

# EL CÓDIGO CIVIL DE 1984: ¿VEJEZ PREMATURA O PREMATURA DECLARACIÓN DE VEJEZ? REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL PAPEL DEL CONTRATO EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN SOCIAL LIBRE

Fernando de Trazegnies Granda\*

*El autor hace un interesante e ilustrador análisis acerca del papel de la regulación de los contratos en el ordenamiento civil peruano partiendo de la idea según la cual éstos constituyen un instrumento más del Derecho para satisfacer las necesidades individuales y colectivas de las personas dentro de una sociedad libre. De esta manera, considera que la regulación de los contratos no es por sí misma determinante para considerar al ordenamiento como uno anacrónico, sino que se debe formar a los operadores del derecho para que utilicen sus instituciones de tal modo que sean compatibles con la economía de mercado que pretendemos instaurar en el país.*

\* Miembro del Comité Consultivo de THEMIS - Revista de Derecho. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## I. INTRODUCCIÓN

Una vieja historia sufí cuenta que el Mullah Nasrudin era un hombre muy especial. En su pueblo lo tenían por tonto; pero sucede que para los sufíes el sabio pasa muchas veces por tonto y por eso llaman a su enseñanza “sabiduría de los idiotas”. Sucedió un día que Nasrudin se paseaba por el pueblo en su burro, pero estaba sentado mirando el anca en vez de sentarse en dirección a la cabeza del animal. La gente comenzó a reírse y él preguntó de qué se burlaban. Hombre, le dijeron, ¿pero no te das cuenta de que estás sentado mirando atrás? Nasrudin volteó a ver cómo efectivamente la cabeza del burro estaba a sus espaldas, consideró atentamente la situación y luego se echó a reír también, comentando: “pero qué tonto es este burro... ¡cómo no se ha dado cuenta de que está al revés!”.

A veces, cuando escucho decir que el Código Civil de 1984 ha envejecido demasiado rápidamente, me pregunto si es el Código el que ha envejecido o si somos nosotros, los juristas de veinte años después, quienes no sabemos o no queremos hacerlo vivir de acuerdo con los tiempos: no es tan claro si la culpa de la descolocación está en el Código o en los Nasrudines juristas.

## II. EL CONTRATO Y LA SOCIEDAD LIBRE

La pregunta es particularmente relevante cuando nos referimos al régimen jurídico contractual porque éste es uno de los principales elementos de construcción de una sociedad libre, ya que constituye la expresión misma de esa libertad individual que está –o debiera estar– en el origen del acuerdo social.

Una sociedad libre y moderna no toma como base a la sociedad y desde ahí parte para construir una noción de hombre sino, por el contrario, parte del hombre mismo, de usted, de mí, de cada una de las personas que nos rodean consideradas en tanto que cada una de ellas es el asiento de la libertad. En última instancia y sin perjuicio de la importancia enorme de la interacción social para el desarrollo del individuo, no cabe duda de que el hombre es una unidad en sí mismo: nacemos solos y morimos solos. Podemos acercar enormemente la intimidad de dos personas pero ello no quita que ambas son dos personas distintas y que cada una de ellas se reconoce como tal dentro de la relación.

Esas personas individuales y concretas que componen la abstracción que llamamos humanidad se caracterizan por la capacidad de actuar por su cuenta, por la capacidad de escoger aun cuando no fuera sino mentalmente. La vida es movimiento, es decisión, es cambio. El hombre que carece en forma absoluta de

movimiento, de acción, de decisión, ya no es un hombre: es un cadáver. La muerte es el fin de toda acción. Y no se trata de una acción cualquiera, no se trata de una acción mecánica como la que se produce en los cuerpos inertes, sino de una acción libre que le permite ir definiéndose a sí mismo. Por eso, no es que el hombre tenga libertad sino que es libertad.

Evidentemente esa libertad a la que nos referimos no es una entelequia ni una utopía ilusa, no es la posibilidad de decidir cualquier cosa sino de decidir entre las alternativas que nos ofrece la realidad: es una libertad situada. Pero notemos que la situación establece los parámetros entre los que se puede escoger pero no determina mecánicamente lo que va a suceder. Siempre, aun dentro de alternativas muy apretadas, el hombre escoge. Nuestras conductas no se producen como meras consecuencias ciegas de la relación entre causa y efecto sino que en todo momento interviene la libertad que decidirá cuál será nuestra próxima situación dentro de lo posible.

## III. LA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El contrato, dice el artículo 1351 de nuestro vituperado Código de 1984 es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esto significa que el contrato es el instrumento de la opción en el plano patrimonial, es el canal de la libertad de acción a la que antes me he referido. Esta opción libremente convenida se convierte así en ley entre las partes ya que crea un orden jurídico *ad hoc*, que es producto de la conjugación de dos o más libertades. De ahí que la autonomía de la voluntad sea la piedra angular y la esencia del contrato: un contrato impuesto no es un contrato; tan simple como eso.

El Código de 1984 reconoce esta naturaleza esencialmente libre del contrato privilegiando su carácter consensual. Es así como el Código garantiza la autonomía de la voluntad estableciendo que las partes determinan libremente el contenido del contrato (artículo 1354). Obviamente, la ley, en razón del interés general, puede prohibir que se pacten determinadas prestaciones. Por ejemplo, puede y debe prohibir el contrato de los servicios de un asesino a sueldo. Pero prohibir no es anular la libertad sino encauzarla: ni aún la ley puede obligar a suscribir un contrato; apenas puede impedir que se suscriba. De este predominio de la voluntad libre y concertada como elemento formativo del contrato se deriva que las disposiciones de la ley en esta materia tengan en principio que ser simplemente supletorias de la voluntad de las partes (artículo 1356), considerándose que las leyes imperativas son verdaderamente excepcionales.

Por otra parte, dentro de la concepción moderna del Derecho que reposa cada vez más en formalidades lógicas antes que materiales, el Código reduce casi a una excepción la necesidad de que la expresión del acuerdo revista una forma material específica. En principio, el contrato se perfecciona simplemente con lo que es su elemento esencial: el consentimiento de las partes. No importa la forma material a través de la cual éste se exprese (artículo 1352). En otras palabras, para transferir la posesión de un bien inmueble ya no hace falta revolcarse en el suelo y cortar ramas dentro del predio como en la época romana sino que basta que pueda probarse de cualquier manera que hubo consentimiento, es decir, que dos voluntades libres coincidieron en establecer entre ellas un cierto sistema de derechos y obligaciones. La forma es solamente *ad probationem* y no *ad solemnitatem* como en los antiguos contratos romanos y aún los medievales.

Este respeto por la voluntad de las partes conlleva que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones (artículo 1359) ya que es solamente la libertad entendida como una opción racional, integral y coherente que da lugar al nacimiento del contrato y, por tanto, crea las obligaciones recíprocas.

Consecuente con esta teoría liberal del contrato, el Código dispone también que sus estipulaciones deben interpretarse de acuerdo a la buena fe y a la voluntad de las partes (artículo 1362). Y para que la interpretación responda a la regla antedicha, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (artículo 1361), es decir, hay que ceñirse a las palabras o sistema de significaciones mediante las cuales se expresa la voluntad concordada. Y además se presume que esa declaración expresada responde a la voluntad de las partes, salvo que quien alegue lo contrario pruebe que no hay tal correspondencia (artículo 1361). Una vez más, lo que prevalece es la voluntad libre de las partes.

Estos son los principios generales que establece el Código de 1984 en materia de contratos. Cuando hablamos de principios generales queremos decir los principios básicos, la quintaesencia de la doctrina del contrato. Como puede apreciarse, el contrato ha sido concebido por los legisladores de 1984 como una expresión de la llamada autonomía de la voluntad o libertad contractual que permite a los individuos ir diseñando su entorno social a través de ciertos actos de ejercicio de la libertad personal que llamamos contratos y que van determinando sus obligaciones y derechos en el plano de las relaciones privadas.

Me parece innecesario entrar en una discusión sobre si la autonomía nace de una delegación del poder

jurídico o si tiene su origen en el Derecho Natural que consagra ciertos derechos subjetivos del ser humano anteriores y superiores al Estado.

Creo que no cabe la menor duda –y es parte de nuestra experiencia cotidiana– que solamente tenemos los derechos que nos son reconocidos por el orden jurídico dentro del que vivimos. Pero eso no significa que el orden jurídico impuesto por el Estado pueda ser evaluado al margen de los objetivos que ese Estado se propone realizar y del modelo de sociedad que los hombres quieren darse a sí mismos. En otras palabras, el orden jurídico no puede ser juzgado en abstracto, desde el interior de una cápsula académica a la que llamamos Derecho, sino que tiene que ser apreciado dentro de un contexto más amplio que incluye una visión política y económica de la sociedad. Desde ese punto de vista, el Estado no puede imponer cualquier orden jurídico sino uno que sea coherente con los ideales que la comunidad de los hombres que forman ese Estado quiere realizar. Y a partir de ahí, surge una orientación clara a la tarea legislativa y a la judicial para actuar con coherencia dentro del modelo escogido.

Es por ello que no se puede tomar partido por la libertad contractual o por la intervención del Estado, como si se tratara de posiciones finales y opuestas. En primer lugar, tenemos que definir el tipo de sociedad en el que queremos vivir. Y a partir de ahí construiremos el Derecho contractual sobre la base de una mayor o menor libertad contractual, de una mayor o menor intervención del Estado, según la opción política y económica que hayamos asumido socialmente.

Por tanto, si creemos que el hombre tiene una libertad esencial –mejor aún, que el hombre es libertad– los derechos que nos otorgue el Estado a través de la ley y de las decisiones judiciales tienen que ser conformes con esa libertad básica y deben orientarse a promoverla y a protegerla, incluyendo una protección contra sí misma. Es decir, si adoptamos los principios filosóficos que conducen a una sociedad liberal y a una economía de mercado, el orden jurídico no puede, bajo el pretexto de que la obligatoriedad del contrato proviene de la ley, interferir en la formación de la voluntad de las partes, distorsionar la forma como los contratantes perciben sus ventajas y costos y sustituirse a las partes en interpretaciones derivadas presuntamente no de lo que realmente quisieron y expresaron las partes sino de lo que debían haber querido para que el contrato fuera justo o equitativo.

Esta posición político-jurídico-social no implica tampoco que el Estado se aparte totalmente de la regulación de los contratos. La libertad, para que pueda subsistir como tal, debe organizarse en un orden. Y el Estado interviene precisamente para garantizar ese

orden, es decir, para garantizar la libertad misma. Esto lo puede llevar a prohibir ciertas conductas, más raramente lo puede llevar a obligar otras. Pero siempre con la mira no de realizar fines ajenos y superiores al individuo sino de permitir que el individuo pueda lograr mejor sus propios fines y metas, ejercer de manera más plena su propia libertad. Aun cuando parezca una paradoja –pero es una paradoja que está en el corazón del pensamiento liberal y que constituye su entraña– la libertad no puede ser limitada sino en nombre de la propia libertad.

La discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo – con la intervención de varios otros “ismos” intermedios o paralelos– ha sido utilizada (sobre todo, en los medios académicos jurídicos) sea para defender la libertad, sea para defender el dirigismo o intervencionismo del Estado en el contrato. Sin embargo, me parece irrelevante: no importa si es la ley quien consagra la autonomía de la voluntad o si ésta procede de un Derecho Natural o hasta Divino; sea como fuere y cualquiera que sea el fundamento de su legitimidad, la autonomía de la voluntad preside nuestro sistema contractual.

#### IV. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Sin embargo, dado que el contrato vive en el interior de una sociedad organizada bajo la forma de un Estado, no cabe duda que el orden estatal, si bien establece una suerte de ínsulas de normatividad propia que llamamos contratos, no puede ser totalmente ajeno a sus regulaciones y de alguna manera tiene que gobernar el archipiélago. Es en este sentido, que el Estado no puede dejar de tener presencia de una forma u otra dentro de este espacio eminentemente privado. Por ello, afirmada la doctrina de la autonomía de la voluntad como elemento central de la contratación, es importante examinar esas formas excepcionales por las cuales el Estado interviene en razón de intereses y valores de carácter social que sobrepasan la voluntad de las partes.

##### 1. Los contratos celebrados por los particulares con el Estado

Quizá debamos comenzar por los contratos que celebran los particulares con el Estado.

En principio, los contratos con el Estado se rigen exactamente por los mismos principios que los contratos entre particulares. El Código Civil no contiene un régimen especial de contratos con el Estado; y si bien el Derecho Administrativo tiene alguna participación en esta materia, ella se limita –o debería limitarse– a las condiciones administrativas en las que se forma la voluntad de esa parte que llamamos Estado,

pero sin interferir en la creación ni en la ejecución de la voluntad contractual. Apenas el artículo 63 de la Constitución establece, prosiguiendo la tradición de la doctrina Calvo, que en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática; pero permite una excepción de la jurisdicción nacional para los contratos de carácter financiero. A renglón seguido, la misma Constitución abre más la puerta jurisdiccional cuando establece que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, así como también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Sin embargo, el Código de 1984 introduce una novedad en esta materia con los llamados “contratos-ley”. El artículo 1357 crea ciertos contratos especiales que combinan el poder de la ley con el poder de la voluntad de los contratantes. En realidad, casi podríamos decir que se trata más bien de “leyes-contrato” porque, aunque la materia de estos pactos corresponde exclusivamente al derecho de imperio de los Estados (como todo lo relativo a la tributación), el Código permite que, si existe autorización legal sustentada en razones de interés social, nacional o público, el Estado pueda someter tales materias también al régimen contractual, dejando al Estado sólo como contratante y otorgando consecuentemente a este contrato todas las garantías del Derecho contractual. En otras palabras, lo que era materia de una ley y que, por tanto, podía ser modificado por otra ley posterior, se convierte en material contractual y así el Estado se autolimita contractualmente y ya no puede intervenir imperativamente por cuanto las leyes no se aplican retroactivamente a los contratos anteriormente celebrados. Este tipo de pacto es particularmente útil para otorgar la estabilidad tributaria que requiere una gran inversión.

La Constitución de 1993 ha ratificado la legalidad de estos contratos introduciendo además una aclaración esencial a este régimen de contratos ley al resaltar el hecho de que si bien están basados en una ley, tienen también la naturaleza de contratos. En ese sentido, dice expresamente la Constitución con relación a quienes gozan de esos beneficios contractualmente, las normas anteriores que los benefician no pueden ser derogadas por otra disposición legislativa, como ocurriría con cualquier ley; su naturaleza contractual les otorga la garantía contra toda modificación por leyes y otras disposiciones que contempla el primer párrafo de ese mismo artículo constitucional.

## 2. La intervención directa del Estado en los contratos entre particulares

En principio, una intervención directa del Estado en los contratos está excluida dentro del ordenamiento jurídico peruano: tanto la Constitución como el Código protegen lo que alguna vez se llamó –a mi juicio, en forma enfermizamente religiosa– la “santidad de los contratos”.

El artículo 62 de la Constitución es muy claro al decir que los particulares pueden pactar válidamente en ejercicio de la libertad a la que tienen derecho y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Sin embargo, esta libertad contractual no significa que las partes puedan pactar cualquier cosa ya que existen siempre los límites del orden público y las buenas costumbres.

La misma Constitución de 1993, cuando establece la garantía de la libertad de contratar, la califica con la frase “según las normas vigentes al tiempo del contrato”. El artículo 1354 del Código Civil, al referirse a esa misma libertad, la limita en el sentido de que el pacto no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Sin embargo, estas restricciones, si están fundadas precisamente en las necesidades organizativas de un orden social libre, no pueden ser objetadas en nombre de la libertad contractual: como decía Kant, las restricciones a la libertad para asegurar la libertad no son restricciones sino formas de liberar la libertad de los estragos que pueda causarse a sí misma debido a una práctica desordenada.

La regla del artículo 1354 ha dado lugar a jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que no sólo la formación del contrato debe ceñirse a lo dispuesto por las reglas vigentes al tiempo del contrato sino que, como consecuencia de ello, sus cláusulas deben también interpretarse posteriormente de acuerdo a tales normas vigentes en ese entonces (Casación 1132-2002. Lima, 31 Enero de 2003). De esta forma, la Corte Suprema ha confirmado que los contratos no pueden estar sujetos a intervenciones legales del Estado que se produzcan durante su ejecución, ni aun por la vía de la interpretación.

La norma más discutible del Código Civil en este sentido es el artículo 1355 que dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Sin embargo, si la analizamos dentro del contexto de las normas del

Código en materia de contratos, queda claro que se trata de una autorización de carácter excepcional, es decir, que sólo funciona en situaciones extraordinarias: las situaciones ordinarias están regidas por los principios generales de la concepción del contrato en nuestro Código y que se basan en un respeto de la autonomía de la voluntad.

## 3. La intervención indirecta del Estado

Ahora bien, como vemos, el Código Civil de 1984 no permite en forma general una intervención del Estado en los contratos, ya sea para crear obligaciones, modificarlas o extinguirlas. Por consiguiente, las intervenciones explícitas no son posibles legalmente, salvo en casos muy excepcionales. Pero existen formas de que la intervención estatal se produzca en forma encubierta, con resultados muy efectivos.

Para ello, el Estado no recurrirá a ningún medio jurídico para modificar la voluntad de las partes plasmada en el texto del contrato sino que procederá a atacarla o a debilitarla mediante un rodeo.

Como es obvio, el Estado tiene una capacidad de acción persuasiva y disuasiva muy grande a través del inmenso poder que puede ejercer sobre el ciudadano, particularmente en países como el nuestro donde las instituciones funcionan en forma muy politizada y las presiones del Gobierno pueden ser muy efectivas porque las protestas y respuestas jurídicas del sector privado contra ellas tienen muchas dificultades para enfrentar con éxito tal presión política.

Es así como no se puede modificar los contratos leyes que otorgan estabilidad tributaria a ciertas empresas al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución y del artículo 1357 del Código Civil. Sin embargo, el Estado puede recurrir a múltiples mecanismos para hacer la vida imposible de esas empresas y, de esa manera, por cansancio, obligarlas a negociar una modificación del contrato ley.

Evidentemente, uno de los métodos más efectivos es someter a la empresa a un acoso de inspecciones estatales, sean éstas tributarias, ambientales o sobre el cumplimiento de un sinnúmero de reglamentos menores. Otro método, menos agresivo pero igualmente muy efectivo, es el que pudiéramos llamar de “resistencia pasiva”: las dependencias del Estado demoran infinitamente todos los trámites regulares, hacen muy lentos los procedimientos para otorgar autorizaciones de aspectos específicos y, en general, irritan a la empresa privada escudándose en un burocratismo condenable, pero aparentemente inocente por cuanto pasa como un mal endémico dentro de la organización estatal.

A todo ello debe agregarse otro tipo de intervenciones políticas que no provienen necesariamente del Gobierno sino que conforman el Estado en sentido amplio, desde el Congreso o desde la opinión pública. Estas acciones apelan también a la técnica de promover el cansancio, utilizando los medios informativos a su alcance para llevar a cabo la tarea de demolición paulatina de la moral privada. Recientemente, hemos visto el nacimiento de una nueva técnica que consiste en levantar pobladores, pueblos enteros, comunidades campesinas y otros actores locales para realizar una campaña que haga la vida imposible a una empresa que tiene que enfrentarse día a día con manifestaciones callejeras, bloqueo de las carreteras que llevan a su lugar de explotación, pintas y amenazas del tipo terrorista y hasta declaraciones de las autoridades locales y regionales.

#### 4. Intervencionismo judicial

Paralelamente a las amenazas de intervencionismo político, encontramos algunas instituciones del Derecho Civil—unas tradicionales y otras innovadoras— que abren una rendija al intervencionismo judicial, perforando el hermetismo de la autonomía de la voluntad.

##### a. La lesión

Quizá la primera que debemos tratar por la antigüedad de su existencia dentro de los sistemas jurídicos romanistas es la lesión.

Esta institución, como la conocemos ahora, es una acción rescisoria, es decir, declara que el contrato no tiene efecto por vicio en su nacimiento. Y, según hemos visto, el nacimiento del contrato se produce con el acuerdo de voluntades. Por consiguiente, la lesión se funda en un vicio en el acuerdo mismo que lo invalida. Ese vicio tan grave como para llevar a que se considere que no hubo verdadero acuerdo de voluntades consiste en una desproporción económica entre las prestaciones recíprocas pactadas.

En realidad, la lesión equivale a un vicio de la voluntad; pero no es un vicio en el plano del ser sino en el plano del deber ser. No es que, como en el caso del dolo o del error o de la intimidación, esa voluntad no existía. En el caso de la lesión, la voluntad existía pero no debiera haber existido.

La lesión es una institución que viene desde muy antiguo, desde el Derecho romano. En Roma se concedía la posibilidad de invocar la lesión solamente en los contratos de compraventa de predios rústicos y urbanos y solamente al vendedor. El Derecho medieval español amplía la acción de lesión otorgándosela también al comprador. El Código Napoleón, en cambio,

fiel a la tradición romanista y dado que toma al propietario como la piedra angular de la sociedad, regresa a la lesión exclusivamente como protección a ese vendedor propietario que podía ser engañado por el comprador comerciante. Nuestros Códigos Civiles de 1852 y de 1936 (artículo 1439) conservaron esta versión estrictamente limitada de la lesión. Sin embargo, el Código de 1984 la amplió a todos los contratos, concedió la acción a cualquiera de las partes contratantes e introdujo un elemento de subjetividad propio del Derecho alemán en el sentido de que hay que agregar a la desproporción el requisito de que ésta hubiera tenido lugar aprovechándose la necesidad de la contraparte.

En verdad, podríamos decir que la lesión no solamente es una institución antigua sino que pertenece más a la antigüedad que a nuestro tiempo. En otras palabras, es una subsistencia patógena dentro del Derecho moderno de una institución que se justificaba dentro de un contexto económico-social fundamentalmente diferente.

Este carácter anacrónico salta a la vista si se tiene en cuenta que para establecer que una prestación es tantas veces mayor que la otra es preciso tener un precio objetivo de cada una de ellas. Sin embargo, en la sociedad de mercado, por definición, no existen precios establecidos: no hay precios definidos oficialmente por el Gobierno u otras instituciones, como tampoco hay un “precio justo” al que normalmente tengan que referirse los comerciantes. En la sociedad de mercado, el precio se fija por los contratantes en cada contrato. Y todo vendedor trata de colocar el precio más alto posible que permita el mercado, es decir, con el único límite que no ahuyente a los compradores y los induzca a buscar el producto de la competencia. De manera que el tope del precio dentro de la sociedad moderna no está dado por un elemento moral ni legal sino por la competencia.

¿Qué ha hecho, entonces, el Código de 1984 para encontrar un precio de referencia dentro de una sociedad de mercado? Si bien no lo define con precisión, el artículo 1449 indica que la desproporción se apreciará según el valor que tengan los bienes o servicios que son objeto de la prestación al tiempo de celebrarse el contrato. La única forma de entender esta regla es presuponiendo que el promedio del valor del mercado es un “precio justo”. Sin embargo, notemos que esta presuposición es absolutamente contraria a las leyes de la economía de mercado. Porque el llamado valor de mercado debe ser el resultado de las transacciones libres, sin limitación de precios, efectuadas por los actores comerciales; y no al revés. Son las transacciones individuales, cada una de ellas, lo que forma el valor de mercado y no el valor de mercado que forma el precio de cada

transacción. En otras palabras, no se puede imponer a una transacción el precio promedio de las transacciones diarias porque dado que dicho valor promedio tiene que ser el resultado de sumar transacciones libres, tal imposición en camino inverso distorsionaría el propio mercado.

Ahora bien, el Código Civil peruano de 1984, siguiendo la línea del Código Civil italiano, ha tratado esta institución con una cierta ambigüedad conceptual. De un lado, toma nota que es un arcaísmo y por ello pretende hacerla de muy difícil aplicación. Es por ello que ha introducido la idea de que sólo hay lesión cuando hay aprovechamiento de la necesidad apremiante de la contraparte. De otro lado, sin embargo, el Código de 1984 ha rebajado el monto mínimo exigido para la desproporción que prescribía el Código Civil peruano de 1936 (artículo 1439) y el propio Código italiano tomado de modelo (artículo 1448) de la mitad a sólo las dos quintas partes (artículo 1447 del Código Civil peruano de 1984).

Si a ello agregamos que, dentro de la misma línea de facilitación –y esta vez inspirándose en el Código italiano (artículo 1448)– ha ampliado el campo de alcance de la lesión a todos los contratos y que otorga la acción a cualquiera de los contratantes, nos encontramos que una defensa de la propiedad y del propietario anticuada y contradictoria con el mercado pasó a ser una defensa de todo derecho transferible, sin perder su carácter de anticuada y difícilmente compatible con la economía de mercado.

#### b. La excesiva onerosidad de la prestación

Hay otra importación de la legislación civil italiana que pudiera afectar la voluntad original de las partes y esa es la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1467 Código Civil italiano).

Esta institución incorporada por el Código Civil peruano de 1984 pretende cubrir una situación que, en algunos casos excepcionales, puede resultar injusta por cuanto se crea una desproporcionalidad no ya en la intención original de las partes sino con posterioridad a ella, alterando gravemente las circunstancias. La situación puede presentarse en los contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo. La norma del Código

peruano (artículo 1440) dispone que, en tal caso, es posible modificar la prestación acordada si ésta llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

La excesiva onerosidad de la prestación es la versión italiana de la teoría de la imprevisión que fue creada por la jurisprudencia administrativa francesa sobre la base del principio medieval del *rebus sic stantibus* para situaciones verdaderamente excepcionales. En el Derecho Civil, la imprevisión tuvo poca acogida durante el siglo XIX. Sin embargo, las grandes guerras europeas del siglo XX produjeron, como explica Osterling, graves alteraciones sociales, políticas y económicas, que condujeron a severos desquiciamientos contractuales e institucionales, obligando a la legislación circunstancial y de emergencia a restablecer una equidad elemental<sup>1</sup>. Es entonces que, a partir de las leyes de circunstancias se pretende derivar principios y organizarlos como institución del Derecho Civil que justifique la intromisión del juez en el contrato. Pero, salvo situaciones tan apremiantes como esa, los Tribunales europeos y norteamericanos, con ciertas variaciones, pero siempre dentro del rango del más alto rigor, no aceptan la intervención del Juez en la materia misma del contrato.

La jurisprudencia civil en Francia rechazó en forma tajante esta posibilidad. Como lo dijo la Corte de Casación de Francia en el caso Craponne: “en ninguna circunstancia corresponde a los tribunales, por más equitativa que ello pudiera parecerles, tomar en sus decisiones la consideración del tiempo como circunstancia para modificar los convenios entre las partes y sustituir con cláusulas nuevas aquellas que habían sido libremente aceptadas por los contratantes”<sup>2</sup>.

Alemania y Suiza acogieron la teoría de la imprevisión, pero sólo jurisprudencialmente bajo el nombre de “modificación de la base contractual” y tratándola con toda precaución. En Estados Unidos, el principio del cumplimiento ha sido siempre estricto: ni siquiera la imposibilidad exime de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación; en ese caso cuando menos se pagan daños y perjuicios porque, a diferencia de nuestro Derecho contractual, la falta de culpa no excusa el incumplimiento de la obligación<sup>3</sup>. Hoy en día los tribunales norteamericanos han acogido en forma

<sup>1</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. “La revisión de los contratos por el Poder Judicial”. En: Colegio de Abogados de Lima, Las nuevas orientaciones del Derecho. Lima. 1965. p. 127.

<sup>2</sup> Arrêt de principe du 06.03.1876 Canal de Craponne : “dans aucun cas, il n’appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision de prendre en considération le temps comme circonstance pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants”.

<sup>3</sup> SCHRABER, Gordon D. y Claude D. ROWHER. “Contracts”. Minnesota: West Publishing Co. 1990. p. 365. El principio general según el Restatement es el siguiente: “Contract liability is strict liability. It is an accepted maxim that pacta sunt servanda, contracts are to be kept. The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault and even if circumstances have made the contract more burdensome or less desirable than he had anticipated” (Restatement, Second, Introductory Note to Chapter 11).

absolutamente excepcional una teoría llamada de la impracticabilidad y de la frustración de propósito; sin embargo, aun en esos casos, el obligado queda liberado de su obligación, pero paga daños y perjuicios<sup>4</sup>.

Ahora bien, todas estas tentativas de sobrepasar el principio de *pacta sunt servanda* han respondido a estímulos sociales de suma gravedad. Italia es el primer país que incorpora la imprevisión en su Código Civil bajo el nombre de excesiva onerosidad de la prestación; y luego lo hacen Uruguay y el Perú. Dado ese carácter extraordinario y prácticamente catastrófico de las circunstancias que dan origen a una cierta excusa basada en el desequilibrio posterior a la formación de la voluntad, nosotros deberíamos proceder con extrema prudencia y con el mismo nivel de exigencias y dentro de la misma radicalidad de situaciones, que en los países que tienen una economía de mercado desarrollada. Resulta curioso que el Perú, un país que recién está aprendiendo a vivir una economía de mercado, sea de los primeros que ha incluido en su Código una institución tan complicada y de uso tan particular. No está mal que seamos innovadores y tengamos una institución que se coloca en los bordes de lo permisible dentro de la teoría económica prevaleciente; pero deberíamos estar muy alertas para no usarla con criterios ajenos y anteriores a la economía de mercado que todavía predominan en muchos ambientes.

Un detalle importante a señalar es que el legislador italiano no se atrevió a meter las manos dentro del contrato mismo ni aun en caso de excesiva onerosidad subsecuente: la solución que prevé para esta situación es la resolución del contrato (artículo 1497 Código Civil italiano), pero de ninguna manera ponerse a inventar nuevas cláusulas que él considere más justas para las partes. En cambio, el legislador peruano fue más lejos y admitió que el juez pueda sustituirse a las partes en la creación o modificación de obligaciones, al facultarlo para aumentar o reducir la prestación. En otras palabras, ante una situación de esta naturaleza, el legislador italiano le dice al juez: "Se justifica poner fin a este contrato"; en cambio, el legislador peruano le dice: "Entre usted dentro del contrato y establezca a nombre de las partes una cláusula más adecuada en las circunstancias actuales que la que las propias partes convinieron en su oportunidad".

## 5. Intervención propiciada por la doctrina

Sucede finalmente que la intervención del juez en el contrato puede producirse no sólo porque la ley le abre

una ventana de acceso sino también porque la doctrina impulsa al legislador o al juez a forzar los principios contractuales vigentes.

Este impulso puede venir en forma aparentemente anodina como la de darle a una norma del Código un alcance que va más allá de la naturaleza que le corresponde si lo interpretamos sistemáticamente.

Un ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 1335 ya antes mencionado que señala que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Esta norma no tiene aparentemente sentido porque siendo el Código Civil una ley, no hay duda de que otra ley puede modificar el Código sin que el propio Código Civil tenga que autorizar a ello. Pero lo que ha querido el legislador civilista es introducir una guía dentro del Código para que el futuro legislador sepa que hacer eso es salirse de los principios del derecho contractual que consagran la autonomía de la voluntad y que, por tanto, sólo lo debe hacer en circunstancias verdaderamente excepcionales y justificadas. Se trata, entonces, de una norma conceptualmente limitativa y no autoritativa.

Sin embargo, aunque oficialmente el Código Civil no tiene sumillas para cada artículo, ahora a los editores les gusta mucho colocarles una. La Edición Oficial de 1984 no tiene sumilla o membrete alguno artículo por artículo. Es después que ha venido esta moda –no encuentro otro calificativo– de sumillar los artículos; y las nuevas ediciones nos presentan estas sumillas como si fueran parte del Código. Cabe señalar que el *pathos* de la sumilla ha alcanzado no sólo a las ediciones privadas sino incluso a las ediciones oficiales, las que han introducido elementos en el texto del Código que no forman parte del Código mismo. Pero esas sumillas no son ley y no tienen ningún valor de obligación ni de interpretación.

Ahora bien, sucede que el artículo 1355 ha sido titulado de diferentes formas, dependiendo del editor. Hay ediciones que hablan de "Ámbito contractual"<sup>5</sup>. En otras, como es el caso de la Quinta Edición Oficial, el artículo citado lleva el nombre de "Regla y límites de la contratación"<sup>6</sup>.

Varias de estas sumillas son inocuas. Pero he encontrado otra muy difundida, incluso en Internet, que califica a este artículo como "Dirigismo contractual"<sup>7</sup>. Esto es muy grave porque sugiere la idea de que el sistema

<sup>4</sup> SCHRABER, Gordon D. y Claude D. ROWHER. Ibid. p. 372.

<sup>5</sup> CAJAS BUSTAMANTE, William. Código Civil. Texto Ordenado de Acuerdo a Edición Oficial, concordado y sumillado. Lima: Rodhas. 1995.

<sup>6</sup> Edición Oficial: Código Civil. Quinta. edición. Ministerio de Justicia. Lima: Editora Perú. 1999.

<sup>7</sup> MURO ROJO, Manuel. Código Civil. Lima: Gaceta Jurídica. 2002.

contractual peruano, aun cuando se declara basado en la voluntad de las partes, permite contradictoriamente un dirigismo contractual. El problema es que estas palabras van poco a poco adhiriéndose a las mentes y creando un andamio interpretativo que orienta al legislador y al juez por una dirección equivocada, como si el sistema económico social peruano no estuviera basado en la economía de mercado conforme lo establece el artículo 58 de la Constitución sino en principios socialistas y estatizantes, incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico-económico.

Por este camino, podemos llegar hasta el caso del contrato forzoso, que es el resultado no de la voluntad de las partes sino de una norma legal que obliga a crear una relación entre dos sujetos privados en materia de obligaciones y bienes igualmente privados. Como se pudo ver, los contratos forzosos afectan no sólo la libertad de determinar el contenido del contrato sino incluso la libertad de contratar o no contratar.

Morel ha llamado a estos contratos “una monstruosidad jurídica”<sup>8</sup>. Pienso que no es una monstruosidad jurídica *per se*, debido a que el Derecho admite toda clase de monstruos, fantasmas y otros seres extraños en la medida que responden a una concepción político-social que les da nacimiento. Pero efectivamente se trata de una monstruosidad si se lo considera desde la perspectiva específica de un Derecho liberal y de una sociedad organizada como economía de mercado. En verdad, dado que el contrato, tal como lo conocemos hoy, es una figura nacida de la modernidad e impulsada por el desarrollo del mercado libre, podríamos decir, siguiendo al profesor de la Puente, que esos “contratos forzosos” serían inconstitucionales. Pero me atrevería a discrepar en este caso del doctor de la Puente en cuanto que, a mi criterio, incluso si se presenta como mero mandato legal, sin el ropaje del contrato, no serían admisibles dentro de nuestro ordenamiento constitucional porque, dado que su materia se encuentra reservada por nuestro derecho al contrato, violarían libertades fundamentales del individuo y las bases más profundas de la libre iniciativa y de la economía social de mercado postulada por el artículo 58 de la Constitución.

Pero hay también casos más complejos de impulso doctrinal hacia un dirigismo contractual que alientan al juez a inmiscuirse dentro de ese mundo privado de la voluntad de las partes.

Recientemente ha aparecido una nueva amenaza a la estabilidad contractual y a la previsibilidad que de ella

se deriva y que es condicionante para el ejercicio de la libertad. Esa amenaza está conformada por una interpretación pretoriana de la buena fe<sup>9</sup>.

La buena fe clásica significó siempre un cierto nivel de transparencia en la comunicación entre las partes y también –y como consecuencia de ello– un estado de relativa inocencia. Esto quiere decir, ante todo, que las partes que negocian un contrato no mientan –esto es, que cada una crea verdaderamente lo que le dice a la otra– y que cada una ofrezca a la otra un mínimo razonable de información para estar en aptitud de tomar una decisión sobre el asunto adecuada a sus intereses.

Sin embargo, frente a esa buena fe púdica y tradicional ha surgido ahora otra acepción de buena fe que la convierte en una bomba de tiempo para destruir la voluntad libremente acordada de las partes. Mientras que la buena fe clásica era una mezcla de ingenuidad con honestidad, es decir, de unas ciertas condiciones subjetivas de transparencia y corrección, la nueva buena fe busca un referente objetivo en la conducta o decisión que hubiera debido tener ese sujeto al negociar el contrato. En otras palabras, se compara su decisión no con lo que él realmente quería sino con lo que hubiera debido querer, cualquiera que sea la forma como se determina ese deber ser. De esta manera, podemos llegar a la conclusión de que no es admisible una decisión que fue tomada por las partes en perfecta buena fe subjetiva porque esas partes no debieron haber regulado su relación recíproca de una manera que a *posteriori* el juez considera inconveniente.

Esta nueva y perturbadora doctrina ha intentado hacerse un sitio dentro del Derecho contractual calificando a la buena fe clásica como “buena fe subjetiva” mientras que ella se considera a sí misma como “buena fe objetiva”.

En realidad, esta nueva buena fe no pretende ya basar la interpretación del contrato en la común intención de las partes tal como ellas percibieron la situación sino en valores que están más allá de esa voluntad de las partes y que mediatizan o reducen esta voluntad. Esos valores pueden recibir nombres tan abstractos y generales como justicia, equidad y todas sus variantes expresivas. Ciertamente, creo que una noción que abandona escabrosamente la voluntad contractual y lo expresado por las partes para pretender un ideal superior y general, atenta contra la idea de libertad del Derecho moderno. Así, frente a la oferta y la demanda, aparece nuevamente

<sup>8</sup> Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general”. Primera Parte, tomo I, Biblioteca “Para leer el Código Civil”, volumen XI. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 334.

<sup>9</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “Desacralizando la buena fe en el Derecho”. En: Marcos A. Córdoba (Director). Tratado de la buena fe en el Derecho. Buenos Aires: La Ley. 2004.

el fantasma del “precio justo” amenazando desconocer el papel protagónico de los contratantes y distorsionando el sistema de mercado.

La Corte Suprema peruana ha intuido el riesgo de una interpretación sobre la base de una buena fe objetiva y ha establecido como principio que la buena fe y común intención de las partes a que se refiere el artículo 1362 como guía para la interpretación de los contratos “no puede ser interpretada en forma distinta a la efectiva declaración de voluntad expresada por las partes en el contrato respectivo, toda vez que ello significaría prescindir de la interpretación objetiva que todo magistrado debe observar de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico”<sup>10</sup>. En otras palabras, la Corte advierte aquí que los conceptos de subjetividad y objetividad pueden aplicarse en formas diversas y a objetos diversos; y que algunas de estas aplicaciones resultan ilegales. Así, la presunta buena fe “objetiva”, si se aparta de la declaración de voluntad expresada por las partes se convierte en un juicio subjetivo del magistrado; lo que contradice la obligación de todo juez de actuar objetivamente en la interpretación de los contratos.

#### V. ¿SE NECESITA UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

De cara frente a todas estas situaciones que afectan los contratos y la voluntad que las partes han incorporado en ellos de mutuo acuerdo, ¿podemos decir que el remedio es derogar el actual Código Civil y dar otro? Francamente creo que no.

Como resulta de lo expuesto, lo que no funciona bien a veces no es el Código sino la aplicación del Código. El Derecho es bastante más que un conjunto de leyes: es el proceso de aplicación de la ley que a su vez involucra una cierta cultura jurídica, un modelo económico, principios sociales y políticos, para no citar sino algunos de esos factores extralegales que constituyen la atmósfera y la práctica del funcionamiento del Derecho. Y esos factores no pueden ser incorporados en la ley porque el Derecho es siempre más que la ley.

Si queremos que exista estabilidad contractual y garantías para la inversión privada, lo que se requiere no es un nuevo Código sino que el Poder Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial, los abogados, la opinión pública se comprometan con un modelo económico de mercado y que sean coherentes con ese modelo en sus acciones e interpretaciones.

Si el Estado no adoptara una actitud de hostigamiento para obligar a renegociar los contratos que ha suscrito

con las empresas privadas, los contratos-ley serían perfectamente estables; y ningún nuevo Código Civil va a impedir el problema del acoso político contra la empresa: sólo una cultura político-jurídica adecuada permitirá dar la seguridad necesaria al inversionista. Si la obligación de incorporar ciertas cláusulas en determinados contratos fuera utilizada solamente en casos absolutamente razonables y compatibles con la libertad del mercado, si la excesiva onerosidad de la prestación fuera utilizada sólo en casos verdaderamente excepcionales y no cuando el desbalance surja de los riesgos propios de todo negocio; si la buena fe fuera entendida como honestidad y lealtad y no como un patrón objetivo que reinterpreta la voluntad de las partes, no tendríamos problema en el funcionamiento del actual sistema jurídico que regula los contratos civiles.

Por consiguiente, todas las situaciones riesgosas para la seguridad contractual, que antes he mencionado, pueden ser contrarrestadas sin necesidad de una ley; basta una utilización prudente de las normas actuales que, en vez de volverlas contra la economía de mercado, permita utilizarlas para cubrir esos casos efectivamente extraordinarios que, por una razón u otra, escapan del mercado.

Es verdad que el artículo 1335 ha ido un poco lejos porque no se limita a prohibir ciertos pactos como lo dispone el artículo 1354 sino que se refiere a que la ley puede imponer algunas reglas para ciertos contratos. Pero nuevamente debemos advertir que la ley no puede obligar a contratar; simplemente tiene que limitarse a decir: “si usted quiere celebrar tal contrato, tendrá que incluir una regla sobre tal cosa porque así lo exige el interés social”. El eventual contratante siempre puede decir: “No, en esas condiciones no quiero suscribir ese contrato”. Como muy claramente resume Manuel de la Puente y Lavalle, en este punto, muchos autores distinguen entre libertad de conclusión y libertad de configuración. La primera es la autonomía para concluir o no un determinado contrato; en la segunda, la autonomía se refiere a la determinación de los términos del contrato<sup>11</sup>. El Código peruano recorta la segunda de estas libertades –la libertad de configuración– pero en ningún caso la libertad de conclusión o libertad de contratar: no hay contratos forzosos.

Notemos que incluso esta regla del Código, aparentemente más entrometida en el negocio privado de las partes, se justifica en la existencia de situaciones que deben ser acompañadas necesariamente de ciertas obligaciones para cuidar el interés de todos y la

<sup>10</sup> Casación 2013-T-96-LIMA, 23 de Octubre de 1997.

<sup>11</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., pp. 272-275 y 327-328.

protección precisamente de una sociedad libre. Por ejemplo, la ley puede obligar a que los contratos de ventas de armas contengan necesariamente una cláusula que condicione la entrega a que el comprador haya previamente obtenido el permiso de utilización correspondiente o también la ley puede obligar a las empresas de transporte para que incluyan en sus contratos una cláusula de seguro. El caso del Seguro Obligatorio de Tránsito (SOAT), que actualmente existe en todas partes del mundo, es un ejemplo de un contrato que, si bien no es forzoso, constituye una condición para realizar una cierta actividad: nadie está obligado a contratar un SOAT; pero si no tiene SOAT no puede sacar su vehículo a la calle.

La lesión, a pesar de su anacronismo, podría tener sentido en una sociedad tan desigual en materia de información y de conocimientos como la nuestra, por lo que el mercado, en vez de funcionar adecuadamente a través de una racionalidad recíproca, puede dar lugar a casos en los que unos se aprovechen de los otros. Por consiguiente, si el juez exige una prueba contundente de que en ese caso se cumple la exigencia de la ley en el sentido de que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, ello no afectaría al mercado; porque el mercado no es un sistema en el que cada persona pretende aprovecharse de la otra sino un mecanismo por el cual los intereses perfectamente informados y racionales de dos o más personas se confrontan y se concilian. En cambio, claro está, si el juez admite ligeramente este tipo de reclamaciones, el mercado se verá distorsionado; y aun cuando se haga más severo el texto de la ley, el juez tenderá a debilitarlo en la práctica si está convencido de que así procede justamente.

En el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, notemos ante todo que no es la simple desproporcionalidad subsecuente que da origen a la modificación del contrato. En todo contrato de ejecución en el tiempo existe la posibilidad de que las circunstancias se modifiquen y que los valores de las respectivas contraprestaciones presenten variaciones que crean desproporción en las obligaciones recíprocas. Si en mi calidad de distribuidor internacional de crudo de petróleo me comprometo a entregar una cierta cantidad de barriles a una refinería a un precio igualmente determinado, es posible que antes de que se produzca la entrega el precio del barril de petróleo suba considerablemente y, por tanto, a mí me cueste adquirirlo al productor más de lo que voy a recibir como pago por la refinería. Sin embargo, eso no es una excesiva onerosidad de la prestación y no me libera ni modifica mi obligación. Se requiere que los acontecimientos posteriores sean extraordinarios e imprevisibles, y eso sucede en muy pocas ocasiones;

porque todo el mundo sabe que los precios de los productos y de las prestaciones están sujetos a la oferta y la demanda y, por consiguiente, pueden sufrir severas variaciones.

En el caso de la buena fe objetiva, dado que se trata de una concepción doctrinal y no legal, basta que esa doctrina no sea aceptada por los Tribunales sin que se requiera ley alguna para ello.

Nos encontramos entonces, conque el problema fundamental no está en la ley sino en la cultura jurídica que determina la aplicación de la ley. En un medio jurídico y económicamente inculto y movido más bien por una idea romántica de la justicia, cualquier disposición puede ser interpretada de manera que el mercado resulte afectado. Los adelantos del Derecho, concebidos en países donde tanto la población en general como los jueces son más conscientes e informados, se convierten en temibles enemigos de la libertad contractual cuando pasan al orden jurídico de países donde la administración de justicia no comparte los valores liberales o simplemente carece de una base informativa sólida.

Nos encontramos con un fenómeno inverso en los países donde el capitalismo ha logrado implantarse como un sistema generalizado. Tomando a título de ejemplo el Derecho norteamericano, vemos que ahí la cultura socio-jurídica del mercado libre ha llevado a los jueces a sentar jurisprudencia reforzando no el intervencionismo judicial sino, por el contrario, la libertad y obligatoriedad de las obligaciones contractuales. Como indicaba anteriormente, el Derecho contractual norteamericano se basa en la responsabilidad objetiva: el obligado es responsable cuando menos por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de contrato, aun cuando éste se produzca sin culpa del deudor e incluso si las circunstancias han hecho al contrato más oneroso o menos deseable de lo que se había pensado. Esta es una posición muy diferente de la del artículo 1317 de nuestro Código Civil, según el cual el deudor que no cumpla con su obligación o que cumpla parcialmente, tardíamente o defectuosamente sin culpa de su parte no sólo está exonerado de la obligación principal sino también de los daños y perjuicios. Sin embargo, me parece imposible que esa concepción estricta de la responsabilidad contractual fuera introducida en un nuevo Código Civil en el Perú porque la propuesta sería inmediatamente abominada como una monstruosidad o una irracionalidad en razón del tipo de cultura jurídica que predomina entre nosotros.

Por consiguiente, si bien es necesario a veces remozar los Códigos, no es ahí donde está el problema principal sino en la cultura jurídico-política. Los

Códigos son estructuras que duran un largo plazo y que pueden ser utilizadas y decoradas de diversas maneras a lo largo de su vigencia. Son zócalos o cimientos extensos en el tiempo sobre los cuales pueden construirse diversos tipos de edificios, adaptados a las necesidades del momento. No cabe duda de que el Derecho cambia con la historia; pero las grandes leyes no cambian a la misma velocidad que cambia la práctica jurídica. Como dice Lawrence Friedmann, los grandes sistemas legales han demostrado suficiente maleabilidad en su aplicación como para acomodarse a una gran variedad de arreglos sociales<sup>12</sup>. Francia y Haití, dice Friedmann, participan del mismo sistema legal y del mismo idioma; pero las diferencias en cuanto a su cultura, economía y organización socio-económica dan lugar a prácticas sociales bastante diferentes<sup>13</sup>.

Desde la perspectiva liberal y de la economía de mercado, es importante que existan estas estructuras o zócalos jurídicos relativamente permanentes ya que es una de las formas de asegurar una cierta estabilidad que permita una relativa previsión y estabilidad consecuentemente las bases de seguridad sin las cuales la libertad individual no puede funcionar. La variabilidad de las leyes no permite realizar las predicciones que requiere el buen funcionamiento de una sociedad de mercado. Radbruch señala que si se quiere garantizar la seguridad jurídica “el Derecho positivo no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley”<sup>14</sup>.

A lo largo de sus 183 años de historia, el Perú ha tenido 21 Constituciones y Estatutos Constitucionales, lo que da un promedio de una por cada 8 años aproximadamente. Los Estados Unidos de Norteamérica en 225 años han tenido sólo una Constitución. Hay que tener en cuenta que el Código Napoleón todavía está vigente en Francia después de 200 años. Y que el Código alemán, el llamado B.G.B., está vigente desde hace 104 años y ha sobrevivido a épocas históricas tan cambiantes como el Imperio dentro del que fue promulgado, la república de Weimar con influencia socialista, el régimen nazi, la Alemania comunista (en la que fue sustituido sólo en los últimos años) y en la Alemania capitalista hasta nuestros días. En Italia, el último Código –que fue tomado en muchas de sus partes como modelo (y, en ciertas partes, como plantilla) del peruano de 1984– tiene ya 63 años.

En el Perú hemos tenido tres Códigos Civiles, pero sus períodos de vigencia se acortan vertiginosamente. El de 1852 duró 84 años, el de 1936 solamente duró 48 años y el de 1984 se le considera viejo a los 20 años; y eso sin tener en cuenta que existe una Comisión creada para dar un nuevo Código Civil desde hace catorce años.

Podría quizá decirse que Francia y Alemania conservan sus Códigos tradicionales por una suerte de frivolidad patriótica que los lleva a considerarlos casi como símbolos nacionales. Puede haber algo de eso. Sin embargo, me parece más peligrosa la frivolidad del cambio permanente, esa frivolidad de cada gobierno de turno de darse una nueva Constitución y de cada nueva generación de juristas de redactar un nuevo Código Civil.

En realidad, no hay Código perfecto: todos son perfectibles, como cualquier obra humana. Dado el amplio intercambio de conocimientos e informaciones que existe en el mundo de hoy, todos los Códigos de los países que pudiéramos llamar modernos tienen un nivel de calidad bastante similar. Difieren ciertamente en algunos aspectos, pero cualquiera de ellos puede servir para resolver de manera razonable cualquier controversia que se presente en esta sociedad occidental y capitalista, siempre que sea debidamente aplicado. Insisto, entonces, en que el problema no se encuentra tanto en el texto del Código como en su aplicación. Ello se comprueba frecuentemente al negociar los contratos internacionales: las partes generalmente no tienen mayor discusión en cuanto a la ley aplicable; en cambio, se cuidan particularmente en lo que se refiere a la jurisdicción. En un contrato entre una compañía norteamericana y el Gobierno francés, no habrá mayor inconveniente en que se apliquen las leyes de Nueva York o el Derecho francés; pero ciertamente, la compañía norteamericana no aceptará que las controversias sean juzgadas por los tribunales franceses. Si una empresa peruana y una empresa china celebran un contrato, no sería extraño que ambas aceptaran la aplicación de las leyes de Nueva York. Pero ciertamente la empresa peruana no aceptará que la jurisdicción corresponda a un tribunal arbitral constituido en La Habana porque los juristas cubanos, formados dentro de otro sistema político y sobre la base de distintos principios jurídicos, no interpretarán esas leyes como lo haría un juez de Nueva York.

Insistir en la necesidad de permanencia de los Códigos y en la relativa validez universal de cualquiera de los sistemas jurídicos civiles más importantes de nuestro

<sup>12</sup> FRIEDMANN, Lawrence M. “Legal Culture and Social Development”. En: Lawrence M. Friedman y Stewart Macaulay. “Law and the Behavioral Sciences”. EE.UU: Bobbs Merrill. 1969. p. 1008.

<sup>13</sup> FRIEDMANN, Lawrence M. *Ibid.* p. 1007.

<sup>14</sup> RADBRUCH, Gustav. “Introducción a la Filosofía del Derecho”. México: Fondo de Cultura Económica. 1965, p. 40.

tiempo, no implica negar la necesidad de reformas exigidas por el tiempo<sup>15</sup>. Es verdad que, desde mi posición, el espíritu reformista debe ser muy cauto y las reformas muy puntuales. Pero sin duda algunas reformas tienen que producirse de tiempo en tiempo debido al cambio de circunstancias. La Constitución norteamericana ha sido modificada algunas veces con los llamados Amendments. Pero, más que reformas, fueron agregados precisos y sobre temas tan importantes como la tolerancia religiosa y el reconocimiento de algunos derechos fundamentales, la creación del impuesto a la renta, el voto de la mujer. El Código Napoleón ha sido modificado muchas veces más, pero su estructura es siempre la misma: ha incorporado una gran cantidad de elementos que no formaban parte de las preocupaciones de principios del siglo XIX; pero ha mantenido su unidad y coherencia.

Estoy convencido de que el Código Civil peruano de 1984 requiere de algunas reformas. Pero las más urgentes no me parece que correspondan al Libro de las Obligaciones sino más bien al Libro de Personas y al Libro de Familia, debido a los progresos extraordinarios de la biogenética en las dos últimas décadas que han generado problemas que no tienen solución en el Código actual. Por ejemplo, aun cuando la moral y el Derecho vigente rechacen el alquiler de vientres, no podemos negar que ahora es un contrato médicamente posible; y, por tanto, aunque declaremos nulo el contrato por tener objeto ilícito no podemos declarar nulo al hijo nacido dentro de esta relación. No es posible dejar de establecer legislativamente a quién pertenece el niño, si a la madre que lo parió o a la madre que le alquiló su vientre para acoger y llevar a término un embrión de la locataria. Nos guste o no nos guste, ya sea que consideremos moral o inmoral el alquiler de vientres, tenemos que decidir qué apellido llevará ese niño, quién está obligado a alimentarlo, a quién

heredará. Incluso hay que considerar las consecuencias jurídicas de la clonación humana, aunque este proceso pudiera parecer monstruoso. Esta es una reforma importante y que se hace cada vez más urgente.

Como esa hay sin duda varias otras. Quizá sean también importantes ciertas reformas para facilitar la constitución de garantías, que son la piedra angular del sistema de mercado.

Pero, en todo caso, para ello no hace falta declarar obsoleto el Código actual y dedicarse a la fiesta de hacer uno nuevo sino simplemente introducir las modificaciones y añadidos precisos e indispensables.

No estoy en contra de los cambios y mejoras sino sólo pido un poco de moderación para que estas reformas no se conviertan en discusiones bizantinas que muchas veces no muestran sino una orgía de vanidades.

Por eso, en materia de contratos, en vez de preocuparnos tanto del cambio del texto de la ley, pienso que deberíamos preocuparnos por lograr una buena formación de nuestros juristas, atenta a las necesidades de nuestro tiempo y a los principios de la economía de mercado que queremos desarrollar en el Perú. Es sólo sobre esa base que conseguiremos esa combinación de estabilidad jurídica y de actualización permanente que es indispensable para que exista la seguridad jurídica que a su vez es indispensable para la actuación racional dentro de una sociedad libre.

Al final de este periplo, cabe plantearnos como pregunta lo que constituye a veces una afirmación un tanto apriorística: ¿sufre nuestro Código Civil de una vejez prematura? Y mi respuesta es no. Quizá lo que es prematuro es hablar de vejez respecto de un Código puesto en vigencia hace apenas veinte años.

<sup>15</sup> Respecto de este punto, hay que distinguir además la necesidad apremiante de reformar el Derecho Civil frente a la condición de estabilidad jurídica que significa tolerar una relativa permanencia del Código Civil. Vid. DE TRAZEGNIES, Fernando. "El caso contra el Derecho Civil". Lima, 2002.