público, bien el stock o bien la cantidad de bienes. Quien tenga el interés de adquirir el teléfono celular podrá aceptar la propuesta y pagar el precio, dando origen al contrato.

En el caso que, se presenten aceptaciones que excedan el límite de la provisión del oferente, existen opciones con las que ninguna de las partes se perjudique o al menos que el perjuicio no sea a causa un accionar arbitrario y por razones injustificadas de no celebrar el contrato, para no desproteger a alguna de las partes.

Así, podemos tomar como referencia lo que con la evolución de la práctica comercial se ha venido ejerciendo en los últimos años, tal como lo describe (Forno, 2012, pp. 27-31), la indicación del límite a cargo del mismo proponente, aquí no importa si el límite fijado por él es menor a la capacidad total del oferente, porque tiene plena libertad de disposición de sus bienes o servicios.

Lo dicho en el párrafo anterior no puede ser mal interpretando intentando aducir que para que una propuesta al público valga como oferta se deba establecer el límite de lo ofrecido, a través de la determinación “hasta agotar stock”, el número exacto fijado como

límite, el periodo de vigencia de la propuesta u otra expresión por la que se entienda el límite previamente establecido. Por dos razones que el mismo profesor alude:

La primera es que la indicación del límite en la propia oferta en muy poco contribuye a disipar la incertidumbre del público, pues si bien es cierto que todos sabrían el límite de la oferta nadie sabría cuántos ya han aceptado y por lo tanto no se sabría si la próxima aceptación se encuentra dentro o fuera del límite indicado en la propuesta. Pero, además, en segundo lugar, pretendiendo tutelar a los destinatarios de esta manera no conseguimos sino un efecto contrario, porque justamente cuando en la oferta no se indica el límite, que es cuando más debe protegerse a los destinatarios, más desprotegidos quedan al considerar que no existe oferta sino invitación a ofrecer, con lo cual se cae el régimen que ya se ha criticado.

Estas razones se derivan de suponer que resulta obvio el hecho que todas las ofertas tienen un límite, aunque no se haya establecido cuál es, existe la presunción de que todos los destinatarios tienen conocimiento de lo mismo, pues se infiere que ninguna oferta puede ser infinita y en caso no se establezca límite alguno, será determinado por la capacidad del oferente.

En estos casos, si el oferente tiene la facultad de poner en conocimiento de los destinatarios el límite de su propuesta, al no hacerlo, se tendrá en cuenta solo el total de la capacidad del oferente, así cuando el número de aceptaciones supere tal capacidad tendrá la carga de probar cuál es el límite, el aceptante no tiene que probar cual es el límite del oferente y que su aceptación está dentro de ese límite, ya que producida la aceptación se presume (*iuris tantum*) que está dentro del límite, salvo que el oferente demuestre lo contrario.

Al confluir más aceptaciones que propuestas efectuadas, la solución más óptima será el orden de prelación en la que se realizaron las aceptaciones, es decir que prevalecerá la que primero llegó a conocimiento del oferente, no es otra cosa que el orden cronológico. Ya en el

caso extremo de aceptaciones contemporáneas, la solución pacífica sería la caducidad de la oferta; el prorrateo del bien o servicio, siempre y cuando los aceptantes estén de acuerdo; o que el oferente elija con quien contratar, pero siempre tratando de evitar la vulneración de alguno de los intereses o derechos de los sujetos que se encuentran inmersos en esta práctica, en busca siempre de la eficiencia del derecho en concordancia con la practica social.

Esta solución, además de verse en estudios dogmáticos, si bien no está regulada como debería en el código civil, no es ajena en el ordenamiento jurídico en su totalidad, pues tanto la anterior Ley de Protección al Consumidor - Decreto Legislativo N° 716 – cuanto el Actual Código de Protección y Defensa al Consumidor, regularon implícitamente la oferta al público, como oferta a los consumidores, en la línea de evitar la comisión de actos ilegales, antisociales, de discriminación u otros similares, a través de la publicidades, son propuestas dirigidas a la masa de consumidores, con el fin de establecer la relación de consumo entre el proveedor y el consumidor, esto bajo la nomenclatura establecida para la legislación comercial, donde bastaría la aceptación del consumidor para que se forme el contrato, deviniendo las obligaciones inherentes de lo ofrecido, siendo la principal la entrega del bien o servicio ofrecido.

El artículo 14.1° del código en mención, bien hace al establecer que;

La publicidad de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción. (Congreso de la República del Perú, 2010, p.6).

Ahora, el mismo código hace la definición limitativa respecto a quienes se considera proveedores y consumidores. Los primeros, en otras palabras son todas las personas naturales o jurídicas que comercializan bienes o servicios en el mercado. Los segundos, prácticamente son personas naturales o jurídicas que actúan como destinatarios finales de los bienes o servicios ofrecidos por los proveedores.

De ahí, si algún agente no está inmerso en la nomenclatura determinada por el código de protección y defensa del consumidor, no podría primero, recurrir ante Indecopi a fin de que se solucione algún perjuicio ocasionado a causa de la adquisición de algún bien o servicio que resultó perjudicial gracias a que no se estableció relación de consumo alguno y segundo, al quedarle solo la vía judicial, por lo dispuesto en el artículo 1388° del código civil no se trataría de una oferta, sino de una invitación a ofrecer, entonces no se podría alegar el incumplimiento de las obligaciones si el proveedor simplemente se negó a brindar lo ofrecido o al no establecer un límite por propia negligencia, se encuentra imposibilitado de cumplir con el contrato y que en el caso de solicitarse una medida resarcible, existirá discrepancia entre si se trata de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, siendo importante un ordenamiento jurídico sistemático y ordenado, de lo contrario no nos serviría definir adecuadamente las instituciones jurídicas, ni regularlas de forma distinta, lo que ocasionaría un caos legislativo que tendría consecuencias negativas en las consecuencias prácticas.

Ejemplo: Como sabemos, la empresa Makro se dedica a la distribución de una serie de productos de diversa índole, la propia denominación hace referencia a que las compras al por mayor resultan favorables, lo que no quiere decir que se hagan todo tipo de compras, la ofertas se hacen por diversos medios – en las tiendas, catálogos físicos, catálogos virtuales, periódicos, etc. – por tanto, en los establecimientos tienen acceso tanto los destinatarios

finales (consumidores) y los destinatarios mediatos, que puede reutilizar los bienes adquiridos para ventas a un mayor precio u otras opciones.

Así, Thiago que es un consumidor y Gustavo propietario de una bodega, acuden a Makro, ambos desean adquirir naranjas por cajón que están a un menor precio del normal, oferta a la que tuvieron acceso a través de un catálogo físico con el cual se acercan a Makro y además en ésta tienda se encuentra también un cartel donde se verifica nuevamente la promoción, en ninguno de los dos se determinó ninguna clase de límite para la propuesta. Sucede que al momento de brindar su aceptación, el proveedor – Makro – manifiesta que se agotó el stock y por tanto no pueden otorgar las naranjas, pese a que ya conoció la aceptación de los destinatarios de la oferta al público.

Aplicando las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, Thiago si podría alegar el incumplimiento de una relación de consumo, por lo determinado en el código de protección al código de consumidor, en consecuencia exigir el cumplimiento del objeto del contrato que constituye la entrega de las cajas de naranja a cambio de la contraprestación debida o en su defecto algún resarcimiento a consecuencia de una responsabilidad civil contractual.

En cambio, Gustavo no podrá exigir cumplimiento alguno, debido a que su comportamiento no se configura dentro del supuesto de consumidor y en concordancia con el código civil solo se trataría de una invitación a ofrecer, estaría impedido que se cumpla con alguna prestación pues nunca hubo contrato, tampoco un resarcimiento, pues no se verifica un daño que amerite la configuración de una responsabilidad civil extracontractual.

Como se ve, son consecuencias jurídicas distintas frente a dos casos bastante similares, lo que solo se produce a causa de la ineficacia y deficiencia del artículo 1388° del código civil y no es entendible la diferenciación entre uno y otro, ya que si Makro no tuvo la

diligencia necesaria para establecer un límite en su propuesta que evite la mayor concurrencia de aceptaciones, teniendo en cuenta que cuenta con todos los medios para prever esta situación no lo hizo - de presentarse se eximiría su responsabilidad pues podría probar que efectivamente los productos se agotaron y en sus anuncios establecieron una cantidad o lapso de tiempo determinado que los libere de responsabilidad – las consecuencias para Thiago y Gustavo donde ambos son adquirentes resultan diferentes protegiendo a uno y desprotegiendo al otro, por el solo hecho que el segundo no es considerado un consumidor, lo mismo ocurriría en el caso de productos vencidos que no hayan sido retirados de la venta al público por causas imputables exclusivamente al oferente al público, esto se genera por la discordancia dentro del ordenamiento jurídico, por deficiencia de la regulación civil en lo que respecta a la oferta al público, resaltando nuevamente que se debe velar por la protección de la parte más débil - *favor debitoris*, debiéndose más bien, extenderse esta protección a todos los partícipes del mercado que intervengan en la contratación masiva, de lo contrario velar y hacer el esfuerzo por contar con un sistema jurídico armónico.

Esto nos lleva a la necesidad de citar lo afirmado por (Jiménez Vargas Machuca, s.f.) respecto a nuestra realidad jurídica civil en comparación con la legislación comercial en la parte correspondiente:

La legislación sobre la protección del consumidor ha traído nuevos aires al concepto de oferta al público. Se ha recogido la costumbre comercial, trascendiendo el ámbito estrictamente *civilista*, ámbito restringido e inadecuadamente aislado de una realidad que está en continuo movimiento y a la cual se debe incorporar a fin de regularla realista y eficazmente, pues de lo contrario terminamos teniendo dos sistemas: el legal y el real. El reto del sistema jurídico es que el derecho y la realidad caminen juntos, en perpetua y profunda interrelación. El campo civil no puede fosilizarse y dejarse

arrasar por las legislaciones, que como el Decreto Legislativo N° 716, proveen de instrumentos útiles y eficientes a problemas que ya no tienen solución razonable en el Código Civil (pp. 21, 22).

Es suficiente la protección de la buena fe de los destinatarios frente a la discrecionalidad de los proponentes, facultad otorgada por el Código Civil que debe ser desvirtuada.

5.3. Propuesta.

Primero; La oferta al público, podría no ser considerada como oferta, pero menos puede ser considerada como una invitación a ofrecer, asimismo no se puede negar su naturaleza contractual, es decir, importa una propuesta contractual, que bien puede ser entendida como una subclase de la oferta, tal como existen las modalidades de contratación masiva que escapan de la definición tradicional del contrato, pero siguen teniendo la misma naturaleza.

De la Puente y Lavalle (2001) dice que “en la elaboración del Código Civil se barajó la solución de que el proponente señale en su propuesta el número de prestaciones que está en aptitud de cumplir” (p. 5), y es el mismo que ha tenido tres concepciones diferentes sobre la oferta al público, en un primer momento la consideró como una oferta, luego como una invitación a ofrecer y posteriormente como una simple peticitación, logrando entender que para nada se trata de la segunda – tal como se prevé en el Código Civil – se evidencia que incluso uno de los juristas más importantes de nuestro país pueden tener apreciaciones divergente en diferentes periodos de tiempo, pero son sus estudios tan notables que sirven como aporte para llegar a todos los análisis que giran en torno a la oferta al público.

Por todo lo expuesto, consideramos que el artículo cuestionado debe ser modificado y adecuado a la realidad, tratando de realizar una definición menos conflictiva y que tenga un mayor grado de comprensión para el ciudadano no prolijo en la materia, por ende consideramos conveniente proponer el siguiente texto:

Artículo 1388°: La oferta al público vale como oferta, cuando esto se entienda de sus circunstancias y siempre que contenga al menos los elementos esenciales del futuro contrato, en caso contrario se tratará de una propuesta sin efectos contractuales.

En caso que el proponente no establezca el límite de la propuesta, tendrá la carga de probar que el número de aceptaciones rebasó la capacidad de bienes o servicios ofertados.

CONCLUSIONES

1. El artículo 1388° del Código Civil Peruano es ineficaz, pues la oferta al público y la invitación a ofrecer tienen distinta naturaleza jurídica, lo que conlleva a que en la práctica las propuestas a destinatarios indeterminados que cumplen con los elementos esenciales del contrato son utilizadas como verdaderas ofertas, sin que sea necesaria la utilización de la indicación expresa establecida en el segundo párrafo.
2. La oferta al público tiene naturaleza contractual cuando contiene los requisitos de la oferta tradicional, salvo la receptividad, pudiendo entenderse como una subclase de ésta, aunque con características propias. En cambio, la invitación a ofrecer tiene naturaleza jurídica precontractual, es decir que la emisión de la invitación no podrá crear una relación jurídica patrimonial pese a que pueda existir la aceptación de la misma.
3. La obligatoriedad de la oferta es aplicable a la oferta al público al ser aceptada por el destinatario, siempre y cuando de las circunstancias y de una evaluación del caso en concreto no se ocasione el desmedro de su consideración como propuesta contractual.
4. La legislación comparada autorizada en la materia le otorga efectos contractuales a la oferta al público, tal como se presenta en la realidad generalizada de las sociedades,

poniendo en evidencia la necesidad de incluir esta postura en el sistema jurídico peruano.

5. Es necesario modificar el artículo 1388° del Código Civil Peruano, donde se otorgue la posibilidad de celebrar contratos, a través de la aceptación de la oferta al público, sin perjuicio de mantener abierta la posibilidad de negar tales efectos cuando del caso se entienda lo contrario.

RECOMENDACIONES

1. Las denominadas “imitaciones espontaneas” o la también llamada teoría del “trasplante jurídico” de Alan Watson ha influenciado con preponderancia en nuestra legislación donde finalmente no es otra cosa que el intento de adecuación de doctrinas ajenas a una realidad diferente, donde en ésta última - en nuestro caso - se obtiene una mescolanza de diferentes vertientes respecto de alguna figura jurídica – la oferta al público en el caso concreto - que es a final de cuentas una institución que carece de identidad y que en consecuencia se confunde con otras, como la invitación a ofrecer o la sugerida policitación, que en muchos casos genera deficiencias al momento de regular la practica social por carecer de uniformidad y congruencia en los criterios adoptados y como consecuencia su utilidad práctica resulta ineficaz, por esto la practica legislativa se debe realizar con cautela y celo al momento de expedir una norma, ya que el fin principal es su aplicabilidad correcta y acorde a los parámetros facticos que se presenten en determinada realidad, como es el caso del Perú.
2. Se ha venido reiterando que el Derecho regula las relaciones sociales de cada sociedad, en ese sentido, si alguna norma, al como la oferta al público resulta inaplicable, por ende ineficaz, es importante corregir la deficiencia en la técnica utilizada, donde se defina y delimite con coherencia la institución de la oferta al público, esto es, que resulte obtener independencia normativa, diferenciándola de la

invitación a ofrecer u otras que pueden contener algunas similitudes en casos específicos, pero difieren entre ellas tal como se ha desarrollado en la presente tesis para obtener un ordenamiento dinámico que facilite la fluidez de las transacciones patrimoniales de nuestro Estado, facilitando de esta manera la comprensión y utilización de dichas instituciones por parte de la comunidad en general.

3. La tarea tanto de los estudiosos del derecho como de los legisladores es evaluar nuestro presente social para que de ella puedan regular las relaciones que se presentan cotidianamente, procurando un ordenamiento jurídico moderno que se encuentre a la par de la actualidad, evitando el trato arbitrario a favor de una parte u otra, como lo permite el artículo 1388° del Código Civil ahora cuestionado, más aun si el menos favorecido es la parte más débil, sin perjuicio de facilitar los mecanismos correspondientes a favor de ésta con el fin de equilibrar el mercado en la mayor medida de lo posible y que a su vez no se convierta en un intervencionismo desproporcional e inconsistente desde la perspectiva jurídica en beneficio de cualquiera de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Schreiber, M. (2011). *EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 - TOMO I*. LIMA: GACETA JURIDICA.

Avendaño, J. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Barboza Beraún, E. (2004). *Código Civil Comentado*. Lima.

Castillo, M. (2016). *Lecciones de Contrato Parte General* (Segunda ed.). Lima: Motivensa.

Concepto Jurídico. (13 de SETIEMBRE de 2012). Obtenido de

<http://definicionlegal.blogspot.pe/2012/09/efectos-de-las-obligaciones.html>

Congreso de la República Peruano (1 de Setiembre de 2010). *LEY N° 29571*. Obtenido de

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>

De Castro Vitores, G. (2004). *Eficacia de la Norma Jurídica. Eficacia de la Ley en el Tiempo*.

De la Puente y Lavalle, M. (2001). La Oferta al Público. *Themis* 42, 233-240.

De La Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I*. Lima: Palestra Editores.

Derecho Romano. (3 de Junio de 2015). Obtenido de

<http://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html>

Diez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I* (Sexta ed.).

Pamplona-España: Thomson Civitas.

El ABC del Derecho Civil. (2001). En *Obligaciones* (págs. 453-520). Lima: EGACAL.

Ferrer, J. (31 de Julio de 2010). *Conceptos básicos de la metodología de la Investigación*.

Obtenido de La metodología y plantamiento del problema:

<http://metodologia02.blogspot.pe/>

Ferri, L. (2004). *Lecciones Sobre el Contrato - Curso de Derecho Civil*. Lima: Grijley, Primera Edición.

Forno, H. (2012). LA OFERTA AL PUBLICO: RAZONES PARA UNA DISCREPANCIA.

DIKÉ, 36. Obtenido de Diké.

- Gonzales, M. (2015). *Academia - Muestreo No Probabilistico* . Obtenido de https://www.academia.edu/6997845/MUESTREO_NO_PROBABILISTICO
- Hernández, F. y. (2003). *Metodología de la Investigación*. Lima: Palestra.
- Hernández, R., & Fernández. Carlos: Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill. Obtenido de <http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/7841/5/362.829%202-B467f-CAPITULO%20IV.pdf>
- Ibrrés Méndez, M. (s.f.). Subasta. En *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas - Contratos en General* (págs. 292 - 297). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Jiménez Vargas Machuca, R. (s.f.). La Oferta al Público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor. *Diké*, 25.
- Justicia, M. d. (2015). *Decreto Legislativo N° 295 - Código Civil* (Decimo sexta ed.). Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- León Hilario, L. (2014). Introducción al Régimen General de los Negocios Jurídicos. En M. Lazarte Zabarrburú, *El Negocio Jurídico* (pág. 105). Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- López de Zavalía, F. (1997). *Teoría de los Contratos - Tomo I Parte General* (Cuarta ed., Vol. Tomo I Parte General). Buenos Aires: Zavalia.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina General del Contrato, Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mexico, J. (2017). *Código Civil Federal - De la Declaración Unilateral de la Voluntad*. Obtenido de <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/libro-cuarto/primer-parte/titulo-primer/capitulo-ii/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, P. d. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorias Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Moisset de Espanés, L. (2016). *Derecho de Obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales, R., & León, L. (2004). Presentación. En L. Ferri, *Lecciones Sobre el Contrato* (pág. 7). Lima: Grijley.

- Mosset Iturraspe, J. -P. (2004). *Código Civil Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Navarro, P., & Moreso, J. (s.f.). *Eficacia y Constitución: Algunas Reflexiones acerca de la Teoría Pura del Derecho*.
- Núñez, Y. (2004). *Prolegómenos de una Teoría General de las Obligaciones*. Lima: Jurista Editores.
- Núñez, Y. (2004). *Prolegómenos de una Teoría General de las Obligaciones*. Lima: Jurista Editores.
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Obtenido de https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf
- Osterling Parodi, F. (2014). *TRATADO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES*. LIMA: ECB EDICIONES.
- Ovsejevich, L. (1971). *El Consentimiento: Sus Términos*. Buenos Aires.
- Ovsejevich, L. (s.f.). El Consentimiento: Sus Términos. En F. N. Escalada, *Contratos Tomo I* (pág. 26). Buenos Aires.
- Padilla, G. (2008). *Derecho Romano* (Cuarta ed.). México D.F.: Mc Graw Hill, Serie Jurídica.
- Paulino, J. (1 de Noviembre de 2009). *Derecho Romano*. Obtenido de <http://derechoromanoi.blogspot.pe/2009/11/introduccion-las-obligaciones.html>
- Proyecto de Código Civil Argentino de 1998*. (18 de Diciembre de 1998). Obtenido de <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/fundam.htm>
- Quispialaya, H. (2009). La Relación Jurídica y la Relación Jurídica Patrimonial. *Derecho de Obligaciones - Universidad Continental*, 9-16.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica-Primera Edición.
- Texto de los Principios Unidroit de los Contratos Comerciales Internacionales*. (s.f.). Obtenido de <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/1508/TRABAJO%20FINAL%20Mar%20C3%ADa%20Elena%20Zan.pdf?sequence=2>

Torres Mendez, M. (2010). *ELEMENTOS DEL CONTRATO*. LIMA: GACETA JURIDICA.

Torres Vásquez, A. (2014). *TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*. LIMA: GRIJLEY.

Torres, M. (s.f.). *Oferta al Público*. Lima: Gaceta Jurídica.

UNCITRAL. (2017). *Comisión de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internaiconal de Mercaderías*. Obtenido de http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

Vara Horna, A. (2010). *7 Pasos Para Una Tesis Existosa*. Lima: Instituto de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas.

ANEXOS

Anexo 01



ProInversión
Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Perú

AVISO DE VENTA DIRECTA DE INMUEBLE

PROINVERSIÓN invita a los interesados a presentar sus propuestas para la venta directa del inmueble de propiedad del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR):

Ubicación del inmueble	Área prox. (m ²)	Precio de referencia
Jr. Francisco Gutiérrez N° 615, Cercado de Lima (alt. cdra. 15 Av. Argentina)	AT: 156.95 AC: 813.95	S/. 412,380.00

Las ofertas se recibirán hasta el 29 de octubre de 2012, según las Normas de Venta Directa disponibles en la web www.proinversion.gob.pe.

Informes y recepción de ofertas:
Av. Canaval Moreyra N° 150, Piso 8, San Isidro, Lima (Edificio Petroperú).
Atención: Jefatura del Proyecto Turísticos e Inmobiliarios
Teléfono : (511) 200-1200 anexo 1357 - 1394
Fax: (511) 221-2935
E-mail: inmuebles@proinversion.gob.pe

Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos Sociales, Minería, Saneamiento, Irrigación y Asuntos Agrarios - PRO DESARROLLO

Lima, 28 de setiembre de 2012

1. Invitación a Ofrecer



Municipalidad de Lima

SUBASTA PÚBLICA

VENTA DE LOTES DE TERRENOS EN SOLES

Carabayllo y Lurigancho-Chosica

Domingo 17 Dic. 2017 / 9:30 a.m.

Informes: Jr. Ucayali 266, Lima
Telf.: 209-8400 RPM #951920821 #976767483

2. Subasta

LG Life's Good

Pantalla Smart TV 42" LED 42LB5830

Más diversión con tu LG Smart TV

De: **\$14,047** a sólo: **\$8,839**
precio de contado

De **REGALO** mueble de pared y accesorios (cable HDMI + limpiador de pantalla)

Valido en el departamento TV, vigencia del 1 al 31 de Marzo de 2015 o hasta agotar existencias.

3. Oferta al Público

¡ANTICIPATE Y PAGÁ MENOS!

COMPRÁ HASTA EL 6 DE DICIEMBRE Y VOLÁ DE ABRIL A JUNIO DE 2012.

¡ESTE AÑO LOS REGALOS LLEGAN ANTES!

¡TENÉS MÁS DÍAS PARA COMPRAR Y NUEVOS DESTINOS PARA DISFRUTAR!

VOLÁ DESDE BUENOS AIRES A:

Destino	Precio Final	Costo sin intereses
MIAMI	U\$S 799	U\$S 44,39
LOS ÁNGELES, NUEVA YORK O SAN FRANCISCO	U\$S 849	U\$S 47,16
MÉXICO	U\$S 699	U\$S 38,83

PRECIOS FINALES IDA Y VUELTA

DESCUBRÍ TAMBIÉN INCREÍBLES OFERTAS A SUDAMÉRICA.

Ver más

4. Oferta al Público



5. Invitación a Ofrecer u O.P.

Anexo 02**RESOLUCIÓN FINAL N° 008-2017/CC3****EXPEDIENTE : 139-2016/CC3****AUTORIDAD : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR 3****(Comisión)****ADMINISTRADO : LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C.¹ (LOOP EVENTOS PERÚ)****MATERIA : PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR IDONEIDAD****ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE ESPARCIMIENTO Y RECREATIVAS N.C.P.****SANCIÓN : 169.8 UIT (artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor)****4.1 UIT (literales d) y f) del artículo 97 del Código de Protección y Defensa del Consumidor)**

SUMILLA: Sancionar a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C. por haber incurrido en infracción a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que no cumplió con la presentación del artista DJ TIESTO promocionado a los consumidores del evento “Creamfields Perú 10 años”.

Asimismo, sancionar al administrado por haber incurrido en infracción a lo establecido en los literales d) y f) del artículo 97 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que no efectuó la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento “Creamfields Perú 10 años” por la no presentación de uno de los artistas promocionados.

Finalmente, ordenar a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C. como medida correctiva que, en un plazo de 15 días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con devolver de forma individual o conjunta a los consumidores que asistieron al evento “Creamfields Perú 10 años” el valor ascendente al 30% del cobro realizado por cada entrada para el referido espectáculo. Para lo cual deberá efectuar publicaciones que permitan conocer a los consumidores sobre la ejecución de esta medida correctiva.

Lima, 31 de enero de 2017

I. ANTECEDENTES

1. En el marco de las acciones de supervisión y fiscalización desarrolladas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor 3, mediante correo electrónico de 18 de mayo de 2016, se encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) la supervisión del cumplimiento de lo establecido en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

¹ Cabe señalar que LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C., está registrado en la base de datos de la Sunat con número de RUC 20516508591 y con domicilio fiscal en Av. Paseo de la República 291, Int. 1902 Penthouse 2 (Apartado 0 piso 19), Lima, Lima. Asimismo, se encuentra registrado en la base de datos de la SUNARP con partida registral 12028721.

(Código), por parte de las empresas promotoras u organizadoras de conciertos a realizarse durante el periodo 2016.

2. En ese sentido, mediante Resolución 1 del 2 de diciembre de 2016, la Secretaría Técnica inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de LOOP EVENTOS PERÚ, la misma que dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C., a instancia de la Secretaría Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor 3; en tanto habría incurrido en presunta infracción a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no cumplir con la presentación de DJ Tiesto en el evento “Creamfields Perú 10 años”.

SEGUNDO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C., a instancia de la Secretaría Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor 3; por la presunta infracción a lo establecido en el artículo 108 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto habría incumplido con lo establecido en los literales d) y f) del artículo 97 del Código, en la medida que no habría efectuado la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento Creamfields en el que no se presentó uno de los artistas.”

3. A pesar de haber sido válidamente notificado y habiendo transcurrido los plazos otorgados, LOOP EVENTOS PERÚ no presentó sus descargos.

II. ANÁLISIS

A. Respecto a la obligación de brindar un servicio idóneo

4. En el artículo 19² del Código se establece la responsabilidad de los proveedores por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. En aplicación de esta norma, los proveedores tienen el deber de comercializar sus productos y prestar sus servicios en las condiciones ofertadas o previsibles atendiendo a la naturaleza de los productos y servicios, la regulación que sobre el particular se haya establecido y, en general, a la información puesta en conocimiento o al alcance del consumidor.

5. De acuerdo con lo establecido en el artículo 18³ del Código, se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia

² **Código**

Artículo 19.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

³ **Código**

Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

6. Cabe señalar que, en lo referente a la responsabilidad administrativa del proveedor, este será responsable por la falta de idoneidad, salvo que logre acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado tal como se establece en el artículo 104⁴ del Código, el cual lo eximiría de responsabilidad.

7. En el caso específico de los conciertos, dada la naturaleza del servicio, lo que un consumidor esperaría es acceder al espectáculo musical en las condiciones ofrecidas por el proveedor, esto es, que el mismo se lleve a cabo en el lugar y fechas programadas, así como con la presentación de los artistas promocionados.

8. En ese sentido, ante la no presentación de alguno de los artistas programados en el evento, el organizador será responsable en caso no presente documentos que acrediten la ocurrencia de algún hecho que los exima de responsabilidad (caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero), de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código.

9. Ahora bien, en el presente caso se imputó a LOOP EVENTOS PERÚ la presunta responsabilidad por la no presentación de uno de los artistas en el evento “Creamfields Perú 10 años”. El mismo que fue difundido a los consumidores, tal como se muestra a continuación (folio 75):

Anuncio 1



Anuncio 2

4

Código

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.



10. Adicionalmente, como se puede observar de los anuncios señalados precedentemente, la disposición del texto y el tamaño de la letra resaltan la presentación del artista TIËSTO en el evento “Creamfields Perú 10 años”, en tanto es colocado como artista principal respecto a los otros artistas, los cuales son listados en orden alfabético y en un tamaño de aproximadamente la mitad del tamaño en que se escribe “TIËSTO”. Ello nos permite concluir que DJ Tiesto es el artista principal del evento y, por lo tanto, a hacerse mayores expectativas respecto a su participación en dicho evento.

11. Sin embargo, de los reclamos efectuados a través de las redes sociales⁵, del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC) del Indecopi, así como de lo señalado por el administrado en la carta s/n recibida el 24 de noviembre de 2016, el artista TIËSTO no se presentó en el evento “Creamfields Perú 10 años”.

12. De la revisión de la documentación obrante en el expediente, se verificó que el referido evento se llevó a cabo sin la presentación del artista «TIËSTO», tal como se observa en el comunicado emitido por el propio artista en sus redes sociales⁶ (folio 75):



“Debido a problemas de seguridad en el backstage, me vi forzado a abandonar inesperadamente el festival anoche antes de presentarme. Ha pasado algunos años desde que estuve en Perú y realmente esperaba tocar para todos mis fans allá. Estoy decepcionado de la situación... Espero

⁵ Ver: <https://www.facebook.com/creamfieldsperu/posts/1128765693844547>, revisado el 29 de noviembre de 2016.

⁶ Comunicado publicado en la página de Facebook del artista “DJ Tiesto” el 5 de noviembre de 2016.

13. Asimismo, se tiene el comunicado emitido por la propia organización del evento en redes sociales (folio 75):



14. Teniendo en consideración que LOOP EVENTOS PERÚ fue el organizador del evento “Creamfields Perú 10 años”, el mismo debe responder por su realización, así como por la no presentación de la totalidad de los artistas promocionados a los consumidores; más aún, cuando no se ha logrado acreditar en el presente procedimiento administrativo que la no presentación del artista «TIËSTO» haya sido consecuencia de un eximente de responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código⁷.

15. A mayor abundamiento, respecto al eximente de responsabilidad se debe tener en cuenta lo siguiente⁸:

"No será posible sancionar a los administrados en aquellos supuestos en los que se verifique la ruptura del nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinado de tercero o la propia conducta del perjudicado), pues se entiende que la conducta realizada por el administrado debe tener la aptitud suficiente para producir la lesión que involucra la contravención del ordenamiento jurídico"

16. En ese sentido, era obligación del administrado adoptar las medidas pertinentes a efectos de cumplir con las condiciones ofrecidas a los consumidores en el evento “Creamfields Perú 10 años” asegurando la participación del artista “TIËSTO” en los términos de la oferta anunciada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 del Código.

17. A pesar de haber sido válidamente notificado, el administrado no ha presentado alegaciones respecto a las imputaciones formuladas en su contra.

18. En esa línea, se debe tener en cuenta lo manifestado por el profesor Alejandro Nieto⁹:

⁷ **Código**

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

⁸ VERGARA BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador. En Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. 2009. UPC. Pág. 428.

⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición totalmente reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

“(…) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad” (Sentencia Supremo Español)

19. En consecuencia, de la revisión de la documentación obrante en el expediente, se ha verificado que LOOP EVENTOS PERÚ infringió su deber de idoneidad, toda vez que no brindó el concierto con la totalidad de los artistas promocionados a los consumidores, sin mediar causa justificante.

20. En ese sentido, corresponde sancionar al administrado por infracción a lo establecido en el artículo 19 del Código.

B. Respecto a la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas por la no presentación de uno de los artistas

21. En el literal f) del artículo 97 del Código¹⁰ se establece que la devolución de la contraprestación pagada es un derecho de los consumidores en caso la prestación del servicio no se adecue razonablemente a los términos de la oferta, promoción o publicidad.

22. Asimismo, en el literal d) del artículo 97 del Código¹¹ se establece que la devolución de la contraprestación pagada es un derecho de los consumidores en caso la prestación del servicio no se efectúe en su debida oportunidad y su ejecución no resulte útil para el consumidor.

23. A su vez, en el artículo 108 del Código¹² se indica que la vulneración a las disposiciones del mencionado cuerpo normativo, como la violación de los derechos reconocidos a los consumidores, constituye una infracción administrativa.

24. En el caso específico, en la medida que en el evento “Creamfields Perú 10 años” no contó con la presentación del artista TIËSTO, correspondía que LOOP EVENTOS PERÚ devolver a los consumidores parte de la contraprestación pagada por el concepto de entrada.

25. Ahora bien, en el presente caso se imputó a LOOP EVENTOS PERÚ el presunto incumplimiento de devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento “Creamfields Perú 10 años” en el que no se presentó uno de los artistas promocionados.

26. Al respecto, de lo manifestado por el administrado a la GSF mediante carta s/n del 24 de noviembre (folios 30 y 31) se observó que no se hizo mención alguna a la devolución de entradas u otra medida similar, pese a que se le requirió dicha información.

¹⁰ **Código**

Artículo 97.- Derechos de los consumidores

Los consumidores tienen derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o a la devolución de la contraprestación pagada en los siguientes casos: (...)

f. Cuando el producto o servicio no se adecue razonablemente a los términos de la oferta, promoción o publicidad. (...)

¹¹ **Código**

Artículo 97.- Derechos de los consumidores

Los consumidores tienen derecho a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o a la devolución de la contraprestación pagada en los siguientes casos: (...)

d. Cuando la entrega del producto o la prestación del servicio no se efectúe en su debida oportunidad y su ejecución no resulte útil para el consumidor. (...)

¹² **Código**

Artículo 108.- Infracciones administrativas

Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores. También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o de laudos arbitrales y aquellos previstos en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y en las normas que lo complementen o sustituyan.

27. Asimismo, de la búsqueda efectuada en el sistema de reclamos del SAC, se ha verificado que existen ciento once (111) reclamos registrados entre el 4 y 25 de noviembre contra LOOP EVENTOS PERÚ respecto a la devolución del dinero pagado por las entradas al evento “Creamfields Perú 10 años”.

28. Ello evidencia que las expectativas de los consumidores respecto al evento no habrían sido satisfechas, debido a que la falta de presentación del artista DJ Tiesto, promocionado por la organizadora, no se adecuó razonablemente a los términos de la oferta, promoción o publicidad efectuados sobre el evento “Creamfields Perú 10 años”.

29. A pesar de haber sido válidamente notificado, el administrado no ha presentado alegaciones respecto a las imputaciones formuladas en su contra.

30. En consecuencia, se ha verificado que LOOP EVENTOS PERÚ no realizó la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento “Creamfields Perú 10 años”. En consecuencia, corresponde sancionarlo por infracción a lo establecido en el artículo 108 del Código, en tanto vulneró los derechos de los consumidores establecidos en los literales d) y f) del artículo 97 del Código.

Medidas Correctivas

31. En el artículo 105 del Código se establece la facultad de la Comisión para adoptar las medidas que reviertan los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se repita¹³.

32. En el presente caso, se acreditó que LOOP EVENTOS PERÚ no efectuó la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento “Creamfields Perú 10 años” por la no presentación de uno de los artistas anunciados a los consumidores.

33. Respecto al presente caso, no se contó con información relevante que permita distinguir la valoración respecto al artista promocionado TIËSTO, esto a pesar de haberse requerido información al administrado durante la supervisión y este procedimiento, por lo tanto, se procede a estimar el porcentaje en el valor de las entradas respecto a la presentación del artista DJ TIËSTO utilizando otros medios.

34. Según las páginas web especialistas en información relevante sobre DJ's, (thedjlist.com y djmag.com) ubican a TIËSTO entre los primeros DJ's del mercado, asimismo, de acuerdo a la información de la página web de Forbes, este DJ se encuentra ubicado en el segundo puesto en la lista de DJ's mejor pagados del mundo en el 2016 (<http://forbes.es/actualizacion/6139/los-djs-mejor-pagados-del-mundo-en-2016/12>). Esta información nos da una idea acerca de la valoración que le dan los consumidores a este artista.

¹³ **Código**

Artículo 105.-El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo núm. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.

Para la cobertura a nivel nacional el Indecopi, previo acuerdo de su Consejo Directivo, puede constituir órganos resolutivos de procesos sumarisimos de protección al consumidor o desconcentrar la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor en las comisiones de las oficinas regionales que constituya para tal efecto; crear comisiones adicionales o desactivarlas conforme lo justifique el aumento o disminución de la carga procesal; o celebrar convenios con instituciones públicas debidamente reconocidas para, de acuerdo a sus capacidades, delegarle facultades o las de secretaría técnica. La delegación está sujeta a las capacidades de gestión requeridas para ello, la coparticipación en el desarrollo de las mismas, la factibilidad de la mejora en la atención y otros criterios relevantes sobre el particular.

35. Ahora, para establecer el valor porcentual es necesario, además, conocer la valoración que le dan los consumidores a los demás artistas que se presentaron en el evento. Según fuentes de información consultadas (thedjlist.com y djmag.com), además de TIËSTO, hay 5 artistas que se encuentran entre el TOP 100 de los mejores DJ's del mundo, los cuales son: OLIVER HELDENS, KSHMR, BLASTERJAXX, SVEN VATH y THE MARTINEZ BROTHERS.

36. Considerando que TIËSTO es el artista con mayor relevancia en el evento promocionado, se tiene como referencia que el 30% del valor de las entradas corresponde al valor del mencionado artista, 50% para los demás artistas (5 artistas) que se ubican en el TOP 100 de los mejores DJ's del mundo y 20% para el resto de artistas.

37. Por tal motivo, esta Comisión considera que corresponde imponer como medida correctiva que, en un plazo de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con devolver de forma individual o conjunta a los consumidores que asistieron al evento "Creamfields Perú 10 años" el valor ascendente al 30% del cobro realizado por cada entrada para el referido espectáculo. Para lo cual deberá efectuar publicaciones que permitan conocer a los consumidores sobre la ejecución de esta medida correctiva.

38. Adicionalmente, el administrado deberá acreditar el cumplimiento de la medida correctiva, ante la Comisión, en el plazo máximo de 10 días hábiles, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado en el párrafo precedente.

39. En caso no cumpla con acreditar el cumplimiento de la medida correctiva ante la Comisión, será pasible de imponerse una multa coercitiva en su contra, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Código¹⁴.

C. Graduación de la sanción

40. Corresponde determinar la sanción a imponer, aplicando de manera preferente los criterios previstos en el Código y de manera supletoria los criterios contemplados en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

41. El Principio de Razonabilidad¹⁵ establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse

¹⁴ Código

Artículo 117.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.

¹⁵ LPAG

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. **Razonabilidad.** - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:
 - a. El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
 - b. La probabilidad de detección de la infracción;
 - c. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - d. El perjuicio económico causado;
 - e. La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
 - f. Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar.

42. Los criterios previstos en los artículos 110 y 112 del Código¹⁶ disponen que el órgano resolutorio debe atender a la gravedad de la infracción, el beneficio ilícito esperado, la probabilidad de detección, el daño, los efectos que puedan ocasionarse, la naturaleza del perjuicio causado o grado

g. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

¹⁶ Código

Artículo 110.- Sanciones administrativas

El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente.

La cuantía de las multas por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, se rige por lo establecido en dicha norma, salvo disposición distinta del presente Código.

En caso que el proveedor incumpla un acuerdo conciliatorio o cualquier otro acuerdo que de forma indubitable deje constancia de la manifestación de voluntad expresa de las partes de dar por culminada la controversia, o un laudo arbitral, el órgano resolutorio puede sancionar con una multa entre una (1) Unidad Impositiva Tributaria y doscientos (200) Unidades Impositivas Tributarias. Para la graduación se observan los criterios establecidos en el presente Código y supletoriamente, los criterios que establece la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General o la norma que lo sustituya o complemente.

Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que ordene el órgano resolutorio y de la responsabilidad civil o penal que correspondan.

Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar. Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:
 1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
 2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
 3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
 4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
 5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
 6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
3. En los procedimientos de oficio, promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y a sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.
5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

de afectación y los atenuantes o agravantes en cada caso.

43. Estos criterios sirven como parámetro de juicio para una mayor objetividad de la gravedad de la infracción y la imposición de la sanción, en garantía de los derechos del infractor.

44. En la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 006- 2014-PCM, publicada el 23 de enero de 2014 y vigente a partir del 23 de abril de 2014, se establece que los factores necesarios para la determinación de la multa a imponer por los órganos resolutores del Indecopi son: el beneficio ilícito (o, en forma alternativa, el daño) dividido entre la probabilidad de detección y el resultado multiplicado por los factores atenuantes y agravantes.

45. Teniendo en cuenta los criterios señalados, la Comisión ha graduado la sanción para las siguientes infracciones:

C.1 Por no cumplir con la presentación del artista TIËSTO a pesar de haber promocionado la misma:

46. El daño está representado por el perjuicio ocasiona a los consumidores derivado en la afectación a sus expectativas, en tanto no se cumplió con la presentación del artista TIËSTO.

47. Para estimar este daño se tendrá en cuenta el valor monetario que le asignan los consumidores a la presentación de este artista. Para hallar este valor monetario es necesario conocer los ingresos percibidos por el administrado por este evento, multiplicándolo por un factor que refleje la proporción en el valor de las entradas la presentación del artista TIËSTO.

48. Por lo tanto, considerando el valor de los ingresos percibidos por la venta de las entradas¹⁷ y la proporción estimada en el valor de las entradas respecto a la presentación del artista TIËSTO¹⁸, el daño asciende a S/ 682,056.00¹⁹.

¹⁷ Debido a que el administrado no cumplió con remitir el ingreso bruto percibido por la realización del evento, se procede a estimar el mismo, teniendo en cuenta el valor de las entradas y la cantidad de asistentes aproximada que el administrado iba a recibir en el evento.

Según la página web <http://www.creamfieldsperu.com/2016/index.html>, el precio de las entradas son las siguientes:

Descripción	Preventa 1	Preventa 2	Preventa 3
Cream (S/)	168.00	210.00	252.00
VIP (S/)	216.00	270.00	324.00
Promedio (S/)	240.00		

Fuente: <http://www.creamfieldsperu.com/2016/index.html> Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Por lo tanto, considerando la asistencia aproximada al evento, 9,473 (Carta enviada por los organizadores del evento a la Compañía de Bomberos. Folio 64. Expediente 139-2016/CC3), el ingreso total por la realización del evento asciende, aproximadamente a S/ 2'273,520.00 (Resultado de S/ 240.00 * 9,473).

¹⁸ Respecto al presente caso, no se contó con información relevante que permita distinguir la valoración respecto al artista promocionado DJ TIËSTO, esto a pesar de haberse requerido información al administrado durante la supervisión y este procedimiento, por lo tanto, se procede a estimar el porcentaje en el valor de las entradas respecto a la presentación del artista DJ TIËSTO utilizando otros medios.

Según las páginas web especialistas en información relevante sobre DJ's, (thedjlist.com y djmag.com) ubican a DJ TIËSTO entre los primeros DJ's del mercado, asimismo, de acuerdo a la información de la página web de Forbes, este DJ se encuentra ubicado en el segundo puesto en la lista de DJ's mejor pagados del mundo en el 2016 (<http://forbes.es/actualizacion/6139/los-djs-mejor-pagados-del-mundo-en-2016/12>). Esta información nos da una idea acerca de la valoración que le dan los consumidores a este artista.

Ahora, para establecer el valor porcentual es necesario, además, conocer la valoración que le dan los consumidores a los demás artistas que se presentaron en el evento. Según fuentes de información consultadas (thedjlist.com y djmag.com), además de DJ TIËSTO, hay 5 artistas que se encuentran entre el TOP 100 de los mejores DJ's del mundo, los cuales son: OLIVER HELDENS, KSHMR, BLASTERJAXX, SVEN VATH y THE MARTINEZ BROTHERS.

Por lo tanto, considerando que DJ TIËSTO es el artista con mayor relevancia en el evento promocionado, se establece que el 30% del valor de las entradas corresponde al valor del mencionado artista, 50% para los demás artistas (5 artistas) que se ubican en el TOP 100 de los mejores DJ's del mundo y 20% para el resto de artistas.

¹⁹ Resultado de multiplicar S/ 2'273,520.00 * 30%.

49. Considerando que el daño estimado se calculó tomando en cuenta el valor del daño generado a los consumidores a la fecha de infracción, es necesario realizar una actualización de dicho monto, el cual deba reflejar el costo de oportunidad del valor del dinero perdido en el tiempo por parte de los consumidores, desde la comisión de la infracción hasta la fecha de cálculo de multa.

50. Este costo de oportunidad del dinero de los consumidores, se mide en base al valor que le asignan los consumidores a contar con el dinero y disponer de él para su consumo de bienes y servicios, por ello una medida adecuada para valorar el uso de este dinero es conocer cuál es el valor de este dinero en otras fuentes alternativas. En este contexto, el costo de oportunidad del dinero de los consumidores está constituido por el sacrificio en el consumo presente por parte de los consumidores y debe ser medido por la tasa de preferencia por el tiempo, la cual refleja el incremento en el consumo futuro que los miembros de la sociedad desean como recompensa por cada unidad de consumo presente que ha sido sacrificada. La tasa de preferencia por el tiempo se mide por la rentabilidad promedio de los instrumentos de ahorro disponible para los consumidores en el mercado de capitales, el cual asciende a 10.68% anual²⁰. Con dicha información, el daño se aproxima en S/ 687,853.47²¹.

51. La probabilidad de detección recoge la percepción que tiene el agente infractor sobre la posibilidad que pueda ser detectado por la administración, lo cual está relacionado con la capacidad y el esfuerzo que realiza el Estado para detectar el incumplimiento; en el presente caso, la probabilidad de detección es alta, considerando que existen comunicados en los medios de comunicación respecto al incumplimiento de la presentación del artista TIËSTO, así como reclamos de los consumidores acerca de este mismo hecho, pudiendo la administración dar cuenta sobre esta infracción de forma sencilla. En tal sentido, se considera que la probabilidad de detección es alta, la cual asciende a 1.

52. Considerando lo antes señalado, la Comisión considera que corresponde sancionar a LOOP EVENTOS PERÚ con una multa ascendente a 169.8 Unidades Impositivas Tributarias²² (UIT).

D.2 Por no haber efectuado la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento Creamfields en el que no se presentó uno de los artistas promocionados.

53. El beneficio ilícito está configurado por la ganancia ilícita obtenida por el administrado producto de no haber efectuado la devolución de la parte correspondiente del valor de las entradas al evento Creamfields en el que no se presentó uno de los artistas promocionados.

54. Para estimar esta ganancia ilícita se tomará en cuenta los ingresos derivados de conservar el valor estimado de las entradas vendidas correspondiente al artista promocionado que no se presentó, desde la fecha de realización del concierto hasta la actualidad.

55. En consecuencia, considerando el valor de los ingresos percibidos por la venta de las

²⁰ Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas. 2012. *Actualización de la tasa social de descuento*. Disponible en:

<https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/estudios_documentos/estudios/Actualizacion_TSD_Junio_2012.pdf>

²¹ Al respecto, debe considerarse para el cálculo del daño los siguientes factores:

- Monto del daño estimado a la fecha de infracción, S/ 682,056.00.
- Tasa de preferencia por el tiempo, 10.68% anual, y aplicando a su equivalencia mensual: $(1+10.68\%)^{1/12}-1 = 0.85\%$ mensual. Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas. 2012. *Actualización de la tasa social de descuento*. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/estudios_documentos/estudios/Actualizacion_TSD_Junio_2012.pdf>
- Meses transcurridos desde la fecha de infracción, noviembre de 2016, hasta la fecha de cálculo de la multa (mes culminado), diciembre de 2016, 1 mes.
- Daño = $682,056.00 * [(1 + 0.85\%)^1] = S/. 687,853.47$

²² Multa = Daño / Probabilidad de detección = $687,853.47 / 1 = 687,853.47$ Multa en UIT = $687,853.47 / 4,050 = 169.8$ UIT

entradas²³, la proporción estimada en el valor de las entradas respecto a la presentación del artista TIËSTO²⁴, y los días transcurridos entre la fecha de realización del evento hasta la actualidad²⁵, la ganancia ilícita se estima en S/ 16,774.42²⁶.

56. La probabilidad de detección recoge la percepción que tiene el agente infractor sobre la posibilidad que pueda ser detectado por la administración, lo cual está relacionado con la capacidad y el esfuerzo que realiza el Estado para detectar el incumplimiento; en el presente caso, la probabilidad de detección es alta, considerando que existen comunicados en los medios de comunicación respecto al incumplimiento de la presentación del artista TIËSTO, así como reclamos de los consumidores acerca de este mismo hecho, pudiendo la administración dar cuenta sobre esta infracción de forma sencilla. En tal sentido, se considera que la probabilidad de detección es alta, la cual asciende a 1.

57. Considerando lo antes señalado, la Comisión considera que corresponde sancionar a LOOP EVENTOS PERÚ con una multa ascendente a 4.1 UIT²⁷.

D. Sanción final

²³ Debido a que el administrado no cumplió con remitir el ingreso bruto percibido por la realización del evento, se procede a estimar el mismo, teniendo en cuenta el valor de las entradas y la cantidad de asistentes aproximada que el administrado iba a recibir en el evento.

Según la página web <http://www.creamfieldsperu.com/2016/index.html>, el precio de las entradas son las siguientes:

Descripción	Preventa 1	Preventa 2	Preventa 3
Cream (S/)	168.00	210.00	252.00
VIP (S/)	216.00	270.00	324.00
Promedio (S/)			240.00

Fuente: <http://www.creamfieldsperu.com/2016/index.html> Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización
Por lo tanto, considerando la asistencia aproximada al evento, 9,473 (Carta enviada por los organizadores del evento a la Compañía de Bomberos. Folio 64. Expediente 139-2016/CC3), el ingreso total por la realización del evento asciende, aproximadamente a S/ 2'273,520.00 (Resultado de S/ 240.00 * 9,473).

²⁴ Respecto al presente caso, no se contó con información relevante que permita distinguir la valoración respecto al artista promocionado DJ TIËSTO, esto a pesar de haberse requerido información al administrado durante la supervisión y este procedimiento, por lo tanto, se procede a estimar el porcentaje en el valor de las entradas respecto a la presentación del artista DJ TIËSTO utilizando otros medios.

Según las páginas web especialistas en información relevante sobre DJ's, (thedjlist.com y djmag.com) ubican a DJ TIËSTO entre los primeros DJ's del mercado, asimismo, de acuerdo a la información de la página web de Forbes, este DJ se encuentra ubicado en el segundo puesto en la lista de DJ's mejor pagados del mundo en el 2016 (<http://forbes.es/actualizacion/6139/los-djs-mejor-pagados-del-mundo-en-2016/12>). Esta información nos da una idea acerca de la valoración que le dan los consumidores a este artista.

Ahora, para establecer el valor porcentual es necesario, además, conocer la valoración que le dan los consumidores a los demás artistas que se presentaron en el evento. Según fuentes de información consultadas (thedjlist.com y djmag.com), además de DJ TIËSTO, hay 5 artistas que se encuentran entre el TOP 100 de los mejores DJ's del mundo, los cuales son: OLIVER HELDENS, KSHMR, BLASTERJAXX, SVEN VATH y THE MARTINEZ BROTHERS.

Por lo tanto, considerando que DJ TIËSTO es el artista con mayor relevancia en el evento promocionado, se establece que el 30% del valor de las entradas corresponde al valor del mencionado artista, 50% para los demás artistas (5 artistas) que se ubican en el TOP 100 de los mejores DJ's del mundo y 20% para el resto de artistas.

²⁵ Por lo tanto, los días transcurridos entre la fecha de realización del evento, 04/11/2016, y la fecha actual, 24/01/2017, son 81 días.

²⁶ Al respecto, debe considerarse para el cálculo de la ganancia ilícita los siguientes factores:

- Se toma como medida de rentabilidad el costo promedio ponderado del capital para las empresas del sector Entretenimiento, el cual asciende a 10.91% anual, y su equivalente diario 0.03%, obtenida de la conversión de la tasa anual a diaria = $[(1+10.91\%)^{1/360} - 1] = 0.03\%$ diario. Fuente: Damodaran, Aswath, Cost of Capital by Sector (Emerging Markets), en la página web del profesor Aswath Damodaran. <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>
- Monto de los ingresos obtenidos por el administrado respecto al valor estimado de las entradas correspondiente al artista que no se presentó, S/ 682,056.00 (Resultado de S/ 2'273,520.00 * 30%)
- Días transcurridos entre la fecha de realización del concierto, 04/11/2016, y la fecha actual, 24/01/2017, 81 días.
- Ganancia ilícita = $682,056.00 * ((1 + 0.03\%)^{81} - 1) = 16,774.42$

²⁷ Multa = Beneficio ilícito / Probabilidad de detección = $16,774.42 / 1 = 16,774.42$ Multa en UIT = $16,774.42 / 4,050.00 = 4.1$ UIT

58. Por las consideraciones expuestas, corresponde sancionar a LOOP EVENTOS PERÚ con 169.8 UIT por infracción a lo establecido en el 19 del Código y con 4.1 UIT por infracción a lo establecido en el artículo 108 del Código, toda vez que vulneró los derechos de los consumidores establecidos en los literales d) y f) del artículo 97 del mismo cuerpo legal.

E. Registro de Infracción

59. Finalmente, este Colegiado dispone la inscripción de las infracciones y sanciones a que se refiere la presente Resolución en relación a LOOP EVENTOS PERÚ, en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, una vez que la resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119²⁸ del Código.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Sancionar a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C. con una multa ascendente a 169.8 UIT²⁹ por haber incurrido en infracción a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que no cumplió con la presentación del artista “DJ Tiesto” promocionado en el evento “Creamfields Perú 10 años” a los consumidores. Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contado a partir de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

SEGUNDO: Sancionar a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C. con una multa ascendente a

4.1 UIT por haber incurrido en infracción a lo establecido en el artículo 108 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto vulneró los derechos de los consumidores establecidos en los literales d) y f) del artículo 97 del mismo cuerpo legal, toda vez que no cumplió con efectuar la devolución parcial correspondiente al valor de las entradas al evento “Creamfields Perú 10 años” por la no presentación de uno de los artistas. Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contado a partir de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

TERCERO: Ordenar a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C. como medida correctiva que, en un plazo de 15 días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con devolver de forma individual o conjunta a los consumidores que asistieron al evento “Creamfields Perú 10 años” el valor ascendente al 30% del cobro realizado por cada entrada para el referido espectáculo. Para lo cual deberá efectuar publicaciones que permitan conocer a los consumidores sobre la ejecución de esta medida correctiva.

²⁸ Código

Artículo 119.- Registro de infracciones y sanciones

El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución. La información del registro es de acceso público y gratuito.

²⁹ Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPÍ - sito en Calle La Prosa 104, San Borja.

Adicionalmente, el administrado deberá acreditar el cumplimiento de la medida correctiva, ante la Comisión, en el plazo máximo de 10 días hábiles, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado en el párrafo precedente.

En caso no cumpla con acreditar el cumplimiento de la medida correctiva ante la Comisión, será pasible de imponerse una multa coercitiva en su contra, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Código³⁰.

CUARTO: Informar a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C., que la presente resolución tiene eficacia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto Legislativo 807, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el único recurso impugnativo que puede interponerse contra lo dispuesto por este colegiado es el de apelación³¹. Cabe señalar que dicho recurso deberá ser presentado ante la Comisión en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, caso contrario, la resolución quedará consentida³².

QUINTO: Disponer la inscripción de las infracciones verificadas y sanciones impuestas a LOOP EVENTOS PERÚ S.A.C. mediante la presente resolución, en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi. Ello, una vez que la resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Con la intervención de los señores Comisionados: Alberto Cairampoma Arroyo, Guiselle Romero Lora, Lennin Quiso Córdova y Julio Aguirre Montoya.

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

Presidente

³⁰ Código

Artículo 117.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.

³¹ Código

PRIMERA.- Modificación del artículo 38 del Decreto Legislativo núm. 807

Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. El plazo para interponer dicho recurso es de cinco (5) días hábiles. La apelación de resoluciones que pone fin a la instancia se concede con efecto suspensivo. La apelación de multas se concede con efecto suspensivo, pero es tramitada en cuaderno separado. La apelación de medidas cautelares se concede sin efecto suspensivo, tramitándose también en cuaderno separado.

³² LPAG

Artículo 212.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

Anexo 03



FACULTAD DE DERECHO

RESOLUCIÓN DECANAL N° 295-2016-FD-UC

Huancayo, 21 de diciembre de 2016

EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Vista, la solicitud con expediente N° 238249, presentado por el Bachiller CANDIOTTI MONGE, CESAR AUGUSTO, de la Escuela Académica Profesional de Derecho, quien solicita la inscripción de su Plan de Tesis.

CONSIDERANDO:

Que, según informe N° 001-2016-HCQC, de fecha 23 de noviembre de 2016 del docente asesor, **Abog. QUISPALAYA CORDOVA, HERBIN CESAR**, quien da su conformidad del Plan de Tesis "LA EFICACIA DE LA OFERTA AL PUBLICO Y SU LEGITIMACION COMO INVITACION A OFRECER EN EL CODIGO CIVIL PERUANO", presentado por el referido Bachiller y habiendo encontrado conformidad para su inscripción, en concordancia con lo estipulado en el Reglamento de Grados y Títulos y en los principios de legalidad, presunción de veracidad y simplicidad, expresadas en el reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI - SUNEDU).

Estando en uso de sus atribuciones conferidas por la Ley Universitaria, el Estatuto Universitario y el Reglamento de Grados y Títulos.

RESUELVE:

Primero. - Aprobar la solicitud del Bachiller CANDIOTTI MONGE, CESAR AUGUSTO, de la Escuela Académica Profesional de Derecho, para la inscripción del Plan de Tesis, en mérito al cumplimiento de los requisitos pertinentes.

Segundo. - **DISPONER**, la inscripción del Plan de Tesis "LA EFICACIA DE LA OFERTA AL PUBLICO Y SU LEGITIMACION COMO INVITACION A OFRECER EN EL CODIGO CIVIL PERUANO", presentado por el Bachiller CANDIOTTI MONGE, CESAR AUGUSTO.

La vigencia del Plan de Tesis en mención es a partir del 21 de diciembre de 2016, por el periodo de un año.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Cc./
Docentes
Interesado
Archivo

Wilham Rodriguez Giraldez
DECANO
FACULTAD CIENCIAS DE LA EMPRESA
UNIVERSIDAD CONTINENTAL