

# EL CUMPLIMIENTO DE PRESTACIONES DINERARIAS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Eduardo Benavides  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima

*La devaluación y la inflación, problemas que no resultan extraños en nuestro país, y con los que hemos tenido que convivir los peruanos por mucho tiempo, han cuestionado seriamente los planteamientos que el Código Civil incluye, en materia del pago de obligaciones dinerarias.*

*La polémica no ha sido extraña al legislador y muestra palpable de ello la constituyen las recientes modificaciones realizadas a los artículos 1236 y 1237 del Código Civil. Sin embargo, es mucho todavía lo que puede reformarse, superadas ya las posiciones que afirmaban un nominalismo radical, contrario a una realidad económica tan cambiante en nuestro país.*

*El doctor Benavides analiza en esta oportunidad la polémica existente entre el nominalismo y el valorismo y, desde una perspectiva pragmática que no debe ser dejada de lado en los estudios doctrinarios, nos introduce en el mundo de las cláusulas que usualmente han sido empleadas para evitar que los problemas económicos afecten la entidad de las prestaciones pactadas en los contratos.*

*El autor incide particularmente en la problemática que suscita la regulación del tema en el Código Civil peruano y, a diez años de su vigencia, postula la necesidad de reformarlo en este extremo. Sin embargo, no deja de ser consciente -al mismo tiempo- de que corresponde a los jueces una visión mucho más creativa del Derecho.*

## 1. LA POLEMICA ENTRE NOMINALISMO O VALORISMO

El artículo 1234 del Código Civil proclama que «el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado». Se ha recogido, a decir de los comentaristas del Código, el nominalismo como principio y, según se dice, el valorismo no ha sido completamente descartado, pues el artículo 1235 contempla la posibilidad del reajuste de la prestación previo pacto entre las partes.

Además, el primer párrafo del artículo 1236 acoge la distinción formulada en el Derecho alemán entre deudas de dinero y deudas de valor:

«Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga el día del pago salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Después de lo ocurrido en el Perú durante las últimas dos décadas, no creo que nadie pueda afirmar un nominalismo de manera absoluta y sin excepciones. El nominalismo partía del principio de que la moneda debía conservar su valor, pues siguiendo la famosa definición de Hirschberg «una unidad monetaria es siempre igual a sí misma; una libra es siempre igual a una libra; un dólar es siempre igual a un dólar, etc.; y no se tiene en cuenta ningún cambio externo en el valor de la moneda, principalmente su cotización en re-

lación con otras monedas, ni las modificaciones que su valor sufra en el ámbito interno»<sup>1</sup>.

El propio Osterling dice en la Exposición de Motivos del Código que «El nominalismo recoge el principio de que las leyes monetarias son de orden público, que el valor de la moneda debe ser fijado por ley y que su poder liberatorio salvo autorización expresa de la propia ley no debe estar sujeto a pacto entre particulares, pactos estos que en definitiva pueden deteriorar su valor»<sup>2</sup>.

La confianza en el nominalismo se basaba en supuestos que la realidad económica se ha encargado de destruir: es el Estado o el Banco Central el único que rige el valor de la moneda, el Estado jamás permitirá una grave devaluación, la moneda nada tiene que ver con el mercado, etc. El propio Osterling parecía confiado en que la Constitución confiaba al BCR la defensa de la estabilidad de la moneda<sup>3</sup>.

Los tiempos han cambiado. Hoy en día, después de nuestro 7000% de hiperinflación en 1990, y después de dos cambios de moneda y de devaluaciones de 3000% no podemos proclamar de manera tan tajante como lo hace el nominalismo que una deuda dineraria es siempre cumplida si el deudor entrega la cantidad nominalmente pactada independientemente de si el poder adquisitivo de la moneda ha variado o no.

La validez de dicho pago, según Uribe Restrepo, «descansa en una ficción legal, consistente en que el valor de tal suma no ha cambiado en el lapso transcurrido entre el nacimiento de la obligación y el momento de su solución»<sup>4</sup>. El propio Ripert dice que «esta regla es justa y práctica en los contratos de larga duración pero solo en el caso de no variar sensiblemente el valor de la moneda»<sup>5</sup>.

Con el correr del tiempo ha quedado demostrado que el nominalismo no da la seguridad que supuestamente daba, pues la seguridad sin justicia no es seguridad, ni tampoco evita litigios, pues basta ver la avalancha de casos presentados ante los tribunales en épocas de crisis económica, ni mucho menos es una piedra angular de la actividad comercial. La ventaja de saber exactamente cuánto se va a pagar, sin necesidad de recálculos

complicados, desaparece cuando los cambios económicos le restan no solo valor sino también sentido y utilidad a la prestación dineraria.

Los reproches al carácter gaseoso, inestable y riesgoso del valorismo parten muchas veces de una visión prejuiciada y distorsionada de este principio. Equivocadamente, se piensa que esta posición pretende que toda deuda se pague según su valor actual. Esto no es del todo cierto.

El valorismo moderno respeta la teoría de los riesgos: si las partes quieren asumir el riesgo de depreciación, que lo asuman. Pero cuando este riesgo no ha sido asumido, y la pérdida de valor es considerable, para que la prestación se mantenga con sentido debe ser actualizada. Y actualizarla no quiere decir aumentarla, sino darle el peso que le corresponde, el que las partes le han querido dar no sólo para el inicio, sino sobre todo para el cumplimiento. Recordemos que las prestaciones son sólo instrumentos para la satisfacción de intereses y que esto no se da si bajo un principio falso, *mark gleich mark*, pretendemos pagar menos de lo que corresponde.

La distinción entre «deudas de dinero» y «deudas de valor», asumida por nuestro Código en los artículos 1234 y 1236, nace en el derecho alemán. Después de la terrible devaluación del antiguo *Reichsmark*, la ley de revaluación de deudas distinguió entre las *Geldschulde*, obligaciones de entregar una suma de dinero, y las *Wertschulde*, aquellas que aunque se cancelan en dinero tienen por objeto restituir un valor. Es el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones, obligaciones restitutorias, etc.

La doctrina argentina ha criticado duramente el distingo, pues separar deudas de dinero de deudas de valor equivale a decir que sólo en las segundas se paga un valor, un equivalente de la contraprestación, cuando eso debe ocurrir en toda obligación. De otro lado, en caso de ocurrir una grave inflación, ¿es el reajuste prerrogativa de las deudas de dinero?

En las Jornadas de Rosario sobre indexación el distingo fue duramente criticado. Mosset dijo que el distingo era «valioso en el plano doctrinario»,

<sup>1</sup> HIRSCHBERG, Elyahu. *El Principio Nominalista*. De Palma, Buenos Aires, 1976. p. 35.

<sup>2</sup> REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil Peruano, Exposición de Motivos y Comentario*. t. V, p. 296.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> URIBE RESTREPO, Luis. *Las Obligaciones Pecuniarias frente a la Inflación*. Temis, Bogotá, 1964. p. 30.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

pero que «conduce, en una economía que padece un proceso inflacionario a soluciones injustas, contrarias a las exigencias que fluyen de los intereses en juego»<sup>6</sup>. Moisset de Espanés propuso se declarara que «la distinción entre obligaciones dinerarias y obligaciones de valor no tiene un fundamento ontológico, sino que es un simple medio técnico al que apelaron los juristas para superar las injusticias que acarrea la aplicación del principio nominalista»<sup>7</sup>.

Mantener esta distinción en nuestro Código sólo se justifica si se da a los jueces la facultad de reajustar las deudas en caso las deudas dinerarias resulten afectadas por una pérdida o incremento de valor que no ha sido asumida como riesgo. Los jueces alemanes han hecho aplicación amplia del principio de la *Treu und Glauben* del 242 del BGB, la «lealtad y confianza recíprocas», para efectuar reajustes de deudas. Y en el Derecho argentino, Morello, siguiendo a Venini, ha sostenido que el juez podría por la buena fe, aun sin que medie pedido de parte y de *motu proprio*, reajustar o repotenciar la prestación<sup>8</sup>. En la doctrina argentina, aún los opositores a la indexación aceptan que debe haber reajuste por lo menos en caso de mora a partir del momento del incumplimiento.

Los jueces peruanos podrían hacer aplicación de la ejecución de buena fe del artículo 1362 del Código para dar cabida al reajuste de la prestación dineraria afectada por un riesgo no asumido.

## 2. CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Dice Orgaz que si Stefan Zweig podía llamar al mundo anterior a la primera guerra mundial «el mundo de la seguridad», el nuestro bien podría ser considerado «el mundo de la inseguridad»<sup>9</sup>. Nunca de manera tan rápida y tan violenta se han producido tantos cambios -políticos, económicos, tecnológicos, sociales, culturales- en tan poco tiempo.

¡Y qué decir de nuestro tiempo! La caída del muro de Berlín, la globalización de los mercados, la aparición de China en la escena mundial, la irrupción de la informática, el milagro económico de los dragones asiáticos, las transformaciones en Euro-

pa Oriental, la magia de las comunicaciones, los procesos de integración regional,...

Cuando, a comienzos de siglo, el continente europeo fue remecido por la primera guerra mundial, la economía de muchos países quedó totalmente destrozada. Los fenómenos de depreciación monetaria, escasez de materias primas e inflación extrema, etc., aparecieron en el escenario de las otras sanas economías de países como Alemania y Francia. La multitud de casos que fueron llevados ante los tribunales y que no siempre lograron una solución de equidad, hicieron caer en cuenta a los contratantes que debían extremar sus previsiones en el contrato buscando que ante el riesgo de cambios sobrevinientes las prestaciones pudiesen actualizarse y mantenerse como útiles, conservando la llamada ecuación entre prestaciones.

El contrato, como todos sabemos, es básicamente un acto de previsión. En el contrato las partes ponen no sólo aquello con lo que las partes cuentan al momento de celebrar el contrato. También ponen aquello que esperan razonablemente va a ocurrir. Como decía la doctrina alemana de la *Voraussetzung*, además de lo que las partes ponen en el contrato está lo que presuponen. Y, obviamente, las partes no presuponen que todo se va a mantener inalterable. Presuponen, esperan, calculan ciertos cambios y variaciones que de acuerdo a las circunstancias deberían ocurrir.

Y esta previsión, si bien está presente en todos los contratos -porque aún en los de cumplimiento inmediato la relación continúa, por ejemplo con la obligación de saneamiento, la garantía de buen funcionamiento, etc.-, es en los contratos de ejecución futura en los que reviste especial importancia y en los que los contratantes deben poner especial cuidado en la fijación de sus prestaciones. Así, si vendedor y comprador calculan una inflación para el año de entre 20% y 30%, es lógico que fijen el saldo de precio por pagar teniendo en consideración esta variable. Y si mutuante y mutuario suponen que durante el año la devaluación de la moneda nacional frente al dólar no será mayor del 10%, y el costo anual del dinero no pasará de 15%, y los ingresos mensuales del mutuario representarán determinada cantidad, igual-

<sup>6</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia Contractual*. EDIAR, Buenos Aires, 1977. p. 249.

<sup>7</sup> MOISSET DE ESPANÉS, PIZARRO y VALLESPINOS. *Inflación y Actualización Monetaria*. Universo, Buenos Aires, 1981. p. 70.

<sup>8</sup> MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato*. LEP, La Plata, 1985. p. 110-120.

<sup>9</sup> ORGAZ, Alfredo. *El Contrato y la Doctrina de la Imprevisión*. Buenos Aires, La Ley, 1950. t. 60, p. 692.

mente tomarán en cuenta estos elementos para fijar las cuotas y los intereses.

Karl Larenz considera que estos factores que objetivamente todo contratante diligente debería asumir y esperar y sobre cuya base fabrica su negocio son parte de la «Base Objetiva del Negocio» o *Geschäftsgrundlage*<sup>10</sup>.

Pero los hombres de negocios empezaron a darse cuenta de que a menudo la realidad excedía largamente sus previsiones. De que lo que en su momento era una pequeña inflación podía transformarse abruptamente en hiperinflación, que el valor de la moneda podía registrar picos y caídas tan precipitados como dramáticos, que las relaciones comerciales podían verse repentinamente alteradas y que en el complejo mecanismo de la economía internacional, los agentes económicos podían comportarse de manera sorpresiva.

Los particulares empezaron entonces a pactar en sus contratos cláusulas de estabilización para protegerse precisamente de ese tipo de trastornos, como lo puede ser una devaluación futura o una posible alza sobreviniente de los precios.

Pasamos a mencionar algunas de las cláusulas de estabilización más utilizadas:

#### a. La cláusula oro

Esta cláusula se volvió popular en los países anglosajones como *gold coin*, *gold bullion*, o *gold value*. En su versión original la cláusula obligaba al pago de una suma «en monedas de oro», como protección contra la depreciación del papel moneda. En un momento posterior, se utilizó la cláusula con idéntica finalidad, pero la indicación era esta vez que el pago se debía hacer en dinero aunque teniendo como referencia determinada cantidad de monedas de oro.

Con el tiempo, desaparecen las monedas de oro como medio de pago y la referencia se empieza a hacer «al equivalente a x onzas de oro».

La posibilidad de aplicar la cláusula oro fue objeto de polémicas y discusiones apasionadas. Se hizo popular en la etapa de entreguerras y después de la hiperinflación alemana los contratantes la utilizaron intensamente. Sin embargo, la doctrina clásica francesa enfiló sus baterías contra la cláusula

descalificándola por contravenir el nominalismo del artículo 1895 del Code y bajo argumentos de que la cláusula promovía la inseguridad, la inestabilidad y el abuso y reavivaba el fuego de la inflación. Esta prédica caló en la mente de los legisladores que terminaron por prohibir la cláusula en Francia, Estados Unidos y buena parte de los países europeos.

Otras versiones de esta cláusula han hecho referencias a otros metales preciosos, como la plata.

Hoy en día, las cláusulas referidas a metales preciosos han perdido su popularidad al haber aparecido otros factores de estabilidad mucho más sólidos y prácticos. La posibilidad que nos da la estadística y las ciencias económicas de tener acceso a información muy precisa sobre el comportamiento de la economía y del mercado nos permite disponer de una variedad de índices e indicadores económicos a los cuales podemos «anclar» nuestras deudas.

#### b. La cláusula mercadería

Este tipo de cláusulas nos remiten el pago al equivalente a determinado número de unidades (kilos, toneladas, quintales, libras, etc.) de productos que están en el mercado.

El lector podría preguntarse ¿Tiene sentido que las partes sometan el precio por ejemplo en un contrato de servicios a las fluctuaciones de valor que pudiera sufrir una cierta mercancía? Lo tiene en la medida que esa mercancía juegue un papel importante en la estructura de costos o en el cálculo de beneficios que sustenta el interés de las partes. También acá tiene mucho que ver la «base del negocio».

A modo de ejemplo, en España se ha hecho popular la utilización de la cláusula «valor trigo» para el arrendamiento de fundos agrícolas.

Y sin duda, la referencia a cualquier producto agrícola -maíz, centeno, tabaco, café, algodón- o a cabezas de ganado, o al precio de la carne, puede ser un elemento de estabilidad digno de tenerse en cuenta si el contrato tiene a ese producto, directa o indirectamente, como un factor importante. Y ello ocurre no sólo cuando el producto es objeto de la prestación, sino también cuando incide en ella aun sin ser su objeto. Puede tratarse, por

<sup>10</sup> LARENZ, Karl. *Base del Negocio jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; y *Derecho de Obligaciones*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. t. I, p. 314.

ejemplo, de un arrendamiento de fundo agrícola o ganadero, un contrato de aparcería, una prestación de servicios vinculada a la actividad agropecuaria (por ejemplo desinfección de semillas, recolección de cosecha, faenas agrícolas, etc.), un suministro de productos agroindustriales o de productos con un fuerte componente de materia prima y escaso valor agregado, etc.

En el campo de la construcción, donde el alza de materiales constituye un riesgo importante para el contratista, las cláusulas de valor referidas a ciertos materiales -fierro de construcción, ladrillos, cemento- permiten al constructor protegerse contra los riesgos de escasez de materiales y de alza de precios.

La cláusula «valor barril de petróleo» tuvo su oportunidad con la crisis de la OPEP a comienzos de los años setenta. Y se volvió a reafirmar como útil con la guerra del golfo en 1991.

Es moneda corriente por eso no sólo en los contratos de exploración y explotación petrolera, sino también en los contratos de servicios petroleros (v.g. perforación de pozos, construcción de torres, etc.) e incluso en los relativos a refinación y suministro de derivados del petróleo, desde combustibles y lubricantes hasta materias primas básicas, resinas y plásticos, se utiliza la cláusula.

Situaciones similares se dan con las cláusulas «valor cobre», «valor uranio» (que empezó a utilizarse a raíz del caso *Westinghouse* en los Estados Unidos), o «valor carbón», por ejemplo. Esta última se hizo muy popular después de la primera guerra mundial, cuando el carbón era la principal fuente de energía, a raíz del caso de la Compañía de Gas de Burdeos, célebre fallo del Consejo de Estado en el cual se amparó la demanda de la empresa que daba el servicio de alumbrado a la ciudad de Burdeos. Debido al incremento imprevisto y desmedido del precio del carbón como consecuencia de la guerra (en particular la ocupación por Alemania de la cuenca carbonífera francesa y el bloqueo a las rutas de transporte de suministros) se habían incrementado los costos de producción de la energía de manera escandalosa, por lo que la Compañía de Gas demandó el reajuste del precio que recibía como contraprestación.

Dicen Moisset, Pizarro y Vallespinos que las cláusulas que se vinculan con una sola mercadería, inclusive metales preciosos, pueden «de-

parar a las partes sorpresas muy desagradables, ya que el resultado final se distorsiona si la mercadería no mantiene un valor estable, sino que sufre alteraciones bruscas, siempre posibles». Y agregan: «Lo importante al elegir una cláusula estabilizadora es no limitarse a una sola mercadería o género, cuyo valor relativo puede modificarse con los consiguientes perjuicios para los contratantes, ya que se habrá frustrado, precisamente, el fin perseguido por la cláusula, que era mantener estable el valor de las prestaciones intercambiadas»<sup>11</sup>.

### **c. La cláusula de moneda extranjera y la cláusula valor moneda extranjera**

La cláusula moneda extranjera exige el pago de la deuda en moneda extranjera. En cambio, la cláusula valor moneda extranjera no obliga al pago en moneda extranjera sino establece que el pago se hará en moneda nacional según el equivalente a cierta cantidad de moneda extranjera, para lo cual se utiliza el curso o tipo de cambio de dicha moneda a la fecha de pago.

Durante la primera mitad de este siglo, la doctrina atacó esta cláusula con mayor furia aún que a la cláusula oro. Los argumentos utilizados ya no eran solo los de la inseguridad y la posibilidad del abuso, sino que la discusión incorporó justificaciones de índole patriótico y nacionalista. Al igual que la cláusula oro, las cláusulas monetaristas terminaron por ser prohibidas en muchos países, excepción hecha del Derecho inglés y los países germánicos. La jurisprudencia tachó de nulas estas cláusulas por considerar que pactar en moneda de otro país era atentar contra el curso forzoso de la moneda nacional. Nuestra propia Corte Suprema sostuvo esta línea argumental en fallos de los años 30, 40 y 50 en los que se sostiene que el uso de este tipo de cláusulas «atenta contra la soberanía nacional», «significa una vergonzosa desconfianza sobre la solidez de nuestra moneda», «vulnera el principio del curso forzoso» y significa «poner los intereses de otros países por encima de los intereses patrios».

Sin embargo, en nuestro país la cláusula renació en los años 80. Superados los prejuicios de los años 70, marcados por la hostilidad hacia los Estados Unidos, la prédica anticapitalista, la prohibición del comercio en dólares y la persecución absurda incluso de los tenedores de moneda americana, en los 80 se volvió una práctica común pac-

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 342-343.

tar la cláusula pago en moneda extranjera, especialmente en operaciones de compraventa y arrendamiento. Hay que recordar que es a fines de los 70 que el ministro Silva Ruete pone de moda el término «minidevaluación» y que en los ochenta tenemos por primera vez devaluaciones anuales de tres dígitos. Adicionalmente, durante los ochenta la tasa de devaluación empieza a ser más alta que la tasa de inflación, por lo que, por ejemplo, para los arrendadores fijar el pago en dólares permite mayores beneficios que ajustar la renta con la inflación.

Con los años, las «cláusulas dólar» se han probado como armas de doble filo. Ciertamente, las fluctuaciones del tipo de cambio no siempre están libradas a las leyes del mercado y al libre juego de la oferta y la demanda. A menudo el Estado interviene para fijar o manipular el tipo de cambio de manera artificial guiado por consideraciones políticas, ignorando lo que ocurre en la economía del país.

Así ocurrió con nuestro famoso dólar MUC y con el control de cambios, en los años 1985 y siguientes. Como consecuencia del «congelamiento» de la moneda americana, los acreedores que habían pactado cláusulas dólar antes del 85 debieron recibir el pago en moneda nacional al tipo de cambio oficial, los famosos I/.1398. Y para muchos deudores, el negocio de tomar un préstamo en dólares, vender la moneda en Ocoña y después de dos años devolver intis depreciados pagando al cambio congelado de julio del 85 resultó una lotería.

El comportamiento errático y caprichoso del dólar, influido a menudo por factores extraños al mercado cambiario, como la afluencia de dólares del narcotráfico, hacen que la preferencia por estas cláusulas deba ser hoy en día objeto de cuidadosa reflexión. Téngase en cuenta que en los últimos años, la tasa de devaluación ha estado siempre por debajo de la tasa de inflación y que la moneda estadounidense soporta hasta ahora un fuerte atraso cambiario. Aun así, es cierto que el uso de la cláusula pago en dólares sigue siendo la regla, tanto en alquileres, servicios, préstamos y compraventa.

#### **d. La cláusula de revisión periódica**

En este tipo de cláusulas las partes se comprometen a revisar cada cierto tiempo el monto de la prestación.

Considero que este tipo de pacto resulta poco práctico y a menudo ineficaz, pues las partes sólo se comprometen a «revisar» la cláusula, no a hacer

un reajuste efectivo, ni mucho menos fijan un procedimiento para hacer el reajuste (como en el caso de los índices o si se designa a un tercero que efectúe el reajuste).

Las partes, llegado el momento de hacer la revisión, podrían efectivamente sentarse a conversar, pero no se han obligado a llegar a un acuerdo o a hacer de todas maneras un reajuste. Cualquiera de ellas podría negarse a aceptar el reajuste propuesto por la otra y esta negativa frustraría la actualización de la deuda y volvería completamente ineficaz la cláusula. Como el reajuste queda librado a la buena voluntad y el mutuo acuerdo de las partes, la cláusula no resulta útil, pues sólo funciona si hay acuerdo entre las partes para reajustar, y si las partes se ponen de acuerdo en actualizar, entonces no requieren de ninguna cláusula. Si en cambio no llegan a ningún acuerdo, la cláusula no soluciona el conflicto.

#### **e. Las cláusulas de indexación o «index clauses»**

Con este pacto, las partes sujetan su deuda a ajustes periódicos (trimestrales, anuales, etc.) en función de un índice, un indicador económico, monetario, comercial, bursátil, etc.

El más popular y utilizado es sin duda el índice de incremento de precios al consumidor de Lima Metropolitana del INEI, conocido como «cláusula inflación INEI». Este tipo de cláusulas de indexación a la inflación se volvieron populares con la aparición del fenómeno de la inflación en las economías latinoamericanas. Uno de los primeros casos fue el de Argentina (con el célebre «Rodríguez») y Chile, y luego vinieron las hiperinflaciones de Perú, Brasil y Bolivia.

La utilización de la indexación al IPC ha sido una de las herramientas más eficaces para anticipar los efectos nocivos de la inflación sobre la economía del contrato y su aplicación resulta relativamente sencilla. De allí el éxito de esta cláusula en nuestro medio y su aplicación frecuente en contratos de mutuo, compraventa, suministro y servicios.

En los últimos años se ha hecho costumbre utilizar no sólo la información del INEI, cuyos sistemas de recolección de información a menudo son cuestionados, sino también las mediciones de empresas privadas (Apoyo, Cuánto, etc.).

Las partes pueden referirse, además, no sólo al índice general de precios al consumidor, sino también a otros índices del INEI como el de pre-

cios al por mayor, o a los índices de inflación para determinadas zonas geográficas, o para determinados grupos de bienes y servicios (por ejemplo, los concesionarios de cafeterías y los que suministran almuerzos suelen hacer sus reajustes según el índice de alimentos y bebidas fuera del hogar).

Otro índice que fue muy utilizado entre nosotros para la actualización del precio en los contratos de obra es el de la CREPCO (Comisión Reguladora de Precios de la Construcción). Este índice registra las variaciones de los diversos factores que inciden en los costos de construcción (materiales, mano de obra, energía, etc.).

Y por supuesto hay toda una variedad de indicadores e índices: el de variación de las reservas internacionales netas del BCR, los índices de precios de combustibles de Petroperú, los índices de tarifas públicas que dan las respectivas Comisiones Reguladoras de Tarifas, los índices de empleo que da el Ministerio de Trabajo, los de producción manufacturera, minera, agrícola y pecuaria que dan los Ministerios de Industria, Energía y Minas y Agricultura, los de extracción pesquera del Ministerio de Pesquería, los del Producto Bruto Interno que da el BCR, los índices monetarios y financieros que da tanto el BCR, como la Superintendencia de Banca, los índices fiscales del Ministerio de Economía y de SUNAT, los índices comerciales y aduaneros del MEF y la SUNAD, etc.

Recientemente, el *boom* inversionista, la rentabilidad asombrosa de la Bolsa de Valores y la fiebre especulativa han volcado también la atracción hacia los índices bursátiles de la Bolsa de Valores de Lima.

#### f. Unidades de referencia

Durante algún tiempo se acostumbró hacer uso de ciertas unidades de referencia como anclas de estabilidad, partiendo del supuesto de que estos *tertium comparationis* serían reajustados periódicamente.

Así, se volvió costumbre en los 70 y 80 utilizar el sueldo mínimo vital, o la remuneración mínima legal, para fijar, por ejemplo, el pago de prestaciones de servicios.

Otras unidades de referencia muy usadas fueron la Unidad Impositiva Tributaria, hoy UIT, los USPAC -en préstamos para vivienda-, la remuneración máxima asegurable, el sueldo promedio para Lima Metropolitana según el Ministerio de Trabajo, etc.

La utilización de unidades de referencia en el ámbito contractual ha sido abandonada paulatinamente. El manejo político que el gobierno suele hacer de estos índices, dada su influencia sobre ciertas variables micro y macroeconómicas, ha provocado que el comportamiento de estas unidades de referencia sea a menudo extraño a la realidad.

Así ocurrió, por ejemplo, con el sueldo mínimo vital, la unidad de referencia y la remuneración mínima legal mantenidos inmóviles durante mucho tiempo para evitar el incremento de los fondos indemnizatorios. O es el caso también de la UIT, ajustada por el MEF, muy por debajo de la inflación con el propósito de mejorar la recaudación tributaria.

#### g. Fórmulas polinómicas y cláusulas de escala móvil

La aplicación de los métodos arriba mencionados no siempre ha dado buenos resultados. En ocasiones son varios los factores que inciden sobre la estructura de costos y las partes quieren que no sólo se contemple alguno de ellos. Quieren protegerse contra la inflación, pero también contra la devaluación; quieren tener en cuenta el incremento de los materiales de construcción, pero también el alza de la mano de obra.

Esto ha llevado a la adopción de fórmulas polinómicas en las cuales se pondera diversos índices o factores según el peso que juegan en la estructura de costos del contrato.

En otros casos las cláusulas incluyen métodos de escala móvil o previsiones alternativas. Por ejemplo la cláusula podría indicar que se aplicará reajuste por inflación o reajuste por devaluación según el que fuere mayor o que el pago será en «valor dólar» salvo que exista un retraso de la tasa de devaluación de más de 10 puntos en relación a la tasa de inflación, en cuyo caso se ajustará con el IPC de INEI.

Este tipo de cláusulas, tanto las de fórmula polinómica como las de escala móvil, son comunes en contratos de obra, préstamos bancarios, contratos financieros, contratos de leasing, etc.

### 3. LAS CLAUSULAS DE REAJUSTE EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Dice el primer párrafo del artículo 1235: «No obstante lo establecido en el artículo 1234 las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido al índice

de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante».

La validez y utilidad de las cláusulas de estabilización *está en nuestro tiempo fuera de toda discusión*. Su aplicación es congruente con la libertad contractual y en nada vulnera el orden público. Lejos de vulnerar la estabilidad de la relación obligacional, refuerza su seguridad y mantiene el *onus* de las prestaciones actualizado.

Atrás quedaron los tiempos de prejuicios chauvinistas y nadie pone en duda hoy lo práctico y congruente con el interés de las partes que resulta hacer referencia al IPC o al valor del dólar.

Sin embargo, el artículo 1235, impecable en su intención de abrir a los contratantes la posibilidad de utilizar cláusulas de estabilización, es en cambio cuestionable en la técnica empleada.

En efecto, de la multitud de cláusulas estabilizadoras que hemos mencionado, el artículo 1235 sólo hace referencia a tres: «el índice automático de reajuste de deuda del BCR», que es sólo una de las muchas cláusulas de indexación, «otras monedas» (cláusula valor moneda extranjera) y «mercancías» (cláusula valor mercancías).

El artículo 1235 no menciona, y aparentemente excluye, cláusulas tan frecuentemente utilizadas por los particulares como la de Inflación INEI, la de CREPCO, las de fórmulas polinómicas, unidades de referencia y muchas otras.

Curiosamente, el Proyecto de Libro de las Obligaciones de Osterling de 1980, si bien no permitía el ajuste contractual, sino sólo el legal, «por leyes especiales», era sin embargo más amplio en la referencia a los índices, pues hablaba de «índices de reajuste automático» y no sólo del índice BCR.

La referencia limitada al índice de reajuste de deudas del BCR aparece con la Ley N° 23327 del 24 de noviembre de 1981. Como quiera que el Código Civil de 1936 no contemplaba la posibilidad de las cláusulas de estabilización y como en esos años nuestros niveles de inflación llegaban al 80% anual, la Ley 23327 va a permitir a las partes, y en especial a los bancos, en el préstamo dinerario a plazo no menor de un año hacer referencia al índice de reajuste de deudas del BCR.

Cuando la comisión reformadora modifica el artículo 102 del proyecto Osterling, hace bien en dejar al arbitrio de las partes, y no al legislador de emergencia, el reajuste de las deudas. Pero en cambio equivoca el camino cuando sustituye la referencia a los «índices de ajuste automático» por *aquella absolutamente limitada del índice BCR*, que la ley de 1981 había introducido, a pedido de los bancos, para una situación absolutamente particular.

La propia referencia a «mercancías» es limitativa. Se define a las mercancías como «todo género vendible, cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta»<sup>12</sup>. Me pregunto qué pasaría si las partes desean hacer referencia al valor de bienes inmuebles, por ejemplo el metro cuadrado de terreno en determinada zona de Lima, o al valor de servicios, por ejemplo la tarifa horaria de un abogado según determinado colegio profesional para cierto tipo de asunto profesional. Ni los inmuebles ni los servicios entran en el concepto de mercancía y resultarían pues excluidos del artículo 1235.

No creemos que la intención del legislador haya sido limitar las cláusulas de reajuste autorizadas a únicamente los tres casos mencionados. Creemos que la intención ha sido citar estos tres casos a modo de ejemplo, sin excluir la posibilidad de pactar otras cláusulas de estabilización.

Sin embargo, el lenguaje utilizado en el artículo 1235 resulta una enumeración cerrada, *numerus clausus*, de los supuestos de cláusulas de reajuste. El artículo 1235 debió haber hecho una enumeración abierta que deje a las partes la posibilidad de incorporar al contenido de sus contratos otras cláusulas de estabilización.

Nos atrevemos a proponer un enunciado como el siguiente:

«Artículo 1235.- No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que una prestación dineraria o el monto de una deuda contraída en moneda nacional sean referidos a cualquier índice de reajuste automático, fórmula de actualización, unidad o valor de referencia, inclusive el de monedas extranjeras, bienes y servicios, a fin de mantener dicho monto en valor constante».

El artículo 1237 del Código Civil acoge el pago en

<sup>12</sup> Diccionario de la Lengua Española XIX ed. p. 898.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta, Buenos Aires, 1984. p. 462.

moneda extranjera que en otras épocas tantas suspicacias despertó. El éxito arrollador de la cláusula «pago únicamente en dólares» quedó confirmado cuando por ley se modificó el artículo 1237 para considerar válido y eficaz dicho pacto.

Una reflexión final. Más allá de la bondad de las cláusulas, también es cierto que éstas pueden convertirse en instrumento de abusos y que hay situaciones en las cuales la evolución de los índices y valores puede sobrepasar largamente toda expectativa y resultar una excesiva carga para el deudor o por el contrario resultar perjudicial para el acreedor. He sostenido anteriormente que aquí hay también campo de aplicación para la excesiva onerosidad de la prestación<sup>13</sup>.

Pero creo además que los jueces deben tener la facultad de poder suavizar la severidad de estas cláusulas, como lo hacen con la cláusula penal, y que aplicando el principio de la buena fe en la ejecución de las prestaciones, como lo han hecho los tribunales alemanes, pueden corregir las desvia-

ciones que las cláusulas puedan sufrir cuando éstas no formen parte del riesgo razonablemente asumido por las partes.

En el Derecho argentino, Mosset y Jortack<sup>14</sup> han propugnado la necesidad de la desindexación judicial cuando se dan casos como el de ciertos préstamos hipotecarios para vivienda en los cuales la combinación de sistemas de reajuste automático de deudas con ajuste y capitalización en plazos muy breves y la aplicación adicional de intereses terminan por producir un efecto bola de nieve sobre el saldo deudor, mientras más pago más debo, y paralelamente las cuotas mensuales se elevan y el deudor termina por perder todo.

Situaciones similares vivió el Perú con el sistema de reajuste de capital que el Banco Hipotecario aplicó a los préstamos para vivienda. La intervención del Estado para la condonación de las deudas libró a los prestatarios de la pérdida total de su patrimonio.

<sup>13</sup> BENAVIDES, Eduardo. *La Excesiva Onerosidad de la Prestación*. Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 357-361.

<sup>14</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, y JORTACK, Victor. *Indexación, Abuso y Desindexación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982.