

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie E: VARIOS, Núm. 68

Cuidado de la edición y formación en computadora: María Bono López

FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO
SOBRE LAS
OBLIGACIONES DINERARIAS
EN EL PERÚ



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 1995

Primera edición: 1995

**DR © 1995. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-4721-9

*Agradecemos la colaboración
de Katherine Chang O'Campo*

PRESENTACIÓN

LAS OBLIGACIONES DINERARIAS EN MÉXICO

Los juristas Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en su *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú* analizan con rigor científico y acertado criterio los preceptos del Código Civil peruano que conciernen a las obligaciones de dar dinero. El trabajo contiene los antecedentes y concordancias legislativas de esas disposiciones, su apreciación por la doctrina y su interpretación por la jurisprudencia, precedido por una documentada introducción sobre el nominalismo y el valorismo monetarios.

Dicha introducción es de particular conveniencia ya que esos elementos de la teoría jurídica del dinero tienen su principal aplicación en el ámbito de las obligaciones mencionadas. Por ello en el análisis jurídico del nominalismo y del valorismo monetarios, la aportación de los jusprivatistas ha sido y es de destacada relevancia.

La teoría del nominalismo surge estrechamente vinculada con el concepto jurídico del dinero, que alcanza amplio consenso en la doctrina. Se concibe la unidad monetaria como una unidad teórica o ideal creada por el Estado para que la moneda cumpla con su función de ser medida de valor. Esa unidad abstracta se materializa en la moneda circulante portadora de unidades teóricas y, a tal efecto, contiene expresiones numéricas referidas a la propia unidad, a sus fracciones o a sus múltiplos. Los signos monetarios cumplen a su vez las funciones, propias de la moneda, de ser medios generales de cambio e instrumentos comunes de pago. Atendiendo a esta última función la ley confiere curso legal a dichos signos; esto es, poder liberatorio de obligaciones dinerarias.

La concepción jurídica a la que nos referimos proviene de Aristóteles,¹ quien destaca que el citado concepto dio origen al nombre de moneda (nómisma), porque ésta no existe por naturaleza, sino por conven-

1 Aristóteles, *Ética nicomaquea*, versión española de Antonio Gómez Robledo, 4ª ed., México, Porrúa.

ción (nómoi). Tal concepto fue aceptado por los jurisconsultos romanos, reconocido por glosadores y posglosadores, prevaleció durante la Edad Media, sostenido principalmente por Molineo y, a partir de las obras de Nicolás Oresme y de Buridán, por los publicistas de los siglos XIV a XVIII. También es confirmado en la doctrina posterior a ese lapso, expuesta con particular claridad por Pothier. Actualmente son autores españoles, entre los que destacan José Bonet Correa² y Joaquín Garríquez,³ quienes con mayor claridad han distinguido al dinero, como unidad ideal, de las monedas circulantes en las que aquélla se materializa.

En la doctrina mexicana del siglo XX, siguen ese principio Eduardo Trigueros,⁴ Roberto A. Esteba Ruíz,⁵ Germán Fernández del Castillo⁶ y Fernando Vázquez Pando.⁷

Esta posición doctrinal llevó, desde su inicio, a reconocer como elemento primordial de la moneda circulante la cantidad o suma expresada en ella, y privilegiaba así esa *quantitas* de la substancia en que dicha moneda se concreta. La teoría que se comenta se apoya usualmente en la sentencia de Paulo y Papiniano: *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem*. Con esto se acepta, también con Aristóteles, que la moneda *non est merx*, por tener condiciones jurídicas diferentes de aquéllas que conciernen a las mercancías.

No obstante, dada la existencia de piezas acuñadas en oro o en plata, pronto los publicistas consideraron, respecto a las monedas, dos valores: el valor nominal impuesto por el Estado al señalar la expresión numérica de las unidades teóricas que portan las piezas circulantes, y el valor intrínseco de éstas, referido al metal fino en el que se acuñaban. Al reconocer esos valores, la doctrina señaló que el Estado debía mantener estable la relación existente entre la *bonitas extrinseca* y la *bonitas in-*

2 Bonet Correa, José, *El dinero como bien jurídico*, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1969 y *Las deudas de dinero*, Madrid, Civitas, 1981.

3 Garríquez, Joaquín, *Contratos bancarios*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1975.

4 Trigueros, Eduardo, *La devolución de los depósitos bancarios constituidos en oro*, Editorial México, 1934, parte introductoria.

5 Apuntes del Segundo Curso de Derecho Mercantil tomados por Armando Calvo M., México, 1933.

6 Fernández del Castillo, Germán, *Notas para la teoría jurídica del dinero en México*, México, Editorial Jus, 1943.

7 Vázquez Pando, Fernando, *Derecho monetario mexicano*, México, Harla, 1991.

Durante el siglo XIX fueron estructurándose los sistemas monetarios llamados de patrón metálico, por los que la ley establecía una equivalencia fija entre la unidad monetaria ideal y determinado peso de metal fino, por lo que las monedas con poder liberatorio pleno debían contener ese metal patrón. Preponderó entonces en la doctrina el criterio llamado de la moneda-mercancía. Conforme a ese criterio no era concebible la existencia de signos monetarios sin valor intrínseco.

Durante el siglo XIX se inicia la aportación de los jusprivatistas al estudio de los valores que el Estado debe reconocer en la moneda. Federico Carlos de Savigny⁸ fue quien en la civilística alemana expuso el tema con mayor claridad, refiriéndolo a las obligaciones dinerarias y, dentro de ellas, principalmente al mutuo. Este autor sostiene que son tres los citados valores: el nominal, el metálico y el "corriente" o "comercial", que atañe al valor real de la moneda consistente en su poder de riqueza patrimonial. Savigny considera que el Estado debe reconocer este tercer valor, aun cuando, dadas las dificultades que entonces presentaba determinarlo, acepta como principio general el mencionado valorismo metalista, que atendía al valor intrínseco de las monedas circulantes.

Conforme a este criterio fue común, durante la existencia en la circulación monetaria de piezas acuñadas en oro o en plata, pactar en los contratos dinerarios cláusulas de moneda calificada o específica. En dichas cláusulas se estipulaba que la deuda debía de solventarse precisamente en la moneda convenida y no en otras piezas integrantes del sistema monetario. Se disponía que, de no existir ya las primeras, el pago podía hacerse en cualquiera de las segundas, por el valor nominal que correspondiese al valor real de aquéllas, en la fecha del pago. De esta forma se procuraba mantener en términos reales el valor de la prestación haciendo, de ser el caso, variable el monto nominal de la suma que se debía entregar, con base en el comportamiento de los precios del oro o de la plata contenidos en las monedas específicas objeto de la obligación.

Este amplio metalismo valorista tuvo en parte de la doctrina una reacción contraria. En 1905, Federico Knapp⁹ creó el término "nominalismo" para enunciar y dar aplicación a un criterio conforme al cual la

8 Savigny, Federico C., *Obligationenrecht*, traducido al francés por C. Gerardin y P. Jozon, París, Ernest Thorin, 1873.

9 Knapp, Federico, *Staatliche Theorie des Geld*, citado por Trigueros, Eduardo, *op. cit.*, nota 4 y por Bonet Correa, José, *op. cit.*, nota 2.

moneda sólo podía ser objeto de obligaciones, consideradas como deudas de suma inmutable de unidades teóricas creadas por el Estado y no con el carácter de deudas de valor concreto. Sostenía Knapp que el principio del valor nominal correspondía a la naturaleza del dinero y, además, se armonizaba mejor con el concepto de soberanía del Estado en materia monetaria. Destacaba también que, para efectos jurídicos, era irrelevante la fluctuación que la moneda tuviese en su poder adquisitivo de bienes y servicios y, en general, en su poder de riqueza patrimonial concreta.

Esta teoría, formulada por un economista, pronto encontró apoyo en la doctrina jurídica, y fue Arturo Nussbaum¹⁰ su principal expositor. Para él, dinero son sólo aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben como fracción, equivalente o múltiplo, de una unidad ideal.

Con los regímenes de papel moneda que sucedieron al sistema de patrón metálico concluyó, por razón natural, el valorismo metalista y con ello la razón de pactar deudas en moneda calificada, pues los signos circulantes carecían de valor intrínseco.

Ante esta situación, la teoría valorista moderna reconoce como valor de la moneda el atinente a su poder patrimonial concreto. Se da así fundamento a deudas monetarias cuyo monto nominal es variable, conforme al comportamiento de un patrón fijado al contraerse esas deudas. Tal procedimiento se conviene mediante cláusulas de estabilización, de escala móvil o de indización.

Actualmente, el nominalismo y el valorismo monetario reconocen el concepto jurídico del dinero, a que se ha hecho mención en primer término, aunque difieren o pueden diferir en cuanto a las formas de aplicarlo, particularmente en el campo de las obligaciones dinerarias.

Las dos teorías coinciden plenamente en que tratándose de deudas monetarias, la prestación *in solutione* debe ser siempre la entrega de una suma de dinero atendiendo al valor nominal de las monedas con las que se haga el pago. Difieren en lo que respecta a las características de la prestación *in obligatione*.

Aquí es donde el nominalismo y el valorismo pueden, en la legislación, ser antagónicos o complementarios.

10 Nussbaum, Arturo, *Das Geld*, traducido al español por Luis Sancho Seral, Madrid, 1929.

Aquí es donde el nominalismo y el valorismo pueden, en la legislación, ser antagónicos o complementarios.

Si la ley reconoce un principio nominalista absoluto e imperativo y, por ello, inderogable por la voluntad de las partes, señalará en disposición de orden público que cualquier obligación pecuniaria debe de contraerse con referencia a una suma de unidades teóricas, determinada e inmutable. En donde ese criterio ha tenido más clara y directa aplicación es sobre el mutuo y el préstamo mercantil.

Frente a este nominalismo de *jus cogens*, la mayoría de las legislaciones adoptan un nominalismo de *jus dispositivum*, que reconoce la aplicación, en la materia a que nos referimos, del principio de la autonomía de la voluntad, en lo que atañe a permitir a los particulares dar a las obligaciones dinerarias carácter no de deuda de suma invariable, sino de deuda de valor real. Lo anterior se da sin perjuicio de que la obligación correspondiente se cumpla entregando moneda a su valor nominal.

La evolución y las características del derecho aplicable a las deudas de dinero presentan, en el Perú y en México, similitudes apreciables.

Si bien los respectivos regímenes jurídicos han adoptado, a lo largo del tiempo, diversos criterios ante el nominalismo y el valorismo monetarios, en ambos prevalece un nominalismo potestativo que permite a los particulares convenir deudas de dinero atendiendo al valor real de éste.

Tanto en México como en el Perú, la legislación aplicable a las obligaciones dinerarias presenta, en su desarrollo, tres etapas sucesivas. En la primera, predomina un nominalismo de *jus cogens* referido a que *in solutione* la prestación de dar una suma de dinero debe de solventarse entregando monedas a su valor nominal, acompañado de un nominalismo de *jus dispositivum*, conforme al cual la prestación *in obligatione* podía convenirse libremente en moneda calificada o específica, atendiendo al valor real de esta última. En el Perú, fue el régimen vigente desde 1852 hasta 1936 y, en México, de 1854 a 1889.

En la segunda etapa, ambos países adoptaron un régimen, en materia de mutuo o de préstamo mercantil, en el que se prohibían pactos en moneda calificada, al consignar que, en cualquier obligación de dar una suma de dinero, el deudor quedaba liberado de dicha obligación entregando una cantidad igual a la recibida, según el valor nominal de la moneda

Actualmente, las legislaciones de ambos países reconocen la licitud de cláusulas que establezcan obligaciones de monto variable basado en un patrón económico, con el propósito de salvaguardar el valor real de la moneda objeto de la obligación correspondiente.

En México, la codificación del derecho mexicano tuvo por fuente, en muy considerable medida, antiguas disposiciones españolas que reconocían un nominalismo susceptible de ser modificado por los particulares mediante convenciones de pago en moneda calificada, cuyo propósito era proteger, en la prestación correspondiente, el valor real de la moneda. Sobre el particular, es importante citar normas compiladas en la *Curia Philipica* de José de Hevia Bolaños que señalaban lo siguiente:

Moneda, es la medida, o precio de las cosas vendibles[...] el que debe moneda, puede pagar en cualquiera género de ella, como fea ufual, y corriente, por mala, y ruin que fea, aunque no fea de oro, ni plata, y fe pague mala por buena, y por el contrario[...] todo lo cual fe entiende, falvo fi fe hizo pacto de no pagar en otro género de pecunia, fino el de la deuda, u de pagar en el mismo género de la deuda, y no en otro, porque entonces no le puede pagar en él[...] y la cofa en género que confita en número, pefo, y medida, fe puede pagar en otra tanta del mismo[...] si al tiempo de la paga corriere diverfa moneda de la que corría al tiempo que fe hizo el contrato, por haberfe mudado en el pefo, o materia, o valor, y precio de ella, la paga fe ha de hacer en la moneda nueva, conforme al valor que tenía la antigua al tiempo que fe hizo el contrato, y no al de la paga[...]¹¹

Estas disposiciones establecían un nominalismo potestativo conforme al cual los particulares podían libremente pactar obligaciones que atendiesen no al valor nominal de la moneda, sino al valor intrínseco de aquéllas que se especificasen en los respectivos contratos. También reconocían que, cuando en la fecha de pago no existieran ya tales monedas específicas, podía variar, en términos nominales, el monto de la suma que debía entregarse, para que éste correspondiese al valor real de aquéllas. Asimismo, aceptaban que la moneda era un bien fungible, aun cuando, de pactarse en moneda específica, tal fungibilidad sólo operaba entre aquellas monedas de la especie en la que la obligación se hubiere pactado.

11 Heria Bolaños, José, *Curia Philipica*, Madrid, editado por los Herederos de la Viuda de Juan García Infanzón, 1747.

raba entre aquellas monedas de la especie en la que la obligación se hubiere pactado.

El primer Código de Comercio mexicano, expedido en el año 1854, se inspiró principalmente en el Código Napoleón y en el Código español de Sáenz de Andino, y siguió la tradición jurídica española reconocida en este último para normar el contrato de préstamo. A tal efecto dicho Código establecía:

Artículo 295. En los préstamos de dinero por cantidad determinada, cumple el deudor devolviendo igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda, cuando se haga la devolución.

Mas si se hubiese contraído sobre monedas específicamente determinadas, con condición de devolverlo en otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, aun cuando sobrevenga alteración en el valor nominal de las monedas que recibió.

Estas disposiciones tuvieron general aceptación en la doctrina.¹²

Los códigos civiles de 1870 y de 1884 establecían, para el mutuo, un régimen similar al consignado en el Código de Comercio de 1854 para el préstamo mercantil, haciendo dicho régimen extensivo a todas las prestaciones en dinero.

El Código Civil de 1870 determinaba:

Artículo 1569. Las prestaciones en dinero se harán en la especie de moneda convenida; y si esto no fuere posible en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida.

Artículo 2818. Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuuario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida.

El Código Civil de 1884 transcribió literalmente estos dos preceptos en sus artículos 1453 y 2690, respectivamente.

La exposición de motivos del Código Civil de 1870 señaló sobre el particular que:

¹² Tornel y Mendiivil, José J., *Manual de derecho mercantil mexicano*, Imprenta de Vicente Segura Argüelles, 1854.

El artículo 2818 contiene disposiciones de verdadera conveniencia pública; pues quita todo pretexto a la mala fe en los casos en que hay variación en el valor de la moneda; haciéndose el pago en la misma especie recibida, el mutuante en nada se perjudica, puesto que si la moneda hubiere estado en su poder, habría sufrido la misma modificación. Pero si el pago no se hace en la especie recibida, es justo que el mutuuario, que fue el que recibió el beneficio, entregue en moneda corriente la cantidad que corresponda a la especie en que se le prestó, a fin de que el mutuante no sufra menoscabo alguno.

Este criterio se acepta y sostiene también por la doctrina.¹³

Tal valorismo metalista se fortalece y amplía considerablemente en el Código de Comercio de 1884, al señalarse lo siguiente:

Artículo 657. Los préstamos hechos en dinero se cubrirán en la especie de moneda convenida, aun cuando su valor ya no sea el mismo, si no fuere posible pagar en la misma especie de moneda, o sobre esto no hubiere habido especial convenio, el pago se hará en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida.

De conformidad con lo dispuesto en este artículo todas las deudas dinerarias originadas en contratos de préstamo debían de solventarse atendiendo al valor real de la moneda recibida, existiese o no a esos efectos, convención especial en los contratos.

La consideración de un nominalismo, no de *jus cogens* sino de *jus dispositivum*, señalado en el derecho común a que se ha hecho mérito y el valorismo absoluto del ordenamiento mercantil de 1884, tuvieron un cambio radical a partir de 1889.

El Código de Comercio de 1889, contiene la siguiente prevención, actualmente en vigor:

Artículo 359. Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea

13 Manuel Mateos Alarcón comenta favorablemente dicho régimen al afirmar que es más justo que el establecido en el Código Napoleón y en otras legislaciones que imponen al mutuuario de una cantidad de dinero la obligación de restituir sólo la suma numérica consignada en el contrato, debiendo hacerlo en las especies en curso en el momento del pago. Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870 con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, México, 1896.

renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente su valor será en daño o beneficio del prestador.

Este criterio se confirma, generaliza y complementa en la ley monetaria de 1905. Los artículos 20, 22 y 23 consignaron lo que a continuación se transcribe:

Artículo 20. La obligación de pagar cualquiera suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representan[...]

Artículo 22. La moneda extranjera no tiene curso legal en la República, salvo los casos en que la ley determine expresamente otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventan entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en que deba hacerse el pago.

Artículo 23. Las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciabiles. En consecuencia toda estipulación en contrario será nula de pleno derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil del Distrito Federal.

Las prevenciones del Código Mercantil de 1889 y los preceptos de la ley monetaria, antes transcritos, acotaron considerablemente el valorismo monetario reconocido por la legislación y dieron paso a un régimen que, respecto a los préstamos, sustituye un nominalismo potestativo por un nominalismo absoluto, prohibiendo en ellos la convención de cláusulas de moneda específica o calificada. Por otra parte, como afirma Fernández del Castillo, "para las monedas extranjeras no rige el principio nominalista sino el valor de cambio con referencia a la moneda mexicana";¹⁴ esto permite hacer variable el monto de una obligación susceptible de solventarse en moneda nacional, y denominar en moneda extranjera la prestación correspondiente.

Este importante cambio habido en el orden jurídico nacional no fue en su tiempo objeto de mayor consideración por la doctrina, y las razones que el legislador tuvo en cuenta para realizarlo aún son desconocidas. Ello debido a lo siguiente. El Código de Comercio de 1889, expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias, carece de

14 Fernández del Castillo, Germán, *op. cit.*, nota 6.

exposición de motivos, y la comisión que lo redactó, compuesta por tres distinguidos abogados —Joaquín D. Casasus, José María Gamboa y José de Jesús Cuevas— si bien formuló actas respecto a sus trabajos, éstas hasta ahora no ha sido posible conocerlas.

Por lo que se refiere a las exposiciones de motivos presentadas por el Ejecutivo al Congreso para la expedición y ratificación de la ley monetaria en comentario sólo existe, sobre el cambio a que nos referimos, una alusión de carácter general afirmándose que la derogación de los artículos del Código Civil referentes al mutuo obedece a que éstos eran “preceptos no muy de acuerdo con los sanos principios económicos”.¹⁵

La prohibición de pactar en moneda calificada obligaciones de dar una suma en moneda nacional obedeció, presumiblemente, al propósito de sostener la relación de valor monetario entre las piezas de oro y las de plata, que confrontaba el problema de la depreciación de la plata frente al oro. Ante esa situación, fue general la práctica de pactar, en los préstamos, la obligación para el deudor de cubrir su adeudo precisamente en monedas acuñadas en oro.

Con posterioridad, el Código Civil de 1928, hoy vigente, contiene en lo que atañe al préstamo, un artículo prácticamente igual al del Código de Comercio de 1889.

Artículo 2389. Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor, será en daño o beneficio del mutuuario.

Por último, la actual ley monetaria de 1931 conserva en lo fundamental el régimen para el pago de obligaciones dinerarias previsto en la ley monetaria de 1905.

Artículo 7. Las obligaciones de pago, de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nomi-

¹⁵ *Exposición de Motivos de la iniciativa de Decreto que aprueba el uso de facultades otorgadas al Ejecutivo en materia monetaria, publicado en el Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos el 7 de noviembre de 1905, legislación monetaria, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1959.*

nal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

Estas últimas son las piezas circulantes dotadas de poder liberatorio limitado al valor de cien piezas de cada denominación en un mismo pago.

Artículo 8. La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su ley orgánica. Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior que se lleven a cabo a través del Banco de México o de instituciones de crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.

Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.¹⁶

Artículo 9. Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciabiles y toda estipulación en contrario será nula.

Cabe destacar que la ley monetaria no prohíbe o regula la prestación *in obligatione* que dé origen a deudas de moneda nacional, salvo el señalamiento que se hace en cuanto a que dicha prestación debe denominarse invariablemente en pesos. Sin perjuicio de esto último, el artículo 7 de dicha ley se limita sólo a consignar la forma en que deben cumplirse tales obligaciones. Ello da libertad a los particulares para obli-

16 En la actualidad, no existe en México régimen de control de cambios.

garse en términos de que el monto en pesos de la deuda será variable, siempre que, una vez determinado su importe, éste se cubra atendiendo al valor nominal de las monedas.

No obstante, algunas disposiciones de derecho privado impiden aplicar, en ciertos casos, este valorismo monetario. Sucede así en los préstamos, puesto que en ellos la obligación del deudor es devolver una cantidad igual a la recibida; en los arrendamientos, cuyo precio solamente puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada; en los depósitos bancarios de sumas determinadas de dinero, ya que en éstos el depositante queda obligado a restituir solamente la suma objeto del depósito, así como en los títulos de crédito cambiarios, que deben expresar la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

Este régimen tiene varios inconvenientes: da origen a cierta incertidumbre jurídica respecto a la interpretación que el Poder Judicial haga de los artículos 7 y 9 de la ley monetaria ya que podría considerar que el espíritu del primero es establecer en la República un nominalismo absoluto e inderogable por los particulares y, consiguientemente, cualquier convención contraria a ese nominalismo es nula atento a lo dispuesto en el artículo 9.

Cuando la ley impide hacer variable el monto de obligaciones dinerarias correspondientes al principal del crédito, es común que los particulares acudan a la práctica de mantener el valor real de éste mediante la determinación de intereses que contienen dos componentes: uno, el llamado real, y otro, el llamado inflacionario. El primero se refiere al rendimiento de la operación y el segundo corresponde a un pago adicional de capital para mantener su valor en términos reales, que compensa la pérdida de riqueza patrimonial concreta ocasionada por procesos inflacionarios.

Esta práctica tiene dos inconvenientes de significación. Hace que el componente inflacionario eleve las tasas de interés en términos que pueden exceder a los de los incrementos en los precios, ya que los acreedores procuran que esta parte de los intereses les dé amplia salvaguarda para evitar pérdidas en el valor real del capital del crédito. Asimismo acelera, en términos reales, la amortización del principal.

El régimen a que nos referimos puede también originar que los particulares, para indizar obligaciones susceptibles de solventarse en moneda nacional, empleen el procedimiento de denominar tales obligacio-

nes en moneda extranjera, con lo que así varía su monto en pesos al tomar como índice el tipo de cambio. Este procedimiento origina asimismo problemas indeseables de carácter cambiario.

El 2 de abril de 1995, entró en vigor un Decreto expedido por el Congreso de la Unión que fortalece considerablemente el valorismo monetario y, con ello, el ámbito de la autonomía de la voluntad en el campo de las obligaciones dinerarias.

Los propósitos de este ordenamiento son: dar seguridad jurídica en el empleo de una unidad de cuenta cuyo uso mantenga estable, en términos reales, el valor de prestaciones monetarias; permitir a los particulares establecer esa salvaguarda valorista en los casos en que disposiciones de la legislación mercantil lo impidan formalmente, y evitar los inconvenientes que presentan las prácticas antes mencionadas. El Decreto contiene cuatro preceptos atinentes al derecho monetario.

Su artículo primero establece que las obligaciones de pago de sumas en moneda nacional convenidas en actos de comercio pueden, salvo los cheques, denominarse unidades de inversión cuyo valor en pesos para cada día debe publicar periódicamente el Banco de México en el *Diario Oficial de la Federación*.

La salvedad respecto al cheque se consigna por no estimarse conveniente que tales títulos, cuyo carácter es el de instrumentos de pago, puedan ser de monto variable ya que tiene como propósito atacar el problema de la pérdida de valor real que, con el transcurso del tiempo, tengan las obligaciones dinerarias.

Procede destacar que las obligaciones a las que el Decreto se refiere no incluyen aquéllas de naturaleza civil. Por atender a las dudas que pueden suscitarse sobre las facultades del Congreso general para expedir disposiciones que modifiquen normas contenidas en códigos civiles, ya que la materia civil no es federal y, consiguientemente, su normatividad corresponde a las legislaturas estatales. Todo esto sin perjuicio de que las obligaciones pecuniarias reguladas por el derecho común puedan convenirse con monto variable, salvo los casos, como el mutuo y el arrendamiento, en que ello no es permisible debido a lo dispuesto en el régimen aplicable a tales contratos.

El citado artículo primero determina también que las obligaciones denominadas unidades de inversión se considerarán de monto determinado, aun cuando la suma de dinero a las que se refieren sea de monto variable. Tal señalamiento constituye una excepción al principio de

nuestro derecho positivo que distingue las obligaciones determinadas de las determinables. No obstante, se estimó procedente la consideración de referencia para con ella dar mayor fundamento jurídico al empleo de unidades de inversión en los casos en que la legislación mercantil limita el objeto de ciertas deudas al pago de sumas determinadas de dinero.

El artículo segundo del mismo Decreto dispone que las obligaciones denominadas en unidades de inversión deben solventarse con la entrega de su equivalente en moneda nacional, a cuyo efecto el monto de la obligación se multiplicará por el valor en pesos que alcance la unidad de inversión el día en que se haga el pago.

Así, el ordenamiento comentado adopta un nominalismo *in solutio-ne*, aplicable una vez que se determine el monto de la deuda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo tercero, las variaciones en el valor de la unidad de inversión deben corresponder a las del Índice Nacional de Precios al Consumidor, aplicando, para señalar estas últimas, el procedimiento que el Banco de México determine y publique en el *Diario Oficial de la Federación*. A esos efectos dicho banco queda obligado a calcular el valor de las unidades de inversión que debe ajustarse al procedimiento dispuesto por el Código Fiscal de la Federación para determinar el pago de contribuciones cuyo importe se fija atendiendo al comportamiento del índice a que se ha hecho referencia.

La inclusión de tales lineamientos tiene el propósito de otorgar seguridad jurídica respecto del procedimiento que habrá de seguirse para determinar y dar a conocer el valor en moneda nacional de la Unidad de Inversión tantas veces citada.

Por último, el artículo segundo transitorio señala que a las obligaciones contraídas conforme a las normas previstas en el artículo primero del Decreto no le son aplicables las disposiciones que se opongan a ellas.

Para destacar la gran similitud existente entre el régimen jurídico mexicano aplicable a las obligaciones dinerarias y lo dispuesto en los artículos del Código Civil del Perú a los que, de manera principal, se refiere el valioso estudio de los profesores Castillo Freyre y Osterling Parodi, paso a hacer algunos señalamientos sobre las concordancias que presentan las legislaciones respectivas.

A tal propósito transcribo el texto de los artículos 1234, 1235, 1236 y 1237 del Código Civil peruano, acompañado de su concordancia con el régimen mexicano.

“Artículo 1234. El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado”.

La prohibición de convenir el pago en moneda extranjera cuando la deuda se contrae en moneda nacional se encuentra establecida en los artículos 7 y 9 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, al señalarse en ellos, respectivamente, que las obligaciones de pago en moneda nacional deben solventarse entregando billetes del Banco de México o monedas metálicas nacionales y que tal prevención no es renunciable siendo nula toda estipulación en contra.

La legislación mexicana no contiene una norma de carácter general que impida convenir obligaciones de dar una suma en moneda nacional cuyo monto nominal sea variable atendiendo al comportamiento de un índice pactado. Tal prohibición se encuentra sólo en ciertos casos específicos, como el mutuo o el arrendamiento. Si bien rige también para algunos actos de comercio como el préstamo mercantil o el depósito bancario de dinero, dicho impedimento ha sido removido en el Decreto concerniente a las unidades de inversión.

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 a índices 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.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

Hacer variable el monto nominal de una deuda en moneda nacional a fin de mantener constante el valor real de la prestación correspondiente es, en la ley mexicana, permisible ampliamente a los particulares. A ese respecto cabe reiterar que, salvo los casos de excepción antes mencionados, no existen disposiciones que lo impidan y las que hay en la legislación mercantil han sido modificadas por el decreto que crea la unidad de inversión, convirtiéndolas así en normas de *jus dispositivum*.

Por lo que respecta a los patrones o indicadores susceptibles de emplearse para el fin a que se ha hecho referencia, el derecho positivo mexicano prevé, de manera general para actos mercantiles, el empleo de la unidad de cuenta ya citada y, para algunos casos especiales, otros indicadores entre los que destaca el concerniente al monto del salario mínimo. En la mayoría de los casos los particulares pueden optar a su elección por la fórmula que estimen más idónea atendiendo a las características del contrato en el que se consignent, y al interés especial que persigan al convenir la indización de referencia.

Cuando se emplee la unidad de inversión, la obligación de que se trate debe solventarse con la entrega de la suma nominal de moneda nacional que corresponda al valor en esa moneda que la unidad de cuenta mencionada tenga el día en que se efectúe el pago.

En el uso de otros indicadores económicos, queda a la voluntad de las partes convenir esa fecha-valor.

En el caso de *mora debitoris*, si bien el acreedor no tiene por mandato de ley el derecho a la elección señalada en el tercer párrafo del artículo 1235 antes transcrito, tal derecho puede concedérsele por la voluntad de las partes, en el correspondiente contrato, salvo de haberse empleado como unidad de cuenta la unidad de inversión, supuesto en el que el pago debe hacerse al valor en moneda nacional que la unidad de inversión tenga el día en que se haga dicho pago.

Artículo 1236. 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.

El Juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la prestación dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada. La actualización del valor es independiente de lo que se resuelva sobre intereses.

El orden jurídico mexicano no contiene una norma de carácter general como la establecida en el párrafo primero de este artículo. Sin embargo el régimen valor-día de pago que ahí se señala tiene también amplia vigencia.

Las facultades que confiere al juez el párrafo segundo del mencionado artículo 1236 no se reconocen con esa amplitud en la ley mexicana

lo cual es conveniente, por las razones de seguridad jurídica que, sobre ese particular, comentan los autores de la presente obra.

La legislación mexicana tampoco tiene una disposición general que reconozca de manera expresa la independencia de los intereses respecto a la actualización del valor real del capital del crédito. Sin embargo, tal reconocimiento es aceptado por la legislación, la costumbre y el uso mexicano.

Artículo 1237. Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

La legislación mexicana, aun cuando no contiene una norma explícita y de carácter general como la señalada en el párrafo primero de este artículo, permite ampliamente que la moneda extranjera sea objeto de obligaciones. Los casos especiales en que ello está prohibido constituyen muy limitadas excepciones a esa permisibilidad.

Lo dispuesto en el párrafo segundo del mencionado artículo 1237 difiere del régimen que, sobre la materia, establece la ley mexicana. Al respecto debe señalarse lo siguiente:

El artículo 9 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos declara nula toda estipulación por la cual el deudor quede obligado a cubrir su adeudo precisamente en la moneda extranjera convenida y no en moneda nacional. La nulidad que nos ocupa se estableció al considerar que dichas estipulaciones privan a la moneda nacional del poder liberatorio de obligaciones dinerarias, que la ley le confiere en disposición de orden público.

Por otra parte, el párrafo primero del citado artículo 8 establece que las obligaciones de pago en moneda extranjera "se solventarán" entregando el equivalente en moneda nacional.

Sobre el particular se ha cuestionado si el deudor necesariamente debe pagar su obligación entregando moneda nacional o bien puede también hacerlo en la moneda extranjera convenida.

Dicho cuestionamiento se suscita en la interpretación que debe darse al término "se solventarán" contenido en el texto legal correspondiente. Esto es, si dicho término constituye una norma absoluta e imperativa o su sentido es consignar que de entregarse moneda nacional las obligaciones de referencia quedan solventadas, considerado el poder liberatorio que tiene esta moneda.

Estimo que aquí se está en presencia de una obligación facultativa ya que la prestación *in obligatione* es una, dar moneda extranjera, pero la prestación *in facultate solutionis* puede ser, a opción del deudor, entregar dicha moneda o su equivalente en moneda nacional, debiendo el acreedor aceptar cualquiera de estas formas de pago.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia ha resuelto en diversas sentencias que el deudor tiene la opción de elegir la moneda de pago, al solventar su deuda en moneda nacional o en la moneda extranjera convenida.¹⁷

La existencia de la opción anterior obedece a una correcta apreciación jurídica ya que, por una parte, toma en cuenta que el objeto de la obligación es dar una suma de moneda extranjera y, por otra parte, no contraviene ni vulnera el alcance del poder liberatorio de la moneda nacional para solventar obligaciones dinerarias.

En contra de esta interpretación podría argumentarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 638 del Código de Comercio, "nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera" por lo que el acreedor puede rehusar recibirla en pago.

Para determinar el alcance de esta disposición hay que tener presente sus antecedentes legislativos. Durante el siglo XIX, los decretos expedidos por el Ejecutivo federal reconocieron que los particulares estaban obligados a recibir moneda extranjera, aun en los casos en que ésta no hubiere sido objeto de la prestación correspondiente. El Código de Comercio de 1884 cambió radicalmente ese criterio consignando la disposición que, en forma textual, contiene ahora el artículo 638 de este Código expedido en el año 1889. En 1905, la ley monetaria señaló que la

17 Amparo directo 8364/81, María Palacios Mota, viuda de Suárez. 10 de octubre de 1983. Amparo en revisión 4147/85, Domingo Muñoz Mier. 3 de abril de 1986.

moneda extranjera "no tiene curso legal en la República, salvo los casos en que la ley determine expresamente otra cosa". Esta disposición se conserva en el artículo 8 de la ley monetaria ahora vigente.

Por lo tanto, puede afirmarse que la intención del legislador al expedir la norma contenida en el citado artículo 638 fue reconocer que la moneda extranjera no tiene poder liberatorio conferido, de manera general, por mandato de ley, supuesto que difiere del caso en el que el acreedor haya estipulado el pago en tal moneda.

Por otra parte, quienes afirman lo contrario señalan que si el acreedor acepta voluntariamente el pago en moneda extranjera, se produce una dación en pago. Esta interpretación no es sostenible, pues la dación en pago implica novación del contrato y difícilmente puede afirmarse que hay novación cuando la obligación se cumple con la entrega de la cosa convenida, con lo que se hace un pago de lo debido.

Por lo que respecta al tipo de cambio aplicable para la conversión a moneda nacional del monto de la deuda, la ley monetaria mexicana inicialmente establecía que ese tipo de cambio era el del día en que debía hacerse el pago, prevención que fue modificada el año de 1938 para referir dicha fecha al día en que se haga el pago. La reforma se hizo al considerar que de esta manera el acreedor tenía derecho a recibir la suma en moneda nacional que le permitiese adquirir exactamente la cantidad de moneda extranjera convenida. A ese efecto el Banco de México ha dispuesto que tal tipo de cambio sea el de venta.

La facultad que el párrafo tercero del artículo 1237 del Código Civil peruano otorga al acreedor para, cuando el deudor incurre en mora, elegir si el tipo de cambio aplicable es aquél concerniente a la fecha de vencimiento de la obligación o el que rija el día de pago, no se reconoce en la ley monetaria mexicana, que señala de manera imperativa que ese tipo de cambio debe ser siempre aquél que rija el día de pago. Lo anterior sin perjuicio de que el acreedor, de perjudicarse por la mora, pueda demandar al deudor los daños y perjuicios sufridos.

De todo lo anterior puede observarse como, salvo ciertas diferencias que en su mayoría son de grado, las legislaciones de México y del Perú cuentan, en el ámbito de las obligaciones dinerarias, con regímenes que guardan entre sí una coincidencia apreciable. Ello no es de extrañar ya que ambas tuvieron al derecho español entre sus fuentes y reconocen principios comunes en cuanto a procurar que la moneda sea, como postula la tomística, un medio de justicia, que da

para ese efecto dimensión adecuada al principio de la autonomía de la voluntad que, sin perjuicio del legítimo interés público, debe ser elemento rector en los contratos.

Francisco BORJA MARTÍNEZ

PALABRAS PRELIMINARES

A comienzos de 1992, nos propusimos efectuar un estudio del derecho de obligaciones, referido —fundamentalmente— al tratamiento de la materia en el libro VI del Código Civil peruano de 1984.

Esa empresa —cuyos alcances en un inicio no imaginábamos— nos llevó a la elaboración de un tratado, cuyos cuatro primeros tomos fueron publicados el día 14 de noviembre de 1994, precisamente en la misma fecha en que se conmemoraron los primeros diez años de vigencia del Código Civil del Perú.

A partir de la publicación de dichos volúmenes, nos hemos avocado al estudio de los demás temas que sobre la materia legisla el Código, que confiamos publicar entre los años 1995 y 1996.

Durante los meses de febrero y marzo de 1995, uno de los coautores del este tratado, el profesor Mario Castillo Freyre, asistió como investigador visitante al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, enviado por la Facultad de Derecho de nuestra *Alma Mater*, la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la ciudad de Lima, con la finalidad de profundizar —precisamente— en el estudio del derecho de obligaciones.

Fruto de la estadía del profesor Castillo en la ciudad de México ha sido el notable enriquecimiento bibliográfico de nuestra obra y el significativo desarrollo de ciertos temas.

Uno de ellos es el relativo al tratamiento que ha dado el Código Civil del Perú —dentro del capítulo referente al pago— a las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda nacional y en moneda extranjera. Sobre este particular nosotros ya habíamos publicado en la parte final del tomo IV del *Tratado de las obligaciones*, ciertos comentarios bajo el título de “Algunos aspectos sobre la contratación contemporánea. Los efectos de la inflación: el nominalismo y el valorismo”. En realidad, esas páginas constituyeron la introducción al tema que debíamos abordar en el futuro. En el presente trabajo incluimos

dichas consideraciones generales, sobre todo porque constituyen necesario antecedente teórico y doctrinario para los temas que luego analizamos.

En tal orden de ideas, a continuación de esos principios generales efectuamos un estudio de los artículos 1234, 1235, 1236 y 1237 del Código Civil peruano relativos a la materia, indicando en cada uno de los casos, cuáles constituyen sus antecedentes y concordancias legislativas peruanas y extranjeras, así como la jurisprudencia más ilustrativa de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Antes de dar inicio a esta obra, deseamos hacer público nuestro profundo agradecimiento por la acogida y facilidades brindadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la persona de su director, el doctor José Luis Soberanes Fernández, y por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la persona de su decano, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, cuya valiosa colaboración nos ha permitido enriquecer el estudio que presentamos.

Felipe OSTERLING PARODI

Mario CASTILLO FREYRE

Lima, abril de 1995

CAPÍTULO I

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA. LOS EFECTOS DE LA INFLACIÓN: EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO

1. DOCTRINAS GENERALES

Expresa el profesor argentino Luis Moisset de Espanés,¹⁸ en una carta dirigida al doctor Omar U. Barbero, refiriéndose al tema del nominalismo y valorismo, que el mismo ha sido objeto de atención y preocupación para todos los juristas del país, tanto teóricos como prácticos. Abogados, magistrados y profesores han tenido que analizarlo en profundidad y escribir sobre él en sus ensayos, alegatos y sentencias.

A diferencia de lo que decía Ihering de las obligaciones correales —en esa magnífica obra titulada *Jurisprudencia en broma y en serio*— de que podían establecerse dos categorías: los que escribieron sobre ellas, y los que no lo hicieron, aquí hay una sola categoría: todos han estudiado el tema y escrito; pudiendo decirse —según él— que lo escrito es de buena o mala calidad, pero no que nadie haya dejado de opinar, desde distintos ángulos; sin haber estado ausentes ni los procesalistas, ni los constitucionalistas, ni los laboralistas, e incluso los penalistas, por el hecho de que las acciones civiles se ejercen a veces en sede penal.

Las materias que serán analizadas en los artículos 1234, 1235, 1236 y 1237 del Código Civil peruano son las relativas a las obligaciones dinerarias, relativas al dinero que, a decir del profesor Jorge Joaquín Llambías,¹⁹ es una cosa valiosa que la autoridad pública le ha atribuido la función de unidad de medida del valor de todos los bienes.

18 Moisset de Espanés, Luis, *Estudios de derecho civil. Cartas y polémicas*, Córdoba, Argentina, Víctor P. de Zavallía Editor, 1982, p. 48.

19 Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, t. II-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 180 y ss.

Refiere Llambías que antiguamente la sal llenó la función del dinero, de donde viene "salario", que era el estipendio o recompensa dado a los criados por sus amos. Tenía que elegirse, como moneda, alguna cosa valiosa; es decir, que fuese deseable por todos y que existiera en cantidad estable: de ahí que de pronto se eligiera como signo de moneda los metales preciosos, que tenían la ventaja, por su rareza, de concentrar en poco volumen un elevado valor adquisitivo, bastante estable. Explica Llambías que modernamente se han empleado simples papeles representativos del valor monetario a que se refieren.

A decir del profesor citado, las principales funciones del dinero son las siguientes: 1) Es un instrumento de cambio que facilita la satisfacción de las necesidades humanas, pues quien es poseedor de algún bien puede realizarlo y con el dinero obtenido adquirir lo que necesita en cada circunstancia; y ya no se requiere, como antiguamente, recurrir al trueque, que dependía de encontrar al interesado en cambiar una cosa por otra; 2) Es una medida de valor, porque actúa como denominador común de los demás bienes, que se aprecian económicamente en términos de moneda; 3) Es un sustituto de obligaciones que no debían ser solventadas en dinero; pues, en efecto, el objeto de tales obligaciones es estimable en dinero que, aunque no se cumplan en especie, siempre podrá el acreedor obtener una suma de dinero de valor semejante a la prestación incumplida, siendo éste un cumplimiento por vía de equivalente.

Señala Llambías que el Estado ha de procurar que el dinero llene, eficazmente, las funciones expresadas. Y en esa actuación del Estado está implícito un verdadero servicio público que, como otros, a veces se ha cumplido eficientemente, y otras veces no, con el consiguiente desmedro del bien común, convirtiendo a la moneda, el fenómeno de la inflación crónica, en una medida inservible por su inestabilidad: es como un metro más corto, día con día. Ante el fracaso del Estado en el resguardo de la unidad de medida de la moneda, los particulares han tenido que ampararse en cláusulas de estabilización del valor de la prestación debida, sobre cuya legitimidad, antes controvertida, ahora ya no se duda.

Según Llambías —opinión que compartimos—, el dinero presenta las siguientes características:

- a) Es una cosa en cuanto objeto corporal susceptible de tener un valor;
- b) Es fungible, porque cualquier unidad monetaria es intercambiable por otra representativa de igual valor;

c) Es consumible, porque una vez usado en cualquier operación *deja* de existir para quien lo usa: *quae primo usu consumuntur*;

d) Es eminentemente divisible, porque puede ser fraccionado indefinidamente, aunque falten los billetes o piezas correspondientes a las fracciones resultantes;

e) Es una cantidad, en cuanto las unidades monetarias carecen de toda nota individual, importando sólo el género a que pertenecen;

f) Es de curso legal, en cuanto su valor nominal está certificado por el Estado en cada pieza, no pudiendo discutir los particulares ese valor; así, fijado un alquiler en 1,000 soles no podría el locador sostener que el dinero con que se le intenta pagar ya no tiene el valor de antes, y que por ello debe incrementarse en cierta medida el alquiler anterior. Se trata de una deuda de dinero y a ello se opone el principio nominalista que las rige, según el cual una unidad de moneda es igual a otra unidad de la misma moneda;

g) Es de curso forzoso, en cuanto los particulares están obligados a recibir la moneda legal como medio de pago; éste es un carácter íntimamente relacionado con el anterior.

Como enseña el tratadista argentino Luis María Boffi Boggero,²⁰ la moneda desempeña funciones diferentes.

Desde el punto de vista económico, la moneda es la medida de valores, ya que las cifras que en ella estén expresadas dan la dimensión de riqueza contenida por las cosas. Recuerda Boffi Boggero lo que ha dicho Galli —con razón— al respecto: el valor se mide con dinero como otras medidas son idóneas para medir el peso y otras el volumen de las cosas.

Además de ello —agrega— la moneda contiene la misma cantidad de valor que mide. Así, si una cosa vale un millón de unidades de moneda nacional, esa suma contiene el mismo valor que la cosa: es equivalente.

Desde el punto de vista jurídico la moneda es el instrumento común de cancelar créditos, fija el monto de las obligaciones que la tienen por objeto, computándose en ello la cifra de los intereses debidos, siendo un vehículo de cambio.

20 Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1979, pp. 362 y ss.

A decir de Boffi Boggero, y sin penetrar en sutilezas teórico-económicas, el dinero puede dividirse en tres especies: moneda metálica, moneda de papel y papel moneda.

La moneda metálica se confecciona mediante el empleo de metales nobles, como el oro o la plata, en calidad igual al valor que la moneda represente. No obstante, debe destacarse que una moneda de oro contiene partes de otros metales para producir la aleación y, con ella, atribuir perdurabilidad a la moneda. La función más importante de la moneda de oro es hoy la de respaldo de la moneda de papel.

Señala el autor citado que la moneda de papel es un título de crédito contra la nación o un órgano bancario nacional por la suma de dinero que el papel establece; pudiendo dividirse en moneda representativa y fiduciaria. La primera se halla asistida de efectiva garantía en oro, aunque en la práctica el Estado no cuenta con la total cantidad de oro representada por los billetes. La segunda carece de garantía en metálico, pero cuenta con la confianza de su convertibilidad en oro en el momento de su presentación con tal propósito por el tenedor.

La mecánica de la vida económica hace que ambas especies de moneda de papel no se distingan en la práctica. Solamente en casos de pánico puede revelarse su diferencia, porque ello supone el reclamo de todos los tenedores acerca del volumen de oro mencionado en el papel.

Agrega Boffi Boggero que el papel moneda es el dinero emitido sin atribuirle garantía alguna y se halla respaldado comúnmente por el curso forzoso, sirviendo para las transacciones y siendo aceptado incluso por el Estado como pago impositivo.

Y, por último, desde otro punto de vista, anota el mencionado profesor que la moneda puede dividirse entre la que tiene curso legal en el país y la que carece de él.

Por otra parte, y en nuestra opinión, el tema de la inflación corresponde, sin duda, al ámbito económico, pero tiene importantes repercusiones jurídicas. En tiempos de estabilidad monetaria, o sea cuando no hay inflación o cuando es poco significativa, el acreedor carece de interés en buscar una norma legal que le permita protegerse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero en periodos de inflación, por el contrario, tratará, asegurando la estabilidad de su contrato, de evitar las consecuencias de tal merma.

La inflación es hoy un fenómeno generalizado en muchas partes del mundo, singularmente en América Latina. Ella agobia a nuestras nacio-

nes y no es ajena al Perú. Y la situación es tan grave que el derecho no puede permanecer indiferente ante un fenómeno como el económico, pero que tiene, sin duda, trascendencia jurídica.

La inflación en el Perú durante el año 1988 —por citar un ejemplo crítico— fue de aproximadamente 600%. Esto quiere decir que los bienes y servicios que en promedio podían adquirirse a principios de enero de 1988 en I/. 1'000,000, costaron, a fines de diciembre de 1988, I/. 7'000,000. Si una persona hubiera entregado en mutuo a principios de enero de 1988 la suma de I/. 1'000,000 (el inti era la moneda de curso legal y tuvo efímera vigencia) con la tasa máxima de interés del 120% al año, hubiese cobrado a finales de diciembre de 1988, por capital e intereses, I/. 2'200,000.

El acreedor habría obtenido la restitución de su dinero sin frutos y con un poder adquisitivo descomunemente diminuto. En el caso propuesto parece obvio que nadie hubiese entregado en mutuo el millón de intis en las condiciones señaladas. Vemos pues cómo la inflación, el más perverso de los impuestos, todo lo altera. Baste recordar que durante el quinquenio 1985-1990 la inflación acumulada en el Perú llegó a la espantosa cifra de 2'000,000%.

¿Pero tiene el derecho mecanismos que permitan superar la absurda situación planteada? El problema debe ser dilucidado a través de las denominadas teorías nominalista y valorista.

Según la clasificación —famosa, por cierto— de Nussbaum, citado por Busso,²¹ las deudas que en una u otra forma tienen por objeto una cantidad de moneda son las siguientes:

1) Deudas pecuniarias que, a su vez, se clasifican en: a) deuda pura de dinero o deuda de cantidad; y b) deuda de moneda determinada.

2) Deudas monetarias que se subdividen en: a) deuda monetaria genérica; y b) deuda monetaria específica.

3) Deudas de moneda como cosa determinada.

Así, a entender de Busso —criterio que compartimos plenamente—, si la convención por la que se promete una suma de dinero no contiene especificación alguna por la que el vínculo queda referido a un signo monetario determinado, la deuda es pura de dinero.

21 Busso, Eduardo B., *Código Civil anotado*, t. IV, Buenos Aires, EDIAR, 1951, pp. 220 y ss.

Refiere Busso que la deuda de moneda determinada —como añade Nussbaum— es una variante de la obligación pecuniaria, y se configura cuando en una convención se establece que solamente pueden utilizarse para el pago determinadas especies de los signos monetarios pertenecientes al sistema imperante, siendo las más usuales: la deuda en moneda de oro, la cláusula de oro o la cláusula valor oro, la deuda en moneda extranjera con garantía de determinado cambio, etcétera.

Concluye el mismo autor que la deuda de moneda determinada reviste una doble naturaleza, pues combina los caracteres de las deudas de cantidad y de las obligaciones de prestación de cosa, en virtud de lo cual se las ha llamado “deudas de dinero mixtas” o “deudas calificadas”; pero, de cualquier manera, son siempre deudas de dinero, y así, por ejemplo, una venta no se convertiría en permuta por el hecho de que el precio se fijara en moneda determinada.

Anota Busso que, frente a las deudas pecuniarias, Nussbaum sitúa otros dos tipos de deudas, que en algún modo tienen la moneda como objeto, pero que se rigen por principios diferentes a los ya considerados. Por una parte, las “deudas monetarias” y, por otra, las deudas de “moneda como cosa determinada”; agrega Nussbaum que la deuda monetaria tiene por objeto principal, no un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como moneda (signos monetarios), y puede revestir dos formas: genérica y específica.

La deuda monetaria genérica se da, por ejemplo, cuando en tiempo de moneda sana, pero con escasez pasajera de un signo determinado, se comprometiese una persona a entregar determinada cantidad de moneda de ese signo. La específica, conocida ya en el derecho romano, existe, por ejemplo, cuando alguien se obliga a entregar las monedas contenidas en tal arca.

Agrega Busso que la deuda de moneda-cosa cierta comprende determinadas piezas o signos, prescindiendo de que ellos pertenezcan a un sistema monetario y de que tengan un valor de circulación o adquisición. Es lo que ocurre cuando una moneda interesa como objeto de colección.

En opinión de Busso, la clasificación de Nussbaum resulta excesivamente complicada y sutil. En especial, no le parece lógico referir el concepto de deuda de moneda determinada, en forma indistinta, sea la indicación de una moneda de pago o la indicación de una moneda que sirva para medir el objeto de la deuda; pues, si se indica moneda de

pago, pareciera que la obligación no sería ya “pecuniaria” sino “monetaria”.

Anota el autor argentino que en muchos casos la aclaración del verdadero carácter de una deuda requerirá que se tenga en cuenta la intención de las partes, ya que un mismo tipo de convención puede servir para instrumentar deudas que tienen distinto alcance. En especial, pueden confundirse las deudas pecuniarias de moneda determinada y las deudas monetarias genéricas.

Busso pone como ejemplo el caso de A que, debiendo vender mercaderías al exterior, no quiere estar sometido a las variaciones del signo monetario correspondiente al país comprador; y para asegurarse estipulará el precio en una moneda firme (como son los dólares), o incluirá una cláusula oro u otra similar. En todos esos casos la deuda seguirá siendo pecuniaria; el deudor podrá pagar en la moneda que tenga curso en el lugar del contrato, si bien deberá hacerlo en la cantidad necesaria para la adquisición de los dólares o el oro indicados en la convención.

Continúa suponiendo, en cambio, una plaza comercial en la que, en determinado momento, hay falta total de dólares, y que en un contrato se otorgan al deudor facilidades especiales, siempre que se pague el precio en dicha moneda. Advierte que, en tal caso, las partes han tenido en cuenta como elemento esencial del contrato la entrega de dólares, que el deudor estaría en la necesidad de entregar ese signo monetario específico, y no se configurará una deuda pecuniaria sino una deuda monetaria genérica.

Otro caso sería, según Busso, si una persona contrata con una agencia de cambio la adquisición de determinadas piezas monetarias que necesita para viajar al extranjero. La obligación contraída por la agencia de cambio es también “monetaria” —porque al acreedor le interesan determinadas monedas y no su equivalente en otras— y “genérica”, porque las piezas a entregar deberán tomarse de un género ilimitado: el total de moneda acuñada o emitida por el Estado correspondiente.

Una variante del caso anterior sería si la persona que necesita una moneda extranjera determinada compra a un amigo cierta cantidad de esa moneda que éste tiene guardada en su caja fuerte. La deuda —dentro de la clasificación de Nussbaum— desde el primer momento ha quedado referida a ciertas piezas determinadas; lo que tiene importancia con relación al régimen de riesgos, ya que no sería aplicable la máxima *genus nunquam perit*.

Fundamentalmente, Busso adopta la siguiente clasificación de las obligaciones dinerarias:

a) Obligaciones pecuniarias puras y simples, sin especificaciones complementarias;

b) Obligaciones que son pagaderas en cualquier moneda de curso legal, pero cuyo objeto se calcula sobre la base del valor de un patrón determinado;

c) Obligaciones pagaderas en moneda determinada en curso legal, y

d) Obligaciones pagaderas en moneda determinada con curso forzoso.

Por otra parte, debemos expresar que la tesis nominalista, de antigua raigambre, tiene su expresión más significativa en el artículo 1895 del Código Civil francés. Ella responde al principio de que no obstante la fluctuación del valor de la prestación debida, entre la época en que se contrajo la obligación y la época de su cumplimiento, debe mantenerse intangible el monto numérico de dicha prestación; esto es, la suma original, de tal forma que el deudor se libere entregando la misma cantidad de unidades a las que inicialmente se obligó. El deudor sólo pagaría la suma numérica expresada en el contrato, sean cuales fueren las fluctuaciones en el valor de la moneda.

En una carta dirigida al doctor Pedro N. Cazeaux,²² el doctor Luis Moisset de Espanés le decía que una vieja máxima romana expresa *de minimo non cura praetor*, y el aserto tiene una gran dosis de verdad, ya que ni el juez ni el jurista, ni las propias partes suelen ocuparse de los hechos que causan un daño pequeño, y en sentido similar los “pequeños contratos” de la vida cotidiana no suelen llamar nuestra atención y, cuando en fecha reciente algunos se interrogan por su validez, incluso en el caso en que son celebrados por personas carentes de discernimiento, no suelen advertir que sólo son válidos, en cuanto que el daño que pueden ocasionar es mínimo.

Y luego le expresa:

Quizás usted me pregunte: ¿qué tiene que ver esa introducción con el reajuste por depreciación monetaria? Muy sencillo, el nominalismo ha podido aceptarse por la doctrina y la jurisprudencia, mientras el cambio de valores era mínimo; en esas circunstancias resultaba inadmisibles provocar un litigio para corregir diferencias ínfimas. Las pequeñas alteraciones que puede sufrir

22 Publicada en Moisset de Espanés, Luis. *op. cit.*, nota 18, pp. 56 y ss.

una moneda 'estable' no justificaban desgaste jurisdiccional, y sólo cuando excepcionalmente una moneda padecía graves deterioros se alzaban algunas voces enjuiciando el nominalismo, y recordando que la función del intérprete debe estar presidida por la búsqueda del valor 'justicia', que en el caso concreto exigía correcciones de 'equidad'. Pero los más se aferraban a la 'seguridad', que parece ofrecer el nominalismo, y sólo aceptaban a regañadientes que se corrigiesen las sumas debidas cuando el cambio había sido brusco e 'imprevisible', por la aplicación de teorías derivadas de la *rebus sic stantibus*[...]

Agrega Moisset de Espanés que el siglo pasado, culminación de lo que podía llamarse Edad de la Razón, trae consigo en el terreno jurídico el predominio del positivismo, mientras que en las ciencias de la naturaleza se procura medirlo todo con exactitud —y se tiene el convencimiento de lograr éxito en ese esfuerzo—.

Se busca entonces el establecimiento de "unidades" fijas de medida, que tengan carácter universal para facilitar el trabajo del científico: el gramo, el litro y el metro son exponentes de este esfuerzo, y en la Oficina de Pesas y Medidas de París se deposita el "metro-patrón", de platino-iridio, cuarenta millonésima parte del meridiano terrestre, símbolo de los logros y conquistas obtenidos por la inteligencia humana.

Continúa diciendo Moisset de Espanés que, en materia económica, se cree poder también lograr unidades de medida estables en las monedas metálicas, y que esas unidades de valor pueden servir de medios jurídicos de pago, ajustándose al principio nominalista.

Precisa que lo que no debe olvidarse es que la justicia —tanto la conmutativa, como la distributiva— al exigir que se dé a cada uno lo suyo, lo que tiene en cuenta son los "valores" que se han de dar, y la moneda no es un fin en sí misma, sino un medio técnico ideado por el hombre para "medir esos valores".

Puntualiza que el "nominalismo dinerario" puede lograr la consagración de soluciones justas, por la vía de la seguridad, siempre y cuando la moneda sea estable, o sus variaciones sean pequeñas, de manera que puede repetirse aquello que *de minimo non cura praetor*; pero si el dinero deja de ser una unidad de medida de los valores, si pierde su estabilidad, la aplicación de principios "nominalistas" —por más que se invoque una pretendida "seguridad" jurídica— sólo podrá traer como consecuencia las más flagrantes violaciones al supremo valor justicia, que es el fin primordial del derecho.

Recuerda que en el curso del siglo XX, el primer y gravísimo impacto provocado por una moneda que ha dejado de servir como “unidad” para medir los valores económicos se produce en Alemania, después de la primera Guerra Mundial; razón por la cual aparecen también allí los estudios de Nussbaum y de muchos otros juristas que buscan por diversos medios atender a esa nueva realidad económica: el nuevo “dinero” tiene una naturaleza distinta de aquella otra cosa, a la que los legisladores habían llamado “dinero”.

En tal orden de ideas —expresa Moisset de Espanés—, las teorías de la presuposición, de la base del negocio, el resucitar la vieja cláusula *rebus sic stantibus* o forjar la teoría de la imprevisión son ejemplos del esfuerzo que realizan los juristas por atender los problemas que origina la distinta naturaleza que tiene ahora esa creación del hombre, a la que se sigue dando el mismo nombre, “dinero”, pero se le ha dado un contenido fáctico sustancialmente distinto.

En esta búsqueda de herramientas técnicas, de carácter jurídico, que permitan dar una solución justa a los problemas económicos que crea esta nueva realidad, se traza la sutil distinción entre las “obligaciones de dinero” y las “obligaciones de valor”, distinción que —a entender de Moisset de Espanés— las más de las veces es artificiosa, aunque haya prestado utilidad —en algunos casos— para lograr la justicia.

Así, quienes sostienen la naturaleza “ontológica” de la distinción olvidan que en la mayoría de los casos el “dinero” no es un fin en sí mismo, sino que con él se procura medir “valores” y, en consecuencia, las obligaciones “dinerarias” también son de “valor”.

Sólo serían —a entender del profesor argentino— “dinerarias puras”, aquéllas en que la moneda se tomase como mercadería, que constituye un “fin” en sí misma, y por eso no ha faltado un autor que sostuviese que sólo quedaría en la categoría de obligaciones dinerarias, el mutuo de dinero. Y aún en este caso cabría preguntarse si las partes entendían dar a esas monedas el tratamiento de mercadería o si el interés primordial era el obtener las ventajas que representa disponer del “valor de ese dinero”.

Dice Moisset de Espanés, por último, que por eso también la categoría de las “obligaciones de valor” fue ensanchando paulatinamente su base, e incorporando a su “nómina” numerosos casos que en un primer momento habían recibido el trato de obligaciones dinerarias.

Para el profesor argentino Jorge Joaquín Llambías,²³ son obligaciones de dinero las que desde su origen tienen por objeto la entrega de una suma de dinero. El dinero es la moneda autorizada por el Estado; y añade que las obligaciones de dinero tienen enorme importancia, siendo de aplicación cotidiana en la vida de las personas los contratos de compraventa; locación de cosas, de servicios o de obra; mutuo o préstamo de consumo; renta vitalicia, etcétera, que engendran obligaciones de esta clase.

En el ámbito mercantil, las deudas de dinero son frecuentes a través de operaciones de cambio con base en letras, pagarés, etcétera, nutriéndose todo el comercio con las obligaciones pecuniarias.

Agrega Llambías que, por otra parte, el objeto de estas obligaciones es el dinero, que si bien no satisface por sí mismo necesidad humana alguna, tiene, indirectamente, la virtud de satisfacer cualquier necesidad posible; pues con el dinero se adquieren los bienes aptos para satisfacer las necesidades humanas, y consiguientemente el poseedor del dinero descansa en la creencia general que mueve a cada uno a recibirlo con gusto por su valor, cierto de que los demás lo recibirán por el mismo valor.

Este acuerdo general supone la intervención del Estado en la elección de la sustancia de que debe ser hecha la moneda, explicando todo ello la importancia que tienen las obligaciones de dinero.

Para Llambías no son obligaciones de valor, sino deudas de dinero, las relativas a seguros o rentas vitalicias, a indemnizaciones tarifadas legalmente, a la restitución de pagos indebidos satisfechos en dinero y al precio en la compraventa.

Estas obligaciones son tratadas por Enneccerus, Kipp y Wolff,²⁴ cuando sostienen que el que promete una cantidad de tantos o cuantos marcos o coronas, no promete pagar precisamente en piezas de marco o de corona, sino que sólo quiere deber y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor, como es natural, en dinero.

Como expresa el doctor Jorge Eugenio Castañeda,²⁵ las prestaciones pecuniarias, de dinero, son las más importantes, hasta tal punto que todas las otras prestaciones pueden ser sustituidas por las de capital.

23 Llambías, Jorge Joaquín, *op. cit.*, nota 19, t. II-A, pp. 169 y ss.

24 Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; y Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch, 1950, p. 36.

25 Castañeda, Jorge Eugenio, *Instituciones de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, t. III, Lima, 1957, pp. 15 y ss.

Recuerda que Carvalho de Mendonça advierte que el papel moneda de curso forzoso no es económicamente una moneda, sino una deuda del Estado, que emite y garantiza; y que sólo las monedas de oro y de plata tienen en esos metales el valor que representan.

Por la tesis nominalista —agrega Castañeda—, no es la especie lo que se debe, sino la cantidad, la suma, sin tener en cuenta el valor de cambio. Las obligaciones de capital se aprecian cuantitativa y no cualitativamente. Puntualiza que, para esta doctrina, toda deuda de dinero deberá ser pagada en la moneda de curso, ya que los llamados papeles de crédito (letras, vales, pagarés, cheques) carecen de fuerza liberatoria y no pueden imponerse al acreedor que los reciba; se necesita que el acreedor convenga en recibirlos y ni aun así el deudor se encontrará liberado, a menos que concurra declaración expresa del acreedor en tal sentido.

Refiere Castañeda que se dice de la moneda corriente que es la que tiene curso legal o forzoso, cuyo valor es nominal o extrínseco y ha sido atribuido por las leyes del Estado que la emite o acuña. Es el valor intrínseco el valor real, es el valor que tiene la moneda en el metal de que está hecha, sin que venga a ser el valor intrínseco sino el valor que tiene cada pieza de metal, valor obtenido al vender la moneda como mercancía; y ese valor no existe en la moneda de papel y casi no existe en la moneda fraccionaria, desde que el valor del metal con que estas piezas se fabrican es mucho menor que el valor legal que tienen como moneda.

De este modo —enseña Castañeda—, el nominalismo no tiene en cuenta el valor intrínseco de la moneda, sino el valor que la ley le atribuye a ésta. El deudor debe tan solo las unidades de moneda que la obligación fija, cualesquiera que hubiere sido la oscilación de la moneda en su valor real dentro del mercado y como instrumento de pago.

Para Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,²⁶ el nominalismo es un principio que ha tenido vigencia casi universal y se puede sintetizar diciendo que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma. El dinero emitido por el Estado tiene el valor que éste le fija, pudiendo prescindir de su aptitud adquisitiva y, en consecuencia, el deudor de una suma de dinero cumplirá entregando al acreedor una cantidad igual a la

26 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1981, pp. 40 y ss.

prometida, cualesquiera que sean las fluctuaciones que haya sufrido el poder adquisitivo de la moneda; creándose por una ficción legal idéntico valor en las unidades monetarias en épocas diferentes.

Precisan los profesores citados que esta teoría se funda en la premisa de que los valores nominal y real siempre coinciden, y cuando esa ficción choca con la realidad económica no puede servir de base a soluciones justas.

Recuerdan que suele decirse que el nominalismo, puesto a elegir entre los valores "seguridad" y "justicia", se inclina por el primero. Consideran incorrecto establecer una contraposición entre seguridad y justicia, puesto que la justicia es un valor fundante, mientras que la seguridad es un valor fundado. Aquél es un *prius*, éste un *secundus*; rango preferente y rango secundario, respectivamente, razón por la que entre uno y otro valor debe darse prioridad —sin vacilaciones— a la justicia.

Agregan que la "seguridad" que brinda el nominalismo es sólo aparente, puesto que lo único seguro es el "número" de moneda que se va a recibir. Pero, en épocas de inestabilidad económica, esa suma puede representar valores muy cambiantes, lo que significará un sacrificio económico completamente distinto del que realmente las partes pretendían efectuar o recibir. Y, en consecuencia, el valor de las prestaciones se torna completamente inseguro para las partes, por lo que se suele ver en épocas de deflación que el nominalismo impone al deudor cargas gravísimas.

Esto suele exigir la intervención del legislador, y la adopción de moratorias, la revisión de los contratos y otras medidas que alivien las deudas; mientras que, en épocas de inflación, el acreedor jamás estará seguro de si la suma que se le ha de entregar compensará los sacrificios económicos que ha efectuado como contraprestación.

Expresan los autores citados que la inflación, uno de los males más graves de este siglo, carcome paulatinamente la base económica de los Estados, inclusive de aquéllos a los que podemos denominar desarrollados, lo que trae aparejadas consecuencias injustas. Y la moneda, cuya función principal es la de ser una medida de valor de bienes, deja de serlo: es un metro cada vez más corto y al que los particulares, al tiempo de contratar, miran con indisimulable y creciente desconfianza, preguntándose cómo podría un químico que debe efectuar un delicado pesaje de sustancias para preparar una fórmula emplear medidas de peso que

continuamente están variando: el resultado sería un brebaje diabólico, que podría envenenar al mismo que lo prepara.

En tal orden de ideas, Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos se preguntan si las monedas que se recibirán mañana como pago de la prestación que hoy se realiza, guardarán relación con ésta, pues la inflación destruye totalmente los fundamentos del nominalismo, que en dichas circunstancias se aparta no sólo del postulado de justicia, sino también de aquel otro al que se pretendía elevar a primer plano: la seguridad.

Según el profesor Enrique Carlos Banchio,²⁷ de las diversas clases de valor que se predicán del dinero —valor intrínseco, valor nominal y valor de cambio— la teoría nominalista, aceptada por la casi totalidad de las legislaciones contemporáneas, refiere en definitiva el valor del dinero para el tráfico jurídico, a la cifra numeral inscrita en el respectivo signo, moneda o billete; es decir, al valor nominal que le atribuye el Estado, sea cual fuere el valor real o poder adquisitivo de dicho signo.

Refiere Banchio que esta concepción monetaria disociada del valor intrínseco o metálico ha sido reconocida a través de los siglos con el nombre de nominalismo, término que en la filosofía escolástica era empleado como antitético de realismo, aunque su aplicación en el orden monetario no resulte del todo apropiada, por cuanto la referencia al *no-men* de la moneda no es precisamente la idea contenida en su concepto.

Por esta razón se propone con mayor exactitud la designación de numeralidad, toda vez que lo esencial en el signo monetario es su relación numérica con la unidad, idea que sirve para el cálculo. Y más que a la idea de valor, se refiere esta teoría a la de la igualdad matemática y nominal, expresada en la tan conocida fórmula: una unidad de moneda nacional = una unidad de moneda nacional.

Anota Banchio que la trascendencia práctica del principio nominalista, al proyectarse sobre las obligaciones dinerarias, da como inexorable resultado que siempre ha de satisfacerse la hecha, prescindiendo de cualquier variación del contenido metálico o del poder adquisitivo de la moneda que se hubiere producido entre la época de la constitución y la del cumplimiento de la obligación.

Se ha dicho que todo el curso de la vida de la obligación queda inserto en el principio nominalista y que la cantidad, numeralidad, enun-

27 Banchio, Enrique Carlos, *Obligaciones de valor*, Buenos Aires, Lerner, 1975, pp. 64 y ss.

ciada en la deuda, expresa de un modo inmutable el contenido de su prestación. En consecuencia, la obligación dineraria podrá ser cumplida con la entrega de signos monetarios desprovistos de valor intrínseco, con el único requisito de que tengan poder cancelatorio y sean dados en igual cantidad que la debida.

Señala el citado profesor que, conforme a las necesidades e imperativos de cada época, se han esgrimido distintos fundamentos de esta doctrina, que a la postre responden a otras tantas concepciones sobre el valor nominal o abstracto del dinero.

En tal orden de ideas, el principio nominalista proclama que el único fundamento del valor de la moneda es el que emana de la ley. Es el poder público, que en ejercicio de su soberanía asigna a su arbitrio el valor al dinero, acuñando su sello en cada pieza, sea metálica o meramente representativa como el papel moneda.

Recuerda Banchio que el origen de este principio debe buscarse en Francia, reconociéndose en Pothier como su más insigne expositor, a quien no escapaba que sus propias enseñanzas podían dar lugar a soluciones no siempre acordes con el ideal de justicia.

El espíritu de equidad y la solidez de las concepciones jurídicas de este autor —se ha dicho— no alcanzaban a vencer el clásico y reverencial respeto que profesaba por la voluntad del soberano, pues sostenía que el nominalismo era *l'usage constant dans notre jurisprudence* (el uso constante en nuestra jurisprudencia), basado en la regla de que en la moneda no se tiene en cuenta el peso, sino únicamente el valor que el príncipe le asigna, toda vez que su cuerpo no es más que un signo.

Concordamos con Banchio cuando anota que, por su carácter eminentemente territorial, el principio nominalista tiene exclusiva vigencia dentro de la jurisdicción del Estado que lo sanciona, hasta tal punto que con razón se afirma que el dinero sigue siendo en la actualidad una de las manifestaciones más concretas de los nacionalismos.

Refiere Banchio que esta tesis, al consagrar la igualdad nominal, mantiene insensible la obligación dineraria con respecto a las fluctuaciones de los valores extranominales de la moneda. Su fin es impedir la proyección de la inestabilidad económica que pudiere sobrevenir entre el momento del nacimiento de la obligación dineraria y el de su cumplimiento, quedando aislada y sujeta al estricto criterio nominal en su más pura expresión numérica.

Pero, si bien el nominalismo atiende preferentemente al postulado de la seguridad, velando por la certeza en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, es de observar, como señala con acierto Hernández Gil, que sólo el designio de superponer los intereses generales y las razones de orden público a las exigencias de la justicia individualmente dispensada, puede constituir la justificación del nominalismo.

En igual sentido se expresa Pacchioni, quien afirma que el debate entre nominalistas y valoristas pone en evidencia una cuestión de orden político y sociológico sintetizada en el enfrentamiento de los conceptos de Estado y sociedad. La tesis nominalista hace prevalecer la voluntad del Estado sobre la estimación valorativa de la sociedad, justificando esa posición en la necesidad de someter el régimen económico a los fines superiores de orden político. En cambio, los sostenedores de la teoría valorista argumentan que no debe desconocerse la voluntad de los particulares, cuando de acuerdo con la intención de las partes la deuda de dinero lo es de valor.

Para el profesor colombiano Luis Fernando Uribe Restrepo,²⁸ la teoría estatal de la moneda, esbozada por Knapp a principios del siglo XX, constituye el fundamento de la doctrina nominalista.

Según Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, la teoría de Knapp descansa sobre dos pilares: 1) La unidad básica de valor es fijada arbitrariamente por el Estado, y 2) Los medios de pago para el cumplimiento de las obligaciones son "cartalísticos" y su valor está determinado por las leyes que prescriben su uso. Son las normas legales el factor determinante de la moneda, y no el material que lo conforma.

Siempre siguiendo la cita de Uribe Restrepo, dice Hirschberg que: "en el campo del derecho privado, la teoría de Knapp sirvió como argumento de peso en favor del principio nominalista. Si la moneda tiene un origen estatal, el Estado tiene derecho a fijar su valor sobre una base nominalista". Y, como dice Juan C. Restrepo, refiriéndose a esta teoría: "jurídicamente se basa, en gran parte, en el hecho de que es el Estado quien reviste a la moneda de curso legal, vale decir, de aceptación obligatoria para cancelar créditos y débitos".

A decir de Uribe Restrepo, Hirschberg hace las siguientes críticas a la teoría de Knapp:

²⁸ Uribe Restrepo, Luis Fernando, *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 27 y ss.

1) La tesis de Knapp no toma en cuenta el **crédito bancario**, que en los países desarrollados es el principal medio de **pago**, frente al cual la moneda es meramente secundaria. Los bancos **crean medios de pago**, no en virtud de disposiciones legales, sino como **fundamento de su función**, y señala que en ciertas condiciones la **actividad económica continúa** aun sin moneda, que es sustituida por los **medios de pago bancarios**. Pero el Estado, por medio de mecanismos como el **encaje**, **controla su creación**.

También argumenta Hirschberg que, en situaciones **excepcionales**, pueden circular en un país medios de pago que no han sido **creados por el Estado**; siendo tal el caso del dinero emitido por los estados **rebeldes del sur**, en la guerra de secesión de Estados Unidos. Igual cosa **sucedió** con el dólar estadounidense, que circuló en países de Europa **oriental** y en Alemania después de la primera Guerra Mundial. También el de la moneda de emergencia creada por las municipalidades alemanas después de la guerra.

2) La teoría de Knapp no tiene en cuenta la segunda función esencial del dinero, que es la de servir como medida de valor. Cada bien y cada servicio tienen un precio determinado por la interacción de los factores económicos y sociales. Así, la moneda nacional no se convierte en un patrón de valor en virtud de los dictados de la ley, sino debido a fuerzas sociales incontroladas e incontrolables. La moneda nacional, creada por el Estado, servirá como medida o patrón de valor, en cuanto éste sea estable. Cuando su valor se deprecie, se usan otros patrones de valor: oro, otras monedas como el dólar, índices y aun productos.

Señala Uribe Restrepo que Mann observa lo siguiente, en relación al principio nominalista:

El principio nominalista, junto con el punto de vista de que la moneda es una creación de la ley, lo cual envuelve el rechazo de las teorías metalistas, forma parte de la teoría estatal de la moneda revivida por Knapp. Pero el principio nominalista, aunque recibió fuerzas nuevas con las investigaciones teóricas de Knapp, se remonta a tiempos más antiguos; en efecto, a través de la historia económica de la humanidad hay evidencia sobre las continuas variaciones en el valor de la moneda y especialmente de sus depreciaciones. No es por lo tanto sorprendente encontrar que el principio nominalista es casi tan antiguo como el problema del valor de la moneda.

El mismo Mann afirma que los orígenes del principio nominalista se remontan a Aristóteles.

Según Uribe Restrepo, el término nominalismo tiene dos acepciones diferentes. La primera como teoría sobre la naturaleza del dinero, que rechaza la teoría metalista y desarrolla la estatal. La segunda, que es la que le interesa, mira al nominalismo como un principio de derecho privado y como una teoría acerca de la extensión de las obligaciones dinerarias.

Agrega que las bases de la teoría nominalista son dos: la primera es el concepto de unidad monetaria como concepto abstracto básico de todo sistema monetario. La segunda se refiere a la existencia de medios de pago concretos, tales como el papel moneda y las monedas metálicas.

Refiere que en tal sentido el nominalismo, como principio del derecho de las obligaciones, puede definirse así: “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, etcétera”; y no se tiene en cuenta ningún cambio externo en el valor de la moneda, principalmente su cotización en relación con otras monedas, ni las modificaciones que su valor sufra en el ámbito interno, siendo tal la definición clásica formulada por Hirschberg.

Pero Uribe Restrepo disiente de lo expresado como definición propia del principio nominalista, ya que considera que éste se refiere más bien a que el deudor se libera entregando a su acreedor la suma numérica de signos monetarios inicialmente pactada, consecuencia jurídica que se deriva del principio o ficción anterior descrito por Hirschberg, en el sentido de la identidad de valor de las unidades monetarias en épocas diferentes.

En otras palabras —según el profesor colombiano—, la validez del pago hecho mediante la entrega de la suma numérica pactada o debida inicialmente descansa en una ficción legal, consistente en que el valor de la suma no ha cambiado en el lapso transcurrido entre el momento del nacimiento de la obligación y el momento de su solución.

Uribe Restrepo considera interesante recoger la siguiente nota de Ripert, sobre la vigencia del nominalismo y su relación con el orden público:

La reglamentación de la moneda ha sido siempre una regalía. El Estado fija mediante una ley el instrumento de los cambios. Impone la fuerza liberatoria

de la moneda legal. En un texto, que se ha hecho célebre en las épocas de depreciación monetaria, el Código Civil ha decidido que la obligación que resulta de un préstamo en dinero es siempre la de la suma enunciada en el contrato. Es esta una regla jurídica que se extiende a todas las obligaciones, cualquiera que sea su origen.

Considera Uribe Restrepo que esta regla es justa y práctica en los contratos de larga duración, pero sólo en el caso de no variar sensiblemente el valor de la moneda de valor estable, lo que ha ocurrido durante largo tiempo, cuando se consideraba la moneda como una verdadera mercancía con valor de cambio propio.

Esta situación se trastorna cuando la moneda es de papel y tiene un simple valor fiduciario, es decir, un valor que, en los límites territoriales de aplicación de la ley, está fijado por el Estado. Éste impone el empleo de la moneda y su fuerza liberatoria, pero la acción de los intereses se produce en la fijación de precios y su alza revela la depreciación monetaria; siendo lógico que el Estado, al influir sobre la moneda, quiera igualmente ejercer su acción sobre los precios.

En ese orden de ideas, Uribe Restrepo señala que el criterio valorista sostiene que la extensión de la obligación dineraria está determinada por el poder adquisitivo de las unidades monetarias; y agrega que el valorismo se aparta del metalismo, en tanto no toma en cuenta el respaldo metálico de la moneda, sino la función de ésta, o sea, la de servir como poder adquisitivo, asemejándose valorismo y metalismo en que ninguno de los dos considera que las obligaciones dinerarias tengan por objeto sumas nominales de dinero.

Dentro de los antecedentes históricos del valorismo, refiere Uribe Restrepo que, en el siglo XIX, Savigny expuso su teoría del dinero como poder adquisitivo abstracto, teoría que no tuvo en su momento mucha influencia, por dos motivos: en primer lugar, no existían los mecanismos técnicos para determinar el poder adquisitivo del dinero; y, en segundo lugar, la época se caracterizó por una estabilidad monetaria.

El valorismo cobra vigencia doctrinal en el presente siglo, ante la caída del metalismo y debido al desarrollo de la ciencia económica y la aparición de fenómenos inflacionarios agudos como el alemán. Sin embargo, el valorismo sigue siendo una opinión minoritaria, pues la mayoría de los especialistas en derecho monetario, como Mann y Nussbaum, prefieren la tesis nominalista.

Señala Uribe Restrepo que el valorismo hace énfasis en la función de la moneda, más que en su naturaleza. Se le da tanto énfasis a la función que desvirtúa por completo la naturaleza de la moneda. El dinero da derecho a su propietario a un poder adquisitivo abstracto. Le da la posibilidad de adquirir los componentes de la riqueza nacional que desea y que son intercambiables por dinero.

En tal sentido Hirschberg, al comentar la tesis valorista, dice que cuando la contraparte se obliga a pagar una suma de dinero, no está interesada en el formal cumplimiento de la obligación del contratante (en la suma de dinero debida), sino en el cumplimiento sustancial de ella, especialmente en la obtención del valor económico del dinero.

Cuando analiza la relación existente entre valorismo y revaluación, Uribe Restrepo anota que se aproximan en el hecho de que ambos se apartan de la solución nominalista y hacen radicar el valor del dinero en su poder adquisitivo. Pero mientras que la revaluación es una medida de carácter excepcional y transitoria —casi de orden público económico— que busca aliviar las consecuencias de la ineficiencia del nominalismo en un momento dado, el valorismo pretende formular una teoría coherente sobre la extensión de las obligaciones de dinero, que ofrece una alternativa teórica frente al nominalismo, que se aplique tanto en condiciones normales como extraordinarias.

En tal sentido opina que en la revaluación, consecuencia de una pérdida drástica en el poder adquisitivo de la moneda, no es justo aceptar que el deudor se libere entregando simplemente la suma nominal pactada. El valorismo, en cambio, sostiene que la entrega de una suma nominal no es suficiente para considerar solucionada o pagada la obligación.

Por otra parte, la revaluación busca restablecer el equilibrio entre las partes, mirando hacia el pasado; en tanto que el valorismo mira hacia el futuro, en el sentido de que procura medir la extensión de la obligación dineraria en razón de su poder adquisitivo.

Añade Uribe Restrepo que, al analizar la solución valorista, nos topamos con una primera dificultad: a diferencia de la solución ofrecida por el nominalismo y por el metalismo, no enfoca con tanta simpleza el problema de la extensión de las obligaciones de dinero, y consiste en cómo se mide el poder adquisitivo de las unidades monetarias; vale decir, cómo puede determinarse con certeza cuál fue la intención que las partes abrigaban al contratar.

Por otro lado —agrega—, los cambios en el poder adquisitivo de una moneda no son uniformes en ninguna época; variarán de acuerdo con la clase de bien o servicio que desee adquirirse, y cabría preguntarse si puede el derecho llegar a diseñar una solución que recoja sistemáticamente toda esta serie de situaciones que presenta la vida económica.

La evidencia de estas dificultades en la aplicación del principio valorista condujo a Mann a sostener que los cambios en el valor del dinero no deben ser tenidos en cuenta, salvo circunstancias excepcionales. El valorismo alteraría el poder cancelatorio establecido en la ley.

A este respecto, anota el autor argentino Santos Cifuentes, citado por Zannoni, que un reajuste generalizado de las obligaciones pecuniarias alteraría el poder cancelatorio establecido en la ley y pondría en tela de juicio la función que cumple la moneda en el sistema dado. En otras palabras, la moneda o papel moneda de curso legal y forzoso perdería estas condiciones, y dejaría de ser el instrumento que nuestra organización jurídica monetaria ha establecido. Se convertiría en una inestable moneda judicial, imprevisible en su cuantificación numeraria y sin la cualidad de medida de valores que, bien o mal, debe cumplir.

El valorismo, dice Zannoni, desvirtúa la función tradicional de la moneda, que es la de servir de común denominador de valores y la de constituir una unidad de cuenta sobre la que discurre toda actividad económica. “El valorismo, en este sentido, ataca de muerte la significación jurídica y económica de la moneda y, colocándola en el lugar de una mercancía más, deriva la economía monetaria a una economía de trueque”.

Refiere Uribe Restrepo que se han dado intentos de solución a los problemas anteriormente planteados. Algunos, por ejemplo, han pretendido crear una moneda abstracta, que se mantendría ajena a las fluctuaciones de valor de la moneda corriente, y cuya función sería la de servir como medida de valor en los litigios que se presentaran entre partes que hubiesen contratado con base en dicha moneda, y no la de servir como medio de cambio.

El “marco banco” de Hamburgo constituye una aplicación de dicha solución teórica. Esta medida fue utilizada por el Banco Giro, y sirvió para medir los depósitos efectuados en plata por los clientes del banco, a razón de un “marco banco” por 8,43 gramos de plata. El banco, a su vez, otorgaba créditos en términos de “marco banco”.

Otro caso de utilización de una medida abstracta lo constituye la revaluación alemana, que utilizó como patrón de valor referencial el marco oro, a pesar de que éste se hallaba ya fuera de circulación. Su valor fue fijado en términos de la relación que, en tiempo de su vigencia, había tenido frente al dólar y al marco depreciado. En general —dice el profesor colombiano— los intentos descritos tienen el defecto de retornar a los patrones metálicos.

La teoría valorista, por su parte, determina que el deudor se libere mediante el pago de un número de unidades que tengan un poder adquisitivo equivalente al de aquél que se convino originalmente; es decir, que se mantiene el monto de la deuda en valores constantes.

El profesor argentino Luis Moisset de Espanés,²⁹ en carta al profesor Fernando Fuero Laneri, enseña que, aunque con frecuencia se ha dicho que la inflación es un fenómeno de nuestro siglo por la agudeza con la que se ha presentado y su difusión casi universal, un análisis retrospectivo del problema nos permitirá observar que, desde que hay moneda, la desvalorización del signo monetario ha sido casi una constante.

Siempre que se elegía una cosa como “símbolo” de valor económico, una reacción psicológica muy difundida, casi podríamos decir propia de la naturaleza del ser humano, impulsaba a numerosos individuos a buscar la forma de “producir” o conseguir esas cosas, para aumentar su riqueza personal, acumulando en sus manos valores de cambio.

Si se trataba de ganados, *pecus*, se procuraba multiplicar los rebaños; si eran objetos raros o metales preciosos, descubrir yacimientos o minas. El incremento de la moneda (hoy se diría “circulante”) traía como consecuencia su depreciación, sólo detenida por una epidemia (en el caso de los ganados) o el agotamiento de los filones, mientras no se encontraban nuevos yacimientos.

Como ejemplo, Moisset de Espanés cita un par de episodios. Atenas, con sus minas de plata del Laurion, acuña sus famosas “lechuzas”, sellando las monedas con la efigie del animal que representaba a su diosa protectora, Pallas Atenea... Este tesoro le permite armar la flota que detendrá a los persas en Salamina, y hacer florecer artes y ciencias en el famoso Siglo de Oro o Siglo de Pericles.

Pero de manera paralela se vive una inflación permanente, que no fue más aguda por la difusión que tuvo el uso de la moneda ateniense

29 Moisset de Espanés, Luis, *op. cit.*, nota 18, pp. 37 y ss.

en toda la cuenca del Mediterráneo, lo que —al aumentar la demanda— compensaba en parte el incremento de la oferta.

El otro episodio que recuerda se vincula con nuestra América y la influencia que ella tuvo en la vida de la moneda. Los tesoros de oro y plata que se consiguen en el Nuevo Mundo se vuelcan sobre Europa, y se dilapidan en guerras como la de Flandes, provocando una desvalorización constante de las monedas europeas y, en especial, del dinero español. Jaime Luis y Navas ha estudiado esto con versación en una serie de artículos publicados en revistas especializadas.

Señala Banchio³⁰ que cada una de las instituciones del derecho requiere una designación propia que denote con la mayor exactitud posible la naturaleza específica del fenómeno que pretende referir y que haga posible su individualidad en la esfera de las disciplinas jurídicas; y con relación al tema en estudio, no existe uniformidad en cuanto a su designación, si bien los distintos nombres que se emplean refieren indiscutiblemente los mismos conceptos. Agrega que a pesar de que la literatura doctrinaria y jurisprudencial ha utilizado con mayor frecuencia la nomenclatura de deuda de valor, él prefiere, en cambio, la designación de obligaciones de valor, entendiendo que con ella se hace referencia a la relación jurídica obligacional completa, incluyendo —por tanto— a los dos polos opuestos que la integran: el crédito, por un lado, y la deuda, por otro.

Refiere Banchio que, con el objeto de fijar una exacta delimitación en la aplicación del principio nominalista, la doctrina ha elaborado la distinción conceptual entre deuda de dinero y deuda de valor. Con arreglo a esta teoría, la regla del valor nominal sólo regula el cumplimiento de las obligaciones de la primera especie, quedando —en consecuencia— excluidas de su vigencia los supuestos comprendidos en la otra categoría.

Lo que equivale a decir que la deuda de dinero acota la zona regida por el nominalismo; en tanto la deuda de valor acota la zona sustraída al imperio de este principio.

Señala que la obligación será de valor cuando su prestación no esté integrada por dinero, tomado éste en su función de tal, aunque su cumplimiento exija, a la postre, el pago en dinero de aquello que es debido. No se debe dinero, se debe un valor.

30 Banchio, Enrique Carlos, *op. cit.*, nota 27, pp. 95 y 96.

Esto —como afirma Hernández Gil—, por un lado, nos aleja del dinero: se debe un valor, no dinero; pero, por el otro, nos acerca al dinero, pues el valor entraña un punto de vista desde y sobre el dinero. La mera circunstancia de no deberse dinero no es suficiente para definir el concepto de la deuda de valor, ya que si se tratara, por ejemplo, de una obligación de dar una cosa cierta, la prestación no sería de dinero, pero tampoco sería de valor, aunque resultaría susceptible de convertirse en ella, si el acreedor debiera recurrir a la ejecución por vía de indemnización.

El objeto de la prestación no está integrado por una determinada suma de dinero, sino por un valor que necesariamente tendrá que ser expresado en una cantidad de numerario; siendo el dinero sólo el medio al que debe recurrirse para hacer posible la satisfacción de la utilidad o el beneficio comprometido por el deudor y que se traduce en numerario a través de una liquidación, sin que la moneda en sí misma constituya o integre el objeto de la prestación debida.

Y añade que a diferencia de lo que acontece en las obligaciones de numerario, donde el dinero que constituye su objeto debe ser entregado en pago sin necesidad de liquidación alguna, en las obligaciones de valor, su cumplimiento sólo es posible a través de una previa estimación pecuniaria de dicho valor, cuyo monto definitivo debe adecuarse al poder adquisitivo que la moneda tenga en el momento de la extinción. El dinero desempeña en este caso una simple función valorativa en virtud de la cual se determina el *quantum* de la utilidad que deberá satisfacer el deudor.

Como ejemplo más significativo de cada clase de estas obligaciones, Banchio recuerda el crédito proveniente de un préstamo de dinero: obligación pecuniaria y el crédito que corresponde al ejercicio de una acción de resarcimiento, obligación de valor.

También recuerda que la formulación del distingo entre obligaciones dinerarias y obligaciones de valor ha sido preconizado por la doctrina y la jurisprudencia alemana e italiana, habiendo alcanzado la teoría que nos ocupa, en este último país, un extraordinario desarrollo que se ha logrado a través de importantes estudios de sus más insignes expositores.

Señala Banchio que, en opinión de algunos autores, pertenecerían también a la categoría de obligaciones de valor, aquellas deudas pecuniarias en las que, por imperio de la voluntad de las partes expresada

en previsiones contractuales, se hubiera excluido el valor nominal del dinero como medio de determinar el importe de lo debido. Esta posición hace concluir a sus sostenedores que lo real y totalmente excluido del concepto de las obligaciones de valor, no es tanto el dinero, cuanto el valor nominal del mismo.

En su opinión, las obligaciones de valor pertenecen a una categoría jurídica sustancialmente distinta de la integrada por aquellas obligaciones dinerarias, en las que, mediante previsiones contractuales destinadas a contrarrestar las consecuencias de la aplicación del principio nominalista, las partes contratantes no han querido subordinar el contenido económico de la prestación a un importe nominal fijo.

Radica la diferencia estructural en que las obligaciones de valor, por la naturaleza misma de la prestación comprometida, no se encuentran sometidas a la regla nominalista, por cuanto falta siempre en ellas una referencia inicial a una cantidad de dinero; en tanto que en las obligaciones pecuniarias con cláusulas de estabilización, la prestación siempre contiene y hace referencia a una cantidad de dinero, aunque las partes expresamente la hayan liberado del rigor nominal.

Para Jorge Joaquín Llambías,³¹ la deuda de valor se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes que solventarán la deuda entregando dinero, y el deudor devolverá dinero, que es el común denominador de todos los bienes. Pero como él no era un deudor de dinero, sino del valor correspondiente a los bienes en cuestión, hasta tanto sobrevenga el acuerdo de las partes, o la sentencia judicial que liquide la deuda y determine cuál es la cantidad de dinero que deberá aquél satisfacer al acreedor, su obligación será una deuda de valor, que sólo pasará a ser una deuda de dinero después de practicada esa determinación.

Anota Llambías que la distinción expresada es fundamental y constituye un arbitrio para mantener la paridad de las prestaciones recíprocas, salvando la justicia conmutativa, en tiempos de intensa inflación monetaria, pues la deuda de dinero es insensible a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, debiendo satisfacerse con la misma cantidad de ella fijada originariamente, salvo previsión contractual en contra.

En tanto que la deuda de valor, por el contrario, toma en cuenta tales variaciones, porque en ella el objeto debido es una utilidad a que el

31 Llambías, Jorge Joaquín, *op. cit.*, nota 19, t. II-A, pp. 170 y ss.

acreedor tiene derecho, que ha de medirse en los términos monetarios que correspondan al momento de la liquidación de la deuda.

El problema está en saber cuánto vale, en dinero, cierto bien del que ha sido privado el acreedor. Ese valor se da por la comparación que se haga con la moneda nacional, en el momento de la liquidación que se practique de la deuda, por contrato o por sentencia. Y sólo después de efectuada y consentida esa liquidación queda cristalizado el objeto debido y resulta convertida la deuda de valor en deuda de dinero.

En Argentina han sido consideradas como deudas de valor, las siguientes:

a) Remuneraciones no fijadas cuantitativamente, por trabajos realizados por el acreedor;

b) Indemnización de daños causados por incumplimiento contractual;

c) Indemnización de daños causados por hechos ilícitos;

d) Obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa, tales como indemnizaciones por mejoras;

e) Indemnizaciones por expropiación;

f) Deuda de medianería;

g) Obligación por revocación de donación;

h) Alimentos;

i) Recompensas en la sociedad conyugal;

j) Restitución de aportes sociales, y

k) Obligación de colacionar.

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos³² que el valorismo, según Hirschberg, “es una moderna corriente de opinión que sostiene que la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas”.

Precisan que la doctrina del valor de cambio, a diferencia del nominalismo, enfatiza de forma muy especial el poder adquisitivo de la moneda.

Recuerdan que esta doctrina comenzó a desarrollarse en el siglo XIX, gracias al impulso de uno de los más grandes juristas de todas las épocas, Federico Carlos de Savigny. Apartándose de las concepciones metalista y nominalista, consideró al dinero como poder adquisitivo abstracto, razón por la que la moneda no tiene más valor que aquél que

32 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, pp. 47 y ss.

ella consigue imponer y que es la resultante del conjunto de factores económicos que trasuntan el Estado del país correspondiente.

Así el valorismo adquirió jerarquía normativa en ciertas legislaciones, en épocas de graves crisis económicas. Se procuraba, de esta manera, poner coto a una serie de situaciones aberrantes que se suscitaban en plena posguerra. Pero, sin embargo, su irrupción en el terreno legislativo tuvo carácter excepcional, pues una vez superado el problema que dio origen a los fenómenos hiperinflacionarios sufridos, merced a planificaciones celosamente cumplidas, se retornó al nominalismo antes imperante.

El fenómeno que relatan es muy distinto al que se ha presentado en los países latinoamericanos, que han terminado consagrando total o parcialmente el sistema valorista. En ellos la inflación aparece como un mal crónico, difícilmente superable a corto o mediano plazo, y que debe ser contemplado en cuanto a sus proyecciones jurídicas se refiere. Y el legislador no quiso permanecer al margen de la realidad y reguló normativamente las incidencias de la inflación en la vida económica.

Puede decirse sin vacilaciones que, con las leyes de actualización dictadas en Brasil, Uruguay y Chile, el valorismo ha tenido acogida legislativa con proyecciones de permanencia y no como un régimen excepcional. La doctrina del valor de cambio armoniza mejor con la voluntad de las partes en el momento de contratar, ya que las mismas, lejos de pretender una suma nominal, procuran adquirir un valor que represente cierto poder adquisitivo.

Sin embargo, autorizadas voces se han levantado contra esta tesis, esgrimiendo distintos argumentos, dentro de los que destacan los siguientes:

a) Suele decirse que el valorismo no sólo no ataca a la enfermedad, sino que además se convierte en "un factor autónomo agilizante del mal", toda vez que genera "inflación de arrastre" durante el tiempo que se mantengan las causas generadoras; a lo que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos explican que el valorismo no pretende atacar las causas de la inflación, sino que representa simplemente una forma de medir el envilecimiento del signo monetario y su incidencia en las prestaciones debidas.

Además —sostienen los profesores citados— las causas que genera la inflación pueden ser atacadas por distintos medios, tales como el aumento de la producción nacional y la disminución de la emisión incon-

trolada de dinero para cubrir el creciente gasto público en cualquiera de sus manifestaciones. No creen ellos que sea justo reprochar al valorismo que omita dar soluciones a un problema que ha desvelado a ilustres economistas y del que sólo pretende enfocar algunas de sus consecuencias. No les parece razonable, tampoco, atribuir a la actualización por depreciación monetaria el efecto de ser un factor generador de nueva inflación, pues consideran que la inflación no surge sino en virtud de causas económicas, bien conocidas por todos, y solamente atacando de forma decidida las causas podrá ser superada.

b) Consagrar el valorismo judicial implicaría "institucionalizar" la inflación, aceptando dicho flagelo como mal endémico y no erradicable.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos creen que tal crítica sólo puede provenir de un enfoque erróneo del problema, pues consideran que no es factible atribuir a la tesis valorista las culpas que debemos asumir todos los ciudadanos de un país, por haber permitido que la inflación se convierta en lo que muchas veces es: un mal endémico (el ejemplo más ilustrativo es, sin duda, el de la Argentina de los años setenta y ochenta).

En opinión de los profesores citados, el falso temor de admitir legislativamente el carácter crónico de este mal presente, no se contradice con la necesidad social y económica de velar por la protección amplia del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente.

Señalan, adicionalmente, que dentro de la teoría valorista se recurre a índices de reajuste automático, tales como escalas móviles referidas al índice del costo de vida o al incremento salarial; o a bienes que soportan victoriosamente la depreciación de la moneda, tales como el oro u otros metales; o a monedas extranjeras usualmente más sólidas que la estipulada; o a mercancías cuyo valor no envilece. Por eso se ha recurrido a las más variadas cláusulas para proteger al acreedor contra la eventual depreciación de la moneda.

La cláusula valor en oro —dicen— permite al deudor pagar en billetes emitidos por el Banco Central de Reserva, pero deberá el número necesario de billetes para comprar, en el día del pago, el oro que podría haberse adquirido el día en que la deuda se originó.

La cláusula valor en moneda extranjera permite que el día en que se origina la obligación se establezca el número de unidades de moneda extranjera dura —llámese franco suizo o marco alemán— que puede ad-

quirirse con la moneda nacional, como sean necesarias para adquirir el número original de moneda dura que se utilizó como patrón comparativo.

La cláusula valor en mercaderías permite efectuar la misma operación que con una moneda extranjera dura, pero en productos. La cláusula de escala móvil, en fin, protege al deudor en función al índice del aumento del costo de vida o por referencias a los incrementos de remuneraciones.

Estas obligaciones también son analizadas por Enneccerus, Kipp y Wolff,³³ al sostener que es posible que una deuda se refiera a una cierta cantidad de piezas de una determinada especie pecuniaria, de tal suerte que esta especie tenga carácter esencial. Pero, en tal caso, no se trata de una deuda pecuniaria; o sea, de una deuda de valor, sino de una obligación genérica corriente, al considerar que, en la duda, no cabe suponer esto y en la práctica es rarísimo. Si ya no existe la especie pecuniaria prometida, la prestación de semejante obligación genérica (en el sentido indicado) resulta imposible.

Agregan Enneccerus, Kipp y Wolff que si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en una determinada especie, como se hace con frecuencia añadiendo la palabra "efectivo" a la denominación de la especie pecuniaria, deberá interpretarse, sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido.

Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad. Por tanto, si al tiempo del pago esa determinada especie monetaria no se halla ya en circulación; o sea, si por ello ya no es representación del valor, no tendrá que prestarse ni aceptarse el pago en una especie monetaria, sino en dinero en curso en ese momento, exactamente igual que si no se hubiera determinado la especie monetaria.

Así lo dice expresamente el numeral 235 del Código Civil alemán, pero aun sin esta disposición resultaría lo mismo de la esencia de la deuda pecuniaria.

2. EL CASO PERUANO

¿Pero cuál ha sido el tratamiento legal de esta materia en el Perú?

33 Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; y Wolff, Martin, *op. cit.*, nota 24, t. II, vol. I, p. 37.

El Código Civil de 1852 se aparta, en su artículo 1817, de su modelo francés, y adopta la teoría valorista al disponer lo siguiente:

Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuario está obligado a devolver, en moneda corriente, el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo.

Cincuenta años después, el Código de Comercio del Perú reiteró el principio valorista en su artículo 307, al establecer que

Consistiendo el préstamo en moneda legal o corriente, pagará el deudor devolviendo en moneda legal y corriente una cantidad igual a la recibida; salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que haya de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que experimentare su valor, será en daño o en beneficio del prestador.

Conviene observar, sin embargo, que la norma del Código Civil de 1852 se instaló en el título sobre el contrato de mutuo, y que el artículo 307 del Código de Comercio se refiere al préstamo mercantil. Como no sólo en los contratos de mutuo o préstamo mercantil existe el desplazamiento diferido de sumas de dinero, cabía una duda de interpretación: o el legislador aplicaba privativamente esos preceptos a los contratos de mutuo y a los préstamos mercantiles, o ellos irradiaban a toda la legislación peruana.

Problema similar se suscitó al promulgarse el Código Civil de 1936. El legislador estableció en el título del pago —artículo 1249— las normas relativas a las obligaciones en moneda extranjera, a las que luego nos referiremos. Pero insistió en consignar en el título del mutuo —artículo 1581— reglas referentes al pago de sumas de dinero.

Tanto el texto como la ubicación del artículo 1581 citado, eran inadecuados.

Esto llevó —a mediados de los años setenta— al doctor Eduardo Olaechea du Bois³⁴ a afirmar lo siguiente:

En todo caso, el análisis comparativo de los textos pertinentes del Código derogado [el de 1852] y del vigente [de 1936] permite extraer una conclusión singular: ni la ley anterior tenía consecuencias totalmente valoristas, ni la ley actual es completamente nominalista.

34 Olaechea du Bois, Eduardo, *Inflación y derecho*, Lima, 1975, pp. 59-62.

En efecto, el artículo 1817 del Código anterior, no obstante su pronunciada inclinación valorista, en la práctica no tenía los resultados que generalmente se buscan al pactar la 'cláusula oro' o 'valor oro', porque establecía simplemente que si se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si sufría alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, el mutuuario estaba obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo.

Según se sabe, el objeto de la cláusula oro, u otra semejante, es precaverse de las depreciaciones monetarias pactando la devolución, en moneda circulante, del valor actual, del oro o la especie pactada, esto es el día del pago.

Paradójicamente, el Código Civil vigente [el de 1936] que adopta francamente el sistema nominalista en su artículo 1581, siguiendo a la Ley número 7526 sobre curso forzoso, permite la cláusula valorista 'moneda extranjera' en su artículo 1249, conforme al cual la deuda en moneda extranjera se paga en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago.

Según hemos visto, esta regla obedece a las exigencias del comercio internacional que están fuera del control de las disposiciones de orden público de la ley nacional. Si este artículo se pronunciase en el sentido de que el tipo de cambio para el pago de deudas en moneda extranjera debe ser el del día en que se contrajo la obligación, hace mucho tiempo que estaríamos segregados del comercio internacional. Esta disposición es pues necesariamente de carácter valorista.

Recordemos además, que el Código vigente [de 1936] acepta la tesis valorista, en su artículo 1501, al permitir el pago de la merced conductiva en frutos ya cosechados o no en el predio arrendado.

Sería consecuencia natural de la adopción del sistema valorista determinar por ejemplo sus proyecciones en materia comercial, tratándose no solamente ya de los préstamos y otros contratos de similares consecuencias, sino de la capitalización de las empresas, la revaluación de los activos, la formulación de los balances y, desde luego, la consiguiente repercusión de todo ello en el ámbito impositivo; puesto que como muy bien se ha señalado, fueron precisamente exigencias de orden fiscal, que por convenir a los intereses del Estado, determinaron la introducción disimulada de la teoría valorista en las modernas legislaciones tributarias.

La adopción del sistema valorista que postulo, ciertamente, no constituye la solución al problema de la depreciación monetaria. Únicamente tiende a mitigar sus consecuencias en la vida contractual. Sin embargo, el problema de la moneda sana no presenta dificultades teóricas insalvables y es posible renunciar a hacer inflación; pero ¿cómo renunciar a las nacionalizaciones: cómo renunciar a las grandes empresas administradas por el Estado: cómo renunciar, en suma, a las grandes obras públicas que perpetuarán la memoria de sus nobles inspiradores?

En el fondo la causa de todos los dramas de la inflación reside en que hay agentes económicos —públicos o privados— que consiguen gastar más

de lo que tienen, es decir obteniendo un poder de compra que no ha sido adquirido previamente mediante una oferta de igual valor en el mercado.

Es muy importante que en nuestra época, en que tratan de implantarse nuevos regímenes económicos, se explique por medio de qué reglas pueden establecerse y mantenerse dichos sistemas y sepamos cuáles van a ser sus consecuencias en el terreno jurídico. Toda revolución social conlleva necesariamente una revolución jurídica, sin lo cual sería a lo más una simple perturbación de carácter político.

Montesquieu, a quien he citado al iniciar mi exposición, por boca de uno de los personajes de las *Cartas Persas* dice: 'sólo me atrevería a tocar la ley con mano trémula'. Me consta que es muy fácil recusar mi pobre autoridad para proponer enmiendas al Código. Tarea de tal envergadura corresponde a la Comisión Revisora del Código Civil, pero estimo que cuando menos debería contemplarse con motivo de la reforma unificar las disposiciones que tratan del pago en moneda extranjera con las que se refieren al pago en moneda nacional, adecuándolas al sistema valorista del dinero más acorde que el nominalista con la realidad presente.

La caducidad de los preceptos de la ley positiva se manifiesta en el primer síntoma de bifurcación entre lo legal y lo justo. Los Códigos cristalizan los cambios espontáneos de la realidad social y económica. Cuando se promulgó el Código Civil de 1936, la adopción del sistema nominalista obedeció a situaciones específicas perfectamente determinadas entonces. El sistema valorista, entronizado casi un siglo antes, tuvo que inclinarse necesariamente ante los hechos. En la etapa de la posguerra, y especialmente durante la Gran Depresión, los prestamistas agobiaron sin piedad a quienes imprudentemente contraían —o habían contraído— deudas valutarías. Las realizaciones del derecho interpretan el interés general como una tendencia dirigida hacia la justicia —antes como ahora— tanto en 1852 como en 1936, y en la fecha en que se promulgue un nuevo código o se dicte una nueva ley. Los conceptos de nominalismo y valorismo técnicamente serán siempre los mismos; lo que varía son los requerimientos del cuerpo social. Una nueva necesidad cancela la anterior.

La realidad económica actual en el Perú —en el mundo— es enteramente distinta a la que primaba en la década posterior a 1930. Son hoy los bancos, las instituciones financieras públicas y privadas, y hasta el propio Estado, los que tienen en su poder el dinero del público, es decir 'los grandes prestamistas' que se benefician con la depreciación monetaria. Los perjudicados son los económicamente débiles que ven constantemente recortados sus ahorros, sus ingresos o sus economías. Un imperativo de justicia clama por corregir esta situación.

Si analizamos conjuntamente el artículo 1581 del Código Civil peruano de 1936 con el artículo 1584 del propio Código, comprobamos que él consagraba en forma poco clara e imprecisa la tesis nominalista.

En efecto, el artículo 1581 establecía que: “el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal”. Y el artículo 1584 agregaba: “es nulo el contrato de mutuo en que se supone percibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su cantidad y circunstancias”.

La ubicación del artículo 1581 también ofrecía dificultades. En primer lugar, las obligaciones de dar sumas de dinero no son privativas del contrato de mutuo y, segundo, el lugar en el que se situó el precepto determinó que pudiera haberse interpretado que la ley peruana —basándose en la autonomía de la voluntad— permitía la adopción del principio valorista en todas las obligaciones de dar sumas de dinero, excepto en el contrato de mutuo.

Difícil tarea tuvo la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al actual de 1984, para dilucidar cuestión tan delicada. ¿Convenía —nos preguntábamos— volver al principio valorista del Código de 1852 o debía mantenerse el principio nominalista del Código Civil de 1936? ¿Era correcta la ubicación de los preceptos en el contrato de mutuo, o más bien ellos debían consignarse conjuntamente con las reglas sobre el pago?

Ante estas tesis contrapuestas —nominalismo y valorismo— debe reconocerse que la posición nominalista se inspira en el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal que se encuentra profundamente arraigado en la conciencia colectiva. Incluso, la Constitución del Estado de 1979 encomendaba expresamente al Banco Central de Reserva del Perú la defensa de la estabilidad monetaria. Este precepto ha sido reiterado por la Constitución de 1993, en el segundo párrafo del artículo 84 del capítulo V, referido a la moneda y banca.

Por otro lado, la posición nominalista recoge el principio de que las leyes monetarias son de orden público, que el valor de la moneda debe ser fijado por la ley y que su poder liberatorio, salvo autorización expresa de la propia ley, no debe estar sujeto a pactos entre particulares, que en definitiva pueden contribuir a deteriorar su valor.

Explicaba el doctor Manuel Augusto Olaechea —autor del proyecto del libro quinto del Código Civil de 1936— que la razón jurídica que sustenta la tesis nominalista radica en el hecho de que el Estado es el señor efectivo del tráfico monetario, que la moneda es una expresión estatal y que el derecho del Estado para regularla ha sido siempre indiscutible.

Agregaba Olaechea que ningún gobierno declara por placer la desvalorización de la moneda, sino que ello ocurre por causa de calamidades de orden financiero. Razones de solidaridad —añadía— están por encima de todas las voluntades y determinan que tales devaluaciones deban soportarse y que nadie pueda sustraerse a ellas.

Por otra parte, se cuestiona la fórmula valorista alegando que la actualización de una deuda pecuniaria no siempre conduce a situaciones equitativas y que, ante las depreciaciones o devaluaciones de la moneda, son las clases necesitadas quienes más sufren.

En este orden de ideas, también se afirma que no parece razonable adoptar fórmulas jurídicas que, como el sistema valorista, podrían abrir las puertas para que de modo irrestricto se haga recaer todo el peso de la depreciación o devaluación de la moneda en los más débiles.

Finalmente, se dice que la adopción del sistema valorista podría conducir a extremos peligrosos, pues deudores inexpertos pueden quedar a merced de agiotistas despiadados y que, por lo tanto, no resulta aconsejable consagrar una norma que reconozca permanencia perenne al problema inflacionario.

La tesis nominalista, sin embargo, adolece de serias imperfecciones. Puede aducirse válidamente, a favor de la teoría valorista, que el nominalismo se presenta indiferente ante el caos de los signos fiduciarios; que el legislador puede atribuir a su moneda un valor legal, pero que no puede, en ningún caso, otorgarle un valor económico por encima de la realidad; y que, en consecuencia, no es admisible obligar al acreedor a recibir monedas por el nombre que les da el Estado y no por su esencia.

Se tuvo en consideración los aspectos positivos y negativos de ambas teorías, y fue el Código Civil de 1984 el que optó, en su artículo 1234, por mantener el principio nominalista, al establecer 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”.

Sin embargo, a diferencia del Código anterior de 1936, admitió en el artículo 1235 la tesis valorista, al prescribir en su primer párrafo lo siguiente:

No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices 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.

Cabe recordar —por lo demás— que la consagración del valorismo como norma legislativa —con rango de ley— tenía gran importancia a principios de la década de los ochenta —precisamente cuando se estaba en la etapa final de elaboración de lo que más tarde sería el Código Civil de 1984—. Acababa de concluir un periodo muy difícil, lleno de restricciones a las operaciones con monedas extranjeras, que fue precisamente lo que ocurrió durante el último Gobierno militar, en especial en la denominada “primera fase” de Juan Velasco Alvarado (1968-1975), en la que habían penas de multa —altísimas— y hasta prisión por la simple tenencia de moneda extranjera.

Con estas reflexiones queremos señalar que se contemplaron las normas de carácter valorista con la finalidad de liberalizar la economía del país y de encasillar a cualquier gobierno futuro —que tuviera pretensiones intervencionistas—, a fin de que si quisiera prohibir o restringir la celebración de contratos que generaran obligaciones en monedas extranjeras, se viera obligado a hacerlo a través de ley específica o de su equivalente en rango normativo (decretos legislativos).

Se observa pues que el Código permite como regla de excepción que las partes puedan acordar mantener en valor constante el monto de las deudas contraídas en moneda nacional. Ello se justificaría, por ejemplo, en aquellos casos en los que el deudor de la obligación de dar sumas de dinero recibiera, como contraprestación, bienes cuyo ritmo de depreciación es muy lento, o que mantienen su valor intrínseco o que, inclusive, se revalúan.

Está claro, en esta hipótesis, que la entrega diferida del mismo número de unidades de moneda nacional que el pactado, en una economía envilecida por la inflación, conduciría necesariamente a graves desequilibrios e injusticias, y que el acreedor se hallaría desamparado y sufriría un empobrecimiento frente al enriquecimiento del deudor. Todo ello obligaba a la intervención del legislador para buscar los correctivos necesarios.

Conviene aclarar que los dos últimos párrafos del artículo 1235 citado tienen el mismo propósito de proteger al acreedor. Ellos establecen que el pago de deudas —cuando se ha pactado el valorismo— se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación. Se añade que si el deudor retrasa el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea

pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago.

El acreedor tiene, pues, el derecho a que se le pague en valores constantes al día del vencimiento de la obligación. Pero si el deudor retrasa el pago y pretende, a pesar del atraso, pagar con el valor del día del vencimiento, parece evidente que en una economía inflacionaria se le causaría un grave perjuicio al acreedor. Por ello, para estos casos la ley prevé que el acreedor pueda exigir el pago, bien al valor del día del vencimiento de la obligación o bien al valor del día en que efectivamente se verifique dicho pago.

Por último, el artículo 1236 —hoy modificado por el Código Procesal Civil de 1993— establece la regla valorista como principio, y la regla nominalista como excepción. En efecto, esta norma prescribe que:

Quando 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 diferente o pacto en contrario. El juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada.

Vale la pena precisar que el Código Civil no prevé la misma regla para el caso de la indemnización por responsabilidad extracontractual. En esta hipótesis exige el pago de intereses legales desde el día en que se causó el daño (artículo 1985).

Vemos pues cómo el Código Civil peruano establece el principio nominalista para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional, admitiendo el pacto valorista en contrario. Pero, para la restitución de una prestación, de su valor o de una pretensión dineraria adopta la regla valorista, admitiendo el pacto en contrario nominalista.

Conviene puntualizar que la solución que propone el Código Civil de 1984 recoge la experiencia derivada de la aplicación de la Ley número 23327 —promulgada el 24 de noviembre de 1981— de inspiración valorista, que autorizaba a las partes a convenir por escrito que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, fuese referido al índice correspondien-

te de reajuste de las deudas que fijara el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determinase.

No obstante, la regla del nuevo Código Civil tiene un campo de aplicación sustancialmente más amplio que el contemplado por la Ley número 23327, pues comprende, en general, las obligaciones de dar sumas de dinero y no tan sólo las derivadas del mutuo.

El Código, al adoptar como regla general la posición nominalista y las soluciones previstas para el pago de las obligaciones en moneda extranjera —a las que inmediatamente se alude—, ha tenido en cuenta que rigen en el Perú las leyes del curso legal y del curso forzoso.

Por la primera, el deudor se libera de la obligación efectuando el pago en signos monetarios de circulación corriente. Por la segunda, el instituto emisor queda autorizado a no reembolsar su valor en oro. Ambos principios se encuentran consagrados por el artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley número 26123, promulgado el 29 de diciembre de 1992.

Según el artículo 43, “los billetes y monedas que el Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del país y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada”.

Hasta aquí hemos analizado fundamentalmente los casos en que la moneda nacional está tanto *in obligatione* como *in solutione*. En efecto, el deudor se obliga ante el acreedor a pagar moneda nacional y, el día del pago, lo realiza en moneda nacional, aunque sea mayor el número de unidades en caso de que las partes hubieran optado por el valorismo.

La situación es distinta cuando no es moneda nacional, sino extranjera, la que está *in obligatione*. El artículo 1237 del Código Civil, al regular las obligaciones en moneda extranjera, restringe dichos pactos a los casos no prohibidos por leyes especiales.

Parece evidente que el tráfico internacional, fundamentalmente, y situaciones singulares que determinan la posibilidad de que se concierten obligaciones en moneda extranjera en el territorio de la República exigen legislar sobre las transacciones permitidas por la ley en estas monedas.

Se ha expresado que cuando la deuda originaria se ha contraído en moneda extranjera, ella está *in obligatione*. Entonces el deudor, para satisfacer su crédito, tiene la obligación de pagar el mismo número de unidades de esa moneda extranjera que lo originalmente pactado o, aco-

giéndose al curso legal de la moneda nacional y al propio artículo 1237 del Código Civil, un número tal de unidades de esta moneda, que permita al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el estipulado.

El pago en moneda nacional por el deudor constituye una obligación facultativa; él está *in facultate solutionis*. El día del vencimiento de la obligación, cuando el deudor debe efectuar el pago, puede optar por la entrega de moneda nacional —que está *in facultate solutionis*— al tipo de cambio de venta de ese día.

La entrega de moneda nacional, al día del vencimiento de la obligación, al tipo de cambio de venta de ese día de la moneda extranjera estipulada, permite al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido.

Puede ocurrir, sin embargo, que el deudor, no obstante retrasarse en el pago, desee efectuarlo en moneda nacional. Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera pactada en el contrato y estuviera sometida a sucesivas devaluaciones, de mantenerse sólo la segunda parte del artículo 1237 que permite al deudor pagar la obligación en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del vencimiento, se presentarían flagrantes injusticias. El deudor podría extinguir la obligación entregando moneda nacional a un tipo de cambio histórico —el del día de vencimiento de la obligación—, que no permitiría al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido. El perjuicio sería evidente.

Por ello, el precepto se completa con la tercera parte, que establece una obligación alternativa a favor del acreedor para el caso de que el deudor retrase el pago y desee verificarlo en moneda nacional. En esta hipótesis el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o al que rija el día del pago.

Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera estipulada en el contrato, el acreedor exigirá su equivalente en moneda nacional de acuerdo con el tipo de cambio de venta que se encuentre vigente el día en que se efectúe el pago. Esto permitirá al acreedor proveerse de igual número de unidades de moneda extranjera que aquél que debió recibir.

Cabe recordar que el precepto concede al acreedor, para estos casos, otra opción, que sólo ejercerá cuando la moneda nacional sea más sólida que la moneda extranjera pactada.

El acreedor podría exigir el pago en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, esto es, la entrega del mismo número de unidades de moneda nacional que el deudor —en caso que no hubiera retardado el pago y, por tanto, de haber cumplido su obligación— habría debido o bien desembolsar para adquirir la moneda extranjera pactada, o bien entregar en pago al acreedor.

Es verdad que en esta hipótesis podría aducirse que el acreedor tendría la posibilidad de adquirir mayor número de unidades de moneda extranjera que el debido; pero también es cierto que el acreedor recibiría el número de unidades de moneda nacional que debieron pagarle o que pudo adquirir, si la obligación se hubiera cumplido puntualmente. Y, por su parte, el deudor sólo estaría entregando el mismo número de unidades de moneda nacional que debió pagar si hubiera cumplido fielmente su obligación el día de su vencimiento.

Es preciso aclarar aquí que el artículo 1 del Decreto Ley número 25878 del 26 de noviembre de 1992, que modifica el artículo 1237 del Código Civil, permite pactar el pago obligatorio de una deuda en moneda extranjera en la misma moneda extranjera estipulada en el contrato, con independencia de la moneda nacional, derogando parcialmente, al paso, las leyes del curso legal y del curso forzoso.

Lo expuesto nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

1) Que es adecuado el principio nominalista admitido como regla general por el Código Civil peruano de 1984, para el pago de las deudas de dinero en moneda nacional. Pero que también se encuentra plenamente justificado que las partes puedan pactar lo contrario optando por la tesis valorista.

2) Que es conforme la regla del Código que prescribe que la restitución de una prestación, de su valor o de una pretensión dineraria, se calcule al que tenga el día del pago, salvo pacto en contra. En estos casos se justifica plenamente el principio valorista, pudiendo las partes estipular la tesis nominalista.

3) Las obligaciones en moneda extranjera tienen en el Código de 1984 un tratamiento distinto y plenamente conforme a su naturaleza jurídica. Ellas se solucionan cuando el deudor paga en la moneda extranjera pactada o, en su defecto, en moneda nacional al tipo de cambio de

venta de la moneda extranjera el día del vencimiento de la obligación o el día del pago, salvo el pacto en contra que permite exigir el pago en la misma moneda extranjera estipulada.

A continuación analizamos detalladamente cada una de las normas que el Código Civil peruano contempla sobre el particular.

CAPÍTULO II

PAGO DE OBLIGACIÓN CONTRAÍDA EN MONEDA NACIONAL

1. ARTÍCULO 1234

“El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado”.

2. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1234

El Proyecto de Código Civil del doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, consignaba en el título 11, del contrato de mutuo, el artículo 4 que establecía que “el pago del dinero recibido, se hará también en dinero”.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 disponía, en su artículo 1256, que “la obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago”.

Por otra parte, el Código Civil de 1852 regulaba el tema en su artículo 1817:

Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuuario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo.

Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuuario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar.

El Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en diversas normas, entre ellas los artículos:

1496: Cuando la obligación tiene por objeto dar, entregar o pagar, por cualquier título, cantidad determinada de monedas metálicas que tienen curso legal en la República, debe el deudor entregar igual número de monedas de la especie designada, sin atender al valor que tengan en el mercado, ni al alza o baja del cambio sobre plazas extranjeras, salvo estipulación diversa o contraria.

Si en la obligación se determina el valor de las monedas metálicas que se han de dar, entregar o pagar, por su relación con otras monedas nacionales o extranjeras, debe el deudor entregar, en monedas de la especie designada en la obligación, el valor que se haya determinado, aunque resulte mayor o menor cantidad numérica de dichas monedas.

En los dos casos anteriores, si al tiempo en que deben entregarse las monedas, no hay, o no tienen curso legal en el mercado, las determinadas en la obligación, cumple el deudor, dando en moneda metálica usual y corriente, el valor que las que debe entregar, tenían al tiempo de contraer la obligación.

1497: Cuando el que debe dinero, incurre en mora, y al tiempo en que cumple la obligación, voluntariamente o por orden judicial, ha cambiado el valor de la moneda, si éste es menor que el que aquella tenía al vencimiento del plazo estipulado, debe pagar la diferencia, aunque a ello no se haya obligado expresamente; y, si el valor de la moneda es mayor, no se aprovecha del exceso el deudor moroso.

1498: En las obligaciones de entregar cantidad de dinero, los perjuicios que causa la demora, se reparan con los intereses estipulados, y en su defecto, con el interés legal por todo el tiempo que aquella dura; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a perjuicios.

Cuando la deuda es ilíquida no se deben intereses; pero practicada la liquidación, corren éstos desde el día en que se entabla demanda por la suma que ha resultado de la liquidación.

El interés legal es de seis por ciento al año, y rige sólo en el caso de que sobre réditos no haya convenio expreso.

1499: Cuando la obligación es de dar, entregar o pagar cantidad de dinero, no designado por la especie o valor de las monedas, sino por los términos 'dinero corriente' o 'moneda corriente', cumple el deudor, entregando la misma cantidad numérica en la moneda que circule al vencimiento de la obligación, sea cual fuere su valor en plaza.

El primer anteproyecto de libro quinto, elaborado por el doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regía la materia en su artículo 1817: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso

legal en el Perú"; en tanto que el segundo **anteproyecto de libro quinto** de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en el **numeral 664**: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú". El **proyecto de Código Civil** de la Comisión Reformadora, de 1936, en el numeral 1564: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal"; y el Código Civil de 1936 en el artículo 1581: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal", modificado por la Ley número 23327 del 24 de noviembre de 1981, que quedó con la siguiente redacción:

El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal. Las partes podrán convenir, por escrito, que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, sea referido al índice de reajuste de deudas correspondiente que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determine.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago.

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la alternativa de la ponencia del doctor Jorge Vega García, del año 1973, no trataba sobre el particular.

El anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, sí lo hacía en su artículo 101:

El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquélla que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley.

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1255:

El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. Si la moneda nacional se pusiera fuera de curso, el pago se verificará en aquélla que tenga curso legal el día del pago, por el monto nominal equivalente a dicha moneda nacional a la fecha en que fue puesta fuera de curso y de acuerdo al factor de conversión que establezca la ley.

Finalmente, el proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1202: "el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado".

3. FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Coinciden con el artículo 1234 del Código Civil peruano, entre otros, los Códigos Civiles portorriqueño de 1930 (artículo 1124, primer párrafo), panameño (artículo 1057, primer párrafo), hondureño (artículo 1435, primer párrafo), costarricense de 1888 (artículo 711), boliviano de 1976 (artículo 404), paraguayo de 1987 (artículo 474 — que consagra también el principio nominalista—), el Proyecto de Código Civil brasileño de 1975 (artículo 313), español (artículo 1170, primer párrafo), helénico (artículo 291) y de la República de China de 1930 (artículo 201).

Por su parte, el Código Civil etíope dispone en su artículo 1749 que el pago de una deuda que tiene por objeto una suma de dinero se hace en moneda nacional. La suma de dinero debida por una de las partes puede estar referida contractualmente al precio de materias primas, mercancías o servicios, o a cualquier índice de valor determinable.

El Código helénico (artículo 292) prevé que cuando el deudor de una suma de dinero en moneda extranjera se retrasa en el pago, son aplicables las mismas reglas de inejecución. Sin embargo, si ante la mora del acreedor ocurre un alza de la moneda extranjera, ésta no se carga al deudor.

4. ANÁLISIS

Establece el artículo 1234 del Código Civil dos reglas a seguir en el momento del pago de una deuda dineraria contraída en moneda nacional.

La primera dispone que la ejecución de la prestación deberá necesariamente efectuarse en moneda nacional; en tanto que la segunda regla consagra el principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

De este modo, conforme reza el nominalismo, al momento del pago se tomará en cuenta únicamente el monto nominal de dicha moneda, pactado al momento en que se contrajo la obligación. En este caso, en el momento en que se celebró el contrato.

Vale decir que el deudor cumplirá entregando al acreedor una suma de dinero en idéntica cantidad a la que se obligó, independientemente de las fluctuaciones que aquélla (la suma de dinero nominalmente pactada) pueda sufrir desde el momento en que fue contraída la obligación, hasta el tiempo del pago.

Así, de acuerdo al principio nominalista, si "A" se obliga frente a "B" por la suma de cien nuevos soles, al momento en que deba ejecutar su prestación deberá entregar única y exclusivamente esos cien nuevos soles pactados (monto nominal), aunque el valor de estos (que se mide según el poder adquisitivo), en el momento del pago, sea absolutamente distinto a aquél que tenían al momento en que se contrajo la obligación.

Mucho se ha discutido acerca de las bondades o perjuicios de la asunción de ese principio para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional.

Sin embargo, cabe recordar que este sistema (el nominalismo) no es el único que ha imperado en diversas latitudes y épocas. Ocurre que ha alternado su vigencia con una tesis sustancialmente opuesta, el valorismo, según la cual al contraerse una obligación dineraria en moneda nacional será indiferente el monto nominal de dicha obligación, y lo que importará será el valor que representa dicho monto, que deberá conservarse intacto hasta el momento en que aquélla sea ejecutada.

En nuestro país ha regido el principio nominalista desde el Código Civil de 1936. Cabe señalar que durante los años en que el Perú experimentó la más cruel hiperinflación de su historia, entre 1987 y 1990, se debatió ampliamente acerca de la conveniencia de variar dicha tesis (adoptar el valorismo) como regla general en el régimen peruano. Sin embargo, tales planteamientos nunca se tradujeron en el campo legislativo.

El Código Civil de 1852, en opinión de la mayoría de comentaristas peruanos, recogía el principio valorista. Sin embargo, uno de los autores de este tratado, en una obra anterior,³⁵ sostuvo que en el Perú nunca rigió el principio valorista. Se justifica esta posición —aunque admitimos la posibilidad de sostener argumentos en contra— en la naturaleza del sistema monetario existente en el Perú durante la vigencia de dicho Código, expuesta detalladamente por el doctor Ángel Gustavo Cornejo,³⁶ con argumentos que transcribimos a continuación:

El régimen de las obligaciones en dinero en el Código anterior [se refiere al Código Civil peruano de 1852].

Al promulgarse el Código de 1852 circulaban en el Perú distintas clases de monedas de oro y plata, y esto explica por qué los legisladores de entonces se apartaron en esta materia del criterio del Código de Napoleón, estableciendo en el artículo 1817 que 'cuando se prestó moneda de oro y plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuuario está obligado a devolver, en moneda corriente, el mismo valor de aquellas al tiempo del mutuo'. 'Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuuario con satisfacer con la que esté circulando en el lugar donde se debe pagar'.

Se ha interpretado esta disposición del Código derogado como valorista, en oposición al sistema nominalista que implantó el Código de Napoleón, entendiéndose además que era aplicable únicamente a las deudas contraídas en moneda nacional. Otros han entendido que el artículo 1817 establecía simultáneamente el nominalismo y el valorismo para el pago de las deudas en dinero.

Si nos atuviéramos a la letra del artículo, podría sostenerse más bien que se refiere a las deudas en moneda extranjera, porque sólo ellas pueden ser objeto de cambio, en el sentido estricto de este concepto. Pero como en 1852 circulaban en el Perú las antiguas monedas españolas, los pesos bolivianos y los soles nacionales, cada uno de cuyos signos tenía distinta denominación y diverso valor intrínseco en razón de la cantidad de plata u oro que contenían, se establecía necesariamente una relación de equivalencia entre unas y otras que puede, con toda propiedad, considerarse como valor en cambio. Esto explica la razón y el sentido del artículo 1817, que respondía con justicia a la realidad económica del momento. El que hacía un préstamo

35 Castillo Freyre, Mario, "El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta", Para leer el Código Civil, vol. XIV, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 55.

36 Cornejo, Ángel Gustavo, *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*, t. II, vol. I, Lima, Perú, 1938, pp. 115-122.

en lo que por entonces se llamaba pesos fuertes que eran las monedas españolas que quedaron en circulación después de la independencia, estipulando que debía devolverse la cantidad mutuada en la misma especie y calidad de moneda, quedaba obligado a satisfacer su deuda en las mismas piezas del sistema español o sea en los llamados pesos fuertes. Si el préstamo se hacía en moneda boliviana o en soles peruanos, el pago debería hacerse en la misma especie o calidad de la moneda prestada. Los pesos fuertes se cotizaban, vale decir, tenían como valor en cambio, ocho reales; si este valor se alteraba o si los pesos fuertes habían dejado de circular, el mutuuario debía satisfacer su deuda en la moneda corriente al tiempo del pago, dando un valor igual al que los pesos fuertes tenían el día en que se constituyó la deuda. Lo mismo, y con mayor razón, debía ocurrir si el préstamo se hubiera hecho en moneda de oro que entonces eran las onzas oro del sistema monetario colonial.

La disposición legislativa significaba, pues, una aplicación concreta y clara de la teoría valorista. Las deudas en moneda se constituían como deudas de valor, y no podían extinguirse sino cubriendo en la moneda del contrato o en la moneda del pago el mismo valor recibido. El valor de la moneda en estos casos no puede determinarse sino por la cantidad de metal fino en ellas contenido.

La segunda parte del artículo 1817 que se ha tenido como una excepción al principio valorista, en favor de la teoría nominalista, en cuanto permitía satisfacer una deuda de dinero en los signos monetarios circulantes en el lugar del pago cuando no se estipuló que éste debía hacerse en la misma clase de moneda, resultaba prácticamente ineficaz. El principio del nominalismo se basa, a nuestro entender, en una circunstancia de hecho: la idéntica denominación entre la moneda antigua que ha salido de la circulación, que figure como moneda en el contrato; y la nueva moneda, de mayor o menor valor intrínseco, dotado de valor cancelatorio por tal ley. En Francia, el franco ha tenido en las distintas etapas de su historia económica diversos valores y a virtud del nominalismo que inspira su legislación, se ha entendido que en todo caso un franco es igual a un franco. Esto no podía ocurrir entre nosotros a mediados del siglo pasado. Las monedas españolas en circulación, llamadas godos o pesos fuertes, las monedas bolivianas que también se infiltraron en nuestro mercado (corbatones), no tenían ni el mismo valor intrínseco ni la misma denominación que los soles de plata creados por la República. El nominalismo en rigor de concepto, no podía funcionar. La paridad de las monedas excluidas de la circulación y de las circulantes, no podía tener por base sino el número. Una deuda de 1,000 pesos fuertes o de 1,000 bolivianos, habría de pagarse, dando una interpretación literal al artículo 1817, con igual número de soles peruanos. La inequidad de esta solución hizo inoperante el principio nominalista que se considera consagrado en la segunda parte de este artículo. La disposición legislativa adquirió eficacia práctica desde el 14 de febrero de 1863 en que se establece en el país un verdadero sistema monetario bimetalista con el sol oro y el sol plata

como unidades básicas y en la proporción de 1 a 20. Establecida una realidad monetaria definida y precisa, la ley podía actuar sobre ella en toda su extensión y con eficacia. El que hacía un préstamo en soles de oro estableciendo que el pago debía hacerse en la misma especie y calidad de moneda no podía liberarse entregando soles de plata. Pero si no se hacía esta especificación, si por acaso el sol de oro dejaba de circular, como ocurrió poco después, la deuda quedaba cancelada entregando 20 soles de plata por cada sol de oro.

Distinto camino han seguido países en los que también se han producido procesos inflacionarios de magnitud considerable. Por ejemplo, Argentina, nación en la que durante los últimos años la legislación ha oscilado entre uno y otro criterio. Hoy en día en la Argentina rige el principio nominalista, en virtud de la llamada Ley de Convertibilidad del Austral (número 23,928), promulgada por el Gobierno del presidente Carlos Menem, dentro del llamado Plan Cavallo (del ministro de Economía Domingo Cavallo), y que entró en vigor el 1 de abril de 1991.

El artículo 7 de esta ley plantea una norma similar a la de nuestro artículo 1234, prescribiendo lo siguiente:

El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al día 1 del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y no serán aplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto.

Por nuestra parte, debemos reiterar que somos partidarios, en principio, del sistema nominalista, pues es el que tiende a una mayor estabilización de la economía en una sociedad. Creemos que la vigencia y permanencia del principio nominalista en nuestro país, a pesar de la catástrofe de los años 1987 a 1990, demuestra la solidez y bondades del mismo. No olvidemos, por lo demás, que si bien el nominalismo es la regla dentro del régimen peruano sobre las obligaciones dinerarias, las partes han tenido y tienen la libertad de establecer excepciones al mismo, especialmente en virtud de lo prescrito por los artículos 1235 y 1236 del Código Civil.

El principio nominalista fue objeto, sobre todo durante el periodo aludido en que el fenómeno hiperinflacionario dejaba sentir sus efectos,

de críticas, a nuestro entender excesivas. Prueba de ello son las opiniones de los entonces alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros del grupo de investigación de la revista *Thémis*, José Alfredo Jiménez, Alberto Rebaza y Verónica Zavala, quienes, en un artículo, sostenían lo siguiente:³⁷

Nuestra legislación civil, como la mayoría de las latinoamericanas, ha consagrado en el artículo 1234 del Código Civil la teoría nominalista. Ello implica una negación al hecho cotidiano de la inflación, impidiendo tanto la posibilidad de la indexación como la de revalorizar las deudas contraídas en moneda nacional.

La tesis nominalista se inspira, a decir del legislador, en 'el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal profundamente arraigado en la conciencia colectiva' y consiste en que el deudor se obliga a entregar un número determinado de unidades monetarias, cuyo poder adquisitivo es irrelevante respecto de la obligación contraída. Es decir, si se ha pactado un pago de 100 unidades monetarias, el deudor se libera mediante el pago de éstas; la deuda pecuniaria por tanto es tratada como si fuera una obligación genérica y no como deuda de valor.

Sin embargo, el dinero surge para medir el valor de unas obligaciones con respecto a otras. Así Savigny consideró a la moneda como poder adquisitivo abstracto. En otras palabras, la moneda no tiene más valor que aquél que ella consigue imponer.

La tesis nominalista sostiene que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma. Esta posición, según dicha tesis, se desprende de las disposiciones del curso forzoso y del curso legal, disposiciones que en nuestro país están sancionadas por el Banco Central de Reserva. Consideramos esto un error. En todo caso el curso forzoso de la moneda refuerza su aceptación en el territorio nacional, en tanto que la ley del curso legal autoriza al Banco Central de Reserva a no reembolsar el valor de la moneda en oro.

Es posible que la teoría nominalista encontrase algún sustento cuando la moneda estaba referida a un patrón oro; pero de cualquier modo, de acuerdo a las características de nuestra actual emisión monetaria este sustento resulta inconsistente. Es importante destacar que adherirse a una tesis nominalista o valorista en épocas de estabilidad monetaria es prácticamente irrelevante. En coyunturas de inflación cero esas dos visiones convergen en un mismo resultado. Por ejemplo, si A le vende a B 100 unidades monetarias que tienen el poder adquisitivo suficiente para comprar dos canastas de productos, es irrelevante al momento del pago discutir si A le debe a B el valor de las dos canastas o si simplemente le debe 100 unidades monetarias.

37 Jiménez, J. A.; Rebaza, A.; y Zavala, V., "Indexación", *Thémis*, 2ª época, núm. 14, junio de 1989, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 76-77.

Sin embargo, el doctor Felipe Osterling señala que 'no conviene adoptar como norma permanente y general una regla destinada a confrontar situaciones que idealmente deben ser excepcionales. Por principio corresponde, pues, optar por una posición nominalista; admitiendo sin embargo, por excepción, el pacto valorista'.

Debe recordarse que la situación excepcional a que se alude va durando más de 15 años y al momento de promulgarse el Código la inflación anual ya superaba el 100%; por ello es que la tesis nominalista no debió plasmarse como principio general, pues significa atar de manos a los jueces y permitir evidentes injusticias.

No hemos afrontado el reto de legislar correctamente para épocas de grandes o pequeñas inflaciones, se ha legislado para un mundo ideal en el que no vivimos desde hace muchos años, negándonos a aceptar la realidad inflacionaria de nuestro país.

En nuestra opinión el nominalismo, como principio general, es hoy adecuado a la realidad peruana. Existen sólidos argumentos para sustentar esta tesis.

El primero es evidente: el Código Civil de 1984, después de más de diez años de vigencia, y soportando victoriosamente severas depreciaciones de la moneda nacional, en nada ha entorpecido u obstaculizado la contratación. La experiencia práctica demuestra que con la regulación de intereses, aunque ella no constituya la solución óptima, es posible superar los ocasionales escollos que generan bruscas devaluaciones. El precepto, en el que se entremezclan el derecho y la economía, fue el fruto, al generarse la reforma del Código Civil de 1936, de positivos diálogos entre los autores del proyecto del Código Civil de 1984 y los más distinguidos economistas del Banco Central de Reserva del Perú, entidad que, con autonomía constitucional, es la emisora de la moneda.

Por otra parte, el Perú vive hoy un periodo de estabilidad económica, que si bien aún no alcanza resultados de excelencia, origina cierta confianza en la solidez de la moneda. Es verdad que innumerables transacciones comerciales se efectúan en moneda extranjera, singularmente en dólares de los Estados Unidos de América, pero ello obedece a la liberalización de la economía, que permite pactar en dicha moneda, al ingrato recuerdo de descomunales devaluaciones de la moneda nacional y a la enorme afluencia de dólares en el mercado por la penosa preponderancia del tráfico ilícito de estupefacientes.

Por último, el nominalismo siempre tiene una cláusula de escape. Consiste, simple y llanamente, en pactar el valorismo, de acuerdo con la autorización que confiere el artículo 1235 del Código Civil.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 1234 del Código Civil peruano, debemos mencionar que el tratadista español Antonio Hernández Gil³⁸ señala que en la deuda de moneda específica, con el limitado alcance que actualmente puede tener, el medio de pago está constituido por la especie monetaria designada. Pero "no siendo posible entregar la especie", el medio de pago es, como en la deuda de cantidad, la moneda de curso legal (hoy curso forzoso).

La imposibilidad a que se refiere el citado autor no es la meramente subjetiva; pues el hecho de que el deudor no tenga en su patrimonio monedas de la especie designada no le permite acudir a la moneda de curso legal, sino que ha de procurarse la moneda pactada, porque la imposibilidad es enunciada por el precepto de manera objetiva y general. Por ello se precisa que no sea posible entregar la especie.

Agrega Hernández Gil que esta imposibilidad objetiva puede proceder: de la falta material de existencia, en el momento del pago, de monedas de la especie pactada (desaparecen de la circulación); de disposiciones legales que ordenan la retirada de la circulación, en cuyo caso, háyase efectuado o no materialmente la retirada, la prestación de tales monedas sería ilícita; y, en fin, tratándose de moneda extranjera, de la aplicación de normas limitativas o prohibitivas sobre circulación de divisas.

Pero aunque resulte imposible o ilícita la prestación, la consecuencia que se produce no es la extinción de la obligación y liberación del deudor, sino la subsistencia de la obligación con una modificación del medio de pago que pasa a consistir en la moneda de curso legal.

Por otra parte, comenta Hernández Gil que en la deuda de cantidad el medio de pago está constituido por la moneda de curso forzoso; puntualizando que no cabe duda que si la imposibilidad de entregar la especie da lugar al pago en moneda de curso forzoso, cuando no haya siquiera la designación de especie, el pago lógicamente habrá de efectuarse en dicha moneda.

38 Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1983, pp. 409 y 410.

5. JURISPRUDENCIA PERUANA DEL ARTÍCULO 1234

Este tema registra las siguientes ejecutorias supremas:

I. "La cláusula de un contrato, referente a la reducción de la deuda a moneda extranjera, al tiempo del pago, es opuesta a las leyes".³⁹

II. "La estipulación en virtud de la cual se obliga a devolver en moneda extranjera un mutuo recibido en moneda nacional, se tiene por no puesta, quedando vigente el contrato en todo lo demás que contiene".⁴⁰

III. "Las fluctuaciones del cambio son de orden público. Son nulos los pactos orientados a eludirlas.

No se puede pactar el pago del capital mutuado en moneda nacional con arreglo al valor de cambio de su equivalente en moneda extranjera en la fecha del contrato.

Aplicación de los artículos 1581 y 1573 del Código Civil y su concordado artículo III del título preliminar del propio Código.

(En el caso de esta ejecutoria se dio en mutuo cierta cantidad de dinero en moneda nacional, reduciéndose contractualmente a dólares para los efectos de su nueva conversión a soles en el momento del pago)".⁴¹

6. CONCORDANCIAS NACIONALES

Pacto valorista, artículo 1235 del Código Civil. Mutuo, artículo 1648 del Código Civil.

39 Ejecutoria del 13 de enero de 1936. *Revista de los Tribunales*, p. 31 (artículo 1584 del Código Civil de 1936 y 1235 del Código Civil de 1984).

40 Ejecutoria del 19 de noviembre de 1965. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 268, p. 675 (artículo 1584 del Código Civil de 1936).

41 Ejecutoria del 17 de noviembre de 1970. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 326, 1971, p. 395 (artículos III del título preliminar y 1573 y 1581 del Código Civil de 1936).

CAPÍTULO III

PAGO DE UNA OBLIGACIÓN CONTRAÍDA EN MONEDA NACIONAL, PERO SUJETA A ALGÚN ÍNDICE DE REFERENCIA

1. 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 a índices 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.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

2. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1235

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente al cumplimiento recíproco de las obligaciones, puede mencionarse la *Ley de las Siete Partidas*, ley 5ª, título VI, partida quinta.

También es fuente de este numeral, la ley 27, título V, partida quinta.

Tardança faziendo el vendedor, de dar, e entregar la cosa al comprador, quel vendio, después que fuessen auenidos en el precio; si el comprador le afrontasse ante testigos, que le diesse aquella cosa que auía comprando del, e que recibiesse el precio della, combidandolo con el, e mostrandogelo; si el vendedor estonce non le diesse la cosa, e después desto se perdiessse, o se empeorasse, sería el peligro del vendedor, porque es en culpa, por razón de tal tandança. Pero sí después desto quisiesse el vendedor dar la cosa al comprador, ante que fuesse perdida, nin menoscabada, el que la comprase tardasse, que la non quisiesse recibir; si después desso se perdiessse; o se em-

peorasse la cosa; estonce sería el peligro del comprador, porque la tardança postrimera auino por su culpa.

Ya durante la República podemos mencionar que el proyecto de Código Civil del doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, consignaba en el título 11, referido al contrato de mutuo, el artículo 4, que establecía: "el pago del dinero recibido, se hará también en dinero".

El Código Civil del Estado Nor-peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, artículo 1256, también regulaba el tema: "la obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago".

Por su parte, el Código Civil de 1852 regía la materia en los numerales 1816: "si fueron apreciadas las cosas al tiempo del mutuo, está obligado el deudor a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago"; y 1817:

Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuuario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquellas al tiempo del mutuo.

Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuuario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar.

En tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en el artículo 1500:

Si la obligación tiene por objeto entregar valores que no son moneda metálica, como bonos, cédulas, billetes fiscales o de banco, sin fijar el precio que se les da en plaza, o su relación con el cambio sobre mercados extranjeros, cumple el deudor, entregando una cantidad numérica igual a la debida, sin consideración al alza, o la baja de dichos valores; pero, si se ha designado un precio, o un tipo de cambio fijo, debe pagar el deudor la diferencia, si hay baja, y se aprovecha de ella, si hay aumento de valor.

Incurriendo en mora el obligado, responde al acreedor por el menor precio que tengan los mencionados valores después del plazo señalado para la entrega, aun cuando no se haya fijado en la obligación precio, o tipo de cambio; y si los valores no existen en plaza, o no circulan al vencimiento de la obligación, debe entregar el deudor, en moneda corriente, un valor

igual al que recibió, o el valor por el cual se obligó, al tipo designado en la obligación.

El primer anteproyecto de libro quinto, elaborado por el doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, legislaba sobre el particular en su artículo 1817: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú"; en tanto que el segundo anteproyecto de libro quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 664: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú".

El proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1564: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal"; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1581: "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal".

El texto de este último artículo fue modificado por la Ley número 23327 del 24 de noviembre de 1981, quedando con la siguiente redacción:

El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal.

Las partes podrán convenir, por escrito, que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, sea referido al índice de reajuste de deudas correspondiente que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determine.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia del día del vencimiento de la obligación o del día en que se efectúe el pago.

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la alternativa de la ponencia del doctor Jorge Vega García, del año 1973, no abordó el particular.

Sí lo hicieron, el anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, en su artículo 102:

Sólo por ley especial se podrá permitir que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

El proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1256:

No obstante lo establecido en el artículo precedente, las partes podrán acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día de vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

Y finalmente, el proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1203:

No obstante lo establecido en el artículo 1202, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día de vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

3. FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Coinciden con el artículo 1235 del Código Civil peruano, entre otros, el Código Civil boliviano de 1976 (artículos 405 y 406); guatemalteco de 1973 (artículo 1395 —similar al segundo párrafo del artículo 1235 peruano—); helénico (artículo 291 —prescribe que en el caso de una deuda pecuniaria contraída en moneda extranjera pagable en el país, tiene el deudor derecho, sin pacto en contra, de pagar con la moneda nacional según el valor corriente de la moneda extranjera a la fecha y lugar en donde se efectúe el pago—); de la República de China de 1930 (artículo 202 —señala que cuando el monto de la prestación está determinado en moneda extranjera con curso, el deudor puede pagar en moneda nacional de curso en el mercado del momento y lugar del pago, a menos que se haya pactado que éste ha de hacerse en la moneda extranjera en curso en el mercado—), y holandés (libro 6, sección 6, artículo 19).

Por su parte, el Código etíope en su artículo 1750 establece que si el contrato indica una moneda que no tiene curso legal en la plaza, la deuda puede pagarse en moneda nacional al día del vencimiento, a menos que la ejecución literal del contrato no haya estado estipulada a valor efectivo o expresión análoga.

4. ANÁLISIS

El artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 plantea, no obstante el principio nominalista adoptado por el artículo 1234, que las partes contratantes, de común acuerdo, puedan optar por un criterio valorista respecto de las obligaciones contraídas en moneda nacional.

Esta situación obedece al impacto que ciertos acontecimientos económicos ostentan sobre el valor de las prestaciones dinerarias. Por ello, nuestra legislación ha previsto un mecanismo contractual que procura paliar los resultados desestabilizadores del equilibrio contractual que ciertos hechos económicos pueden generar.

Así, cuando los efectos de la depreciación monetaria se traducen sobre el valor de las obligaciones de dar sumas de dinero, con la introducción de elementos que quebrantan la proporcionalidad y equivalencia en el valor de éstas, el Código Civil otorga a las partes la posibilidad de pactar una cláusula de estabilización, denominada también cláusula

valorista, a fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones y la equidad en la relación jurídica.

Cuando el dinero, por su desvalorización, no cumple su función de medida de los valores, surge la necesidad de encontrar un nuevo elemento que permita establecer la equivalencia en las operaciones de cambio.

Una forma de satisfacer tal necesidad la constituyen las cláusulas valoristas, puesto que éstas emplean patrones de referencia que reemplazan el dinero en la función que acabamos de mencionar.

Por ello, se dice que la procedencia de las cláusulas valoristas resulta de una validez y utilidad indiscutibles.

5. CLÁUSULAS VALORISTAS

Al respecto, conviene apuntar lo señalado por Eduardo Benavides,⁴² quien, al abordar el tema de las cláusulas valoristas, expresa que cuando los hombres de negocios advierten que la realidad excedía largamente las previsiones contractuales que pudiesen efectuar, empiezan a pactar en sus contratos cláusulas de estabilización para protegerse de una serie de trastornos, como una devaluación futura o un posible alza que sobreviniese de los precios.

En relación a las cláusulas estabilizadoras se ha desatado una discusión doctrinaria acerca de su legitimidad. Se ha dicho que estas cláusulas contribuyen a crear una desconfianza en la moneda nacional, que atentan contra el orden público pues, al establecerlas, se pone en tela de juicio el poder cancelatorio de la moneda y finalmente, contribuyen a acrecentar la inflación.

De otro lado, los patrones comúnmente utilizados por los contratantes, a fin de mantener estable el valor de las prestaciones, son los siguientes:

- Metales nobles
- Moneda extranjera
- Mercaderías
- Índices de ajuste
- Fórmulas matemáticas que intentan corregir los montos adeudados.

42 Benavides Torres, Eduardo, "El cumplimiento de prestaciones dinerarias en el Código Civil peruano", *Themis*, núm. 30, 1994, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 178.

Ahora bien, según el patrón utilizado, podemos distinguir las cláusulas de estabilización que a renglón seguido pasamos a enumerar:

Cláusula oro u otros metales nobles

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos⁴³ que cuando el pago debe efectuarse en metálico y las partes añoran seguridad, éstas pueden adoptar una cláusula oro, que puede revestir diversas formas, a saber:

- Cláusula pago en oro, mediante la cual deberá entregarse cierta cantidad de oro.
- Cláusula valor oro, a través de la cual el monto del pago en metálico deberá ser el necesario para adquirir la cantidad de oro pactada.
- Cláusula pago en moneda de oro, mediante la cual el pago debe efectuarse en monedas de oro que todavía se encuentren en curso legal.

De otro lado, hemos de señalar que la aplicación de este tipo de cláusula fue harto discutida. Así, por ejemplo, la doctrina clásica francesa inició una prédica contraria, argumentando que la cláusula oro promovía la inseguridad, inestabilidad, el abuso y más aún, alimentaba un proceso inflacionario.

En tal sentido, los autores que acabamos de citar expresan que esta cláusula no posee una virtud propia que dé estabilidad a su valor, pues como mercadería que es, su valor fluctúa de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda.

Por otra parte, las cláusulas valoristas pueden, igualmente, referirse a otros metales preciosos. No obstante, conforme señala Eduardo Benavides,⁴⁴ estas cláusulas han perdido popularidad al haber aparecido otros factores de estabilidad mucho más sólidos y prácticos.

Cláusula mercadería

Dependiendo de la modalidad contractual, puede elegirse una cierta mercadería o su valor, como patrón de referencia de una cláusula valorista.

43 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 340.

44 Benavides Torres, Eduardo, *op. cit.*, nota 42, p. 178.

Según Eduardo Benavides,⁴⁵ las cláusulas mercaderías son aquéllas que nos remiten el pago al equivalente a un determinado número de unidades de productos que están en el mercado.

La elección de una mercadería determinada halla su razón de ser en la incidencia económica que ésta pueda tener en la economía del contrato.

Según anota, en la medida que la mercadería elegida juegue un papel importante en la base del negocio, esto es, en la estructura de costos o en el cálculo, aquélla cobrará sentido.

Este tipo de cláusulas, pueden adoptar diversas modalidades:

- Cláusula mercadería, mediante la cual se pacta el pago en una mercadería determinada, la misma que será utilizada como un medio de cuenta distinto al dinero.

En este supuesto, pueden, a su vez, distinguirse como subespecies de las cláusulas mercaderías las siguientes:

Cláusula trigo o cualquier producto agrícola.

Cláusula referida a cabezas de ganado o a precio de la carne.

Cláusulas referidas a materiales de construcción.

Cláusulas barril petróleo.

Cláusula cobre.

Cláusula uranio.

Cláusula carbón.

- Cláusula valor mercadería, a través de la cual se pacta el pago en el valor de una mercadería, distinta al dinero; aunque el deudor se libera entregando el dinero suficiente para adquirir la mercancía elegida.

Es decir que el objeto debido será una cantidad de dinero determinable en función del valor de una cierta mercadería.

Cláusulas monetaristas

Cuando se recurre a una moneda extranjera o a su valor, como cláusula valorista, nos encontramos ante una cláusula monetarista.

Tal cláusula puede revestir diversas formas:

- Cláusula moneda extranjera, en cuyo caso el pago se determina en una cierta moneda extranjera.

45 *Idem.*

- Cláusula valor moneda extranjera, mediante la cual el pago se fija en relación al valor o cotización que una moneda extranjera puede tener en el mercado cambiario.

Al respecto, Eduardo Benavides⁴⁶ señala que mediante este tipo de cláusula, se 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.

Algunos autores han levantado sus voces, criticando estas cláusulas, por considerarlas atentatorias contra la moneda nacional, símbolo de la soberanía del Estado.

Por ello, se ha dicho que los argumentos utilizados en su contra ya no eran sólo los de la inseguridad y posibilidad del abuso, sino que la discusión incorporó justificaciones de índole patriótico y nacionalista.

Por nuestra parte, y conviniendo con lo señalado por Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos, expresamos que son las fluctuaciones del tipo de cambio o un posible control estatal sobre aquél, los argumentos contrarios a las cláusulas monetaristas que en verdad podrían esgrimirse.

Cláusulas de escala móvil

Las cláusulas de escala móvil son aquéllas en las cuales las partes recurren a un patrón variable y flexible en su cuantía; o alternativo a algún otro patrón que se haya previsto en el contrato.

Según Benavides,⁴⁷ las cláusulas de estabilización que se basan en métodos de escala móvil son comunes en contratos de obra, préstamos bancarios, contratos financieros, contratos de *leasing*, entre otros.

En relación a las cláusulas de indexación o de escala móvil, a entender de Uribe Restrepo,⁴⁸ la suma base a la que está inicialmente obligado el deudor es reajustada (al momento del cumplimiento) en una cantidad proporcional a la variación experimentada por el índice que se haya escogido para esos efectos, durante el lapso transcurrido entre la fecha de la celebración del contrato y la fecha del pago.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 179.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 181.

⁴⁸ Uribe Restrepo, Luis, *op. cit.*, nota 28, p. 128.

Agrega que este tipo de cláusulas busca mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes en contratos que, por estar diferida en el tiempo su ejecución, se ven amenazados por la depreciación monetaria.

De ahí que los índices escogidos por las partes sean comúnmente aquéllos que, en forma más o menos cercana, reflejan las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, como es el caso del índice de precios al consumidor, el índice de precios al por mayor, el índice de sueldos y salarios, etcétera.

Cláusulas referidas a fórmulas matemáticas

Según Eduardo Benavides,⁴⁹ cuando las partes desean protegerse contra la inflación, pero también contra la devaluación, aquéllas tienden a utilizar fórmulas polinómicas en las que se pondera diversos índices o factores, según el peso que juegan en la estructura de costos del contrato.

Cláusulas de indexación

Las cláusulas de indexación son aquéllas en virtud de las cuales las partes acuerdan que la cuantía o monto de la deuda se actualice periódicamente, en función a ciertos indicadores económicos o de otra naturaleza.

Expresa Eduardo Zannoni⁵⁰ que la indexación no es ni más ni menos que el sometimiento de la moneda a indicadores o índices que revelan la magnitud de su depreciación en un determinado lapso.

De este modo, la suma original se reajusta al momento del pago de la deuda a los efectos que el acreedor perciba una cantidad de dinero suficiente para mantener intangible el valor de cambio que la suma original representaba el día en que se contrajo la obligación.

49 Benavides Torres, Eduardo, op. cit., nota 42, p. 181.

50 Zannoni, Eduardo, *Revaluación de Obligaciones Dinerarias*, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 63.

Cláusulas de valor referidas a un índice de reajuste

Este tipo de cláusulas tienen similar naturaleza que las cláusulas de indexación; empero, se distinguen de éstas por utilizar un patrón distinto, que es el de un índice *ad hoc* que fija una entidad estatal.

Cláusulas de revisión periódica

Cuando las partes se comprometen a revisar cada cierto tiempo el monto de la prestación nos encontramos frente a una cláusula de revisión periódica.

Eduardo Benavides⁵¹ señala que la objeción que puede formularse en torno a este tipo de cláusula es la referida al hecho de que las partes no se comprometen a hacer un reajuste efectivo, sino simplemente a revisar el monto de la deuda.

De este modo, si una de las partes no aceptase la actualización de lo debido, fácilmente puede advertirse la ineficacia de esta cláusula.

Cláusulas de valor en función a determinadas unidades de referencia

En palabras de Eduardo Benavides,⁵² durante un tiempo se utilizaron como anclas de estabilidad algunas unidades de referencia, como la remuneración mínima legal, las unidades de referencia tributaria, entre otras.

Empero, este tipo de cláusulas ha sido dejado de lado por la influencia que en ellas ejercen ciertas variables económicas.

De otro lado, debemos señalar que la doctrina clasifica o divide a las cláusulas de estabilización, en internas y externas.

Uribe Restrepo⁵³ nos recuerda que las cláusulas no monetarias suelen clasificarse en internas o externas.

En las primeras, o sea en las internas, la mercadería o el índice escogido por las partes guarda estrecha relación con los sujetos o con el objeto de la obligación. Sería el caso de la indexación de un préstamo

51 Benavides Torres, Eduardo, *op. cit.*, nota 42, p. 180.

52 *Ibidem*, p. 181.

53 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, pp. 129 y 130.

a largo plazo otorgado para vivienda, en función del índice de precios de la construcción.

Las cláusulas externas emplean como patrón un índice muy general, o un indicador del todo ajeno a la actividad de las partes y al objeto de la obligación. Sería el caso de cláusulas en que la obligación se refiere al índice de precios al consumidor; o aludir al valor de un producto agrícola como índice de reajustabilidad de las prestaciones derivadas de un contrato de construcción urbana.

Anota Uribe Restrepo que en algunos países la distinción entre cláusulas externas e internas ha servido para establecer criterios normativos sobre la validez o nulidad de las cláusulas no monetarias (se reputarían válidas las internas y nulas las externas).

Pero, en general, la actitud de la jurisprudencia frente a la licitud de las cláusulas no monetarias o cláusulas monetarias *latu sensu* ha sido mucho más flexible que aquélla asumida frente a las monetarias *strictu sensu*; pues se considera que aquéllas no buscan burlar las normas de carácter público que regulan el sistema monetario de un país, sino evitar que los riesgos de la depreciación recaigan únicamente sobre el acreedor.

Por otra parte, debemos precisar que el artículo bajo comentario, según hemos señalado, si bien permite a las partes referir el valor del monto adeudado a ciertos factores referenciales, sólo establece la permisón expresa de la utilización de los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, otras monedas o mercancías, siempre con la finalidad de mantener dicho monto en un valor constante.

En tal sentido, dentro de la hipótesis de la norma que venimos comentando, pueden establecerse los siguientes supuestos:

A) Deuda contraída en moneda nacional, pero tomando como referencia los índices de reajuste automático que establece el Banco Central de Reserva del Perú.

Los problemas generados a partir de un proceso inflacionario afectan directamente a la economía. Empero, a decir verdad, algunos de ellos se extienden sobre el radio de acción del derecho.

Uno de los problemas económicos a los que se debe enfrentar el derecho es la depreciación monetaria, siempre que las relaciones jurídicas existentes se vean afectadas por ésta.

Frente a ello, se ideó una figura jurídica a la que se denomina: sistema de ajuste de deudas o de reajuste al capital.

Dicha figura, como es lógico pensar, sólo tiene razón de ser en un contexto inflacionario.

Así, en junio de 1981, mediante Decreto Supremo 136-81-EF, se establece un sistema de índice de reajuste de deudas, para permitir que el servicio del crédito corresponda a la capacidad de pago del prestatario desde que asume el crédito.

De este modo, a través de la referida norma, se otorga a las partes la posibilidad de convenir por acuerdo escrito, que el importe dado en mutuo y sus saldos se ajusten con el índice que fijará el Banco Central de Reserva del Perú. Asimismo, el pago de las deudas contraídas en moneda nacional puede referirse al índice que acabamos de anotar.

En igual sentido, mediante Ley número 23327 del 24 de noviembre de 1981, se permitió a las partes, y sobre todo a las entidades financieras, ajustar en función de índices que fija el Banco Central de Reserva, los préstamos dinerarios de plazo no menor a un año.

Ahora bien, consideramos de sumo interés analizar por qué se estableció un sistema de ajuste de deudas en el Perú.

Al respecto, debemos señalar que el impacto inflacionario acaecido sobre el sector financiero peruano, en especial durante las décadas de los años setenta y ochenta, ocasionó que el sistema vigente de crédito propiciara la paralización del desarrollo de las actividades económicas de mediano y largo plazo. Nos referimos a las actividades agrícolas, pesqueras, industriales, mineras, manufactureras, entre otras, que por su naturaleza deben esperar para ver sus réditos entre tres y cinco años.

Por ello la contracción de las inversiones de mediano y largo plazo es consecuencia de un problema de diferencias en el tiempo entre el flujo de ingresos del proyecto y el flujo de pagos exigidos por las altas tasas de interés. Esto es, cuando el pago por concepto de intereses, además de ser excesivo, lejos de coincidir con los años de productividad de las inversiones, coincide con el periodo de maduración del proyecto, no sólo reviste de mayor riesgo y onerosidad a la operación emprendida, sino que muchas veces la desincentiva y retrae.

La inversión, según anota el profesor de la Universidad de Liverpool, Shackle,⁵⁴ es una acción destinada a producir un rendimiento al cabo de un intervalo de tiempo. Esta acción se emprenderá si los resultados

54 Shackle, G.L.S., "Elasticidad del Interés de la Inversión", en Nann, F. H.; y Brechling, F. P. R. (comps.), *Teoría de los tipos de interés*, Barcelona, Labor, 1974, p. 101.

previstos hoy, valen más que los medios más baratos para tal acción, valorados ambos en dinero actual.

Por nuestra parte, estimamos que al encontrarse el pago de intereses entre los criterios a considerarse antes de adoptar una decisión de inversión, aquél se perfila como un factor determinante del nivel de gasto de dicha inversión.

Por ello, rezan las teorías econométricas que la fijación de un tipo de interés cumple un papel trascendente en la función de producción del capital: mejorar la disponibilidad del crédito e incidir en la tasa de inversión.

La veracidad de esta afirmación se traduce en la escasa actividad de nuestro aparato productivo, la que puede advertirse nítidamente en la tendencia a la baja que presentó la demanda de créditos a largo plazo.

Así, por ejemplo, el crédito destinado a la capitalización del sector agrícola disminuyó en seis años en un 54% en términos reales desde 1974.

El crédito hipotecario, clave por sus efectos sobre la generación de empleo y sus factores multiplicadores sobre otras industrias, en el periodo comprendido entre los años 1972 y 1979 cayó en un 78%.

De igual manera, los demás sectores, fundamentales para el desarrollo económico del país, se vieron afectados.

Esto obedece al hecho de que quien arriesga su dinero, busca el desarrollo de un proyecto que, sin dejar de tener su componente de riesgo, logre en el más breve plazo recuperar la inversión y pagar los intereses del préstamo adquirido para llevarlo a cabo.

Frente a ello, surgió la necesidad de contar con un mecanismo que fomentara el desarrollo de las actividades económicas de largo y mediano plazo, en aras de enrumbar al país por las rutas del crecimiento económico.

De este modo, el ajuste de capital se perfiló como una alternativa nueva y no excluyente del sistema de crédito que existía, a fin de contribuir a la expansión de las fronteras del planeamiento de inversiones a mediano y largo plazo.

Adicionalmente, es preciso apuntar que la simple disminución en las tasas de interés aplicables a las operaciones de largo y mediano plazo, antes que resolver el problema, lo agravaría, ya que en una economía en que el ritmo inflacionario no se ha neutralizado, una significativa reducción de las tasas de interés conlleva la fijación de un interés real

negativo que, por encontrarse por debajo de la tasa de inflación, descapitaliza al ahorrista, cuyo dinero depositado perdería su poder adquisitivo, desincentiva a potenciales ahorristas y, de otro lado, beneficia al usuario del crédito, quien sólo se verá obligado a pagar una tasa de interés barata, esto es, menor que el crecimiento de los precios.

En otro sentido, cabe señalar que el problema del pago de importantes sumas de dinero por concepto de intereses, en los primeros años de las inversiones de mediano y largo plazo, intentó ser resuelto mediante ciertas prácticas que a continuación anotamos:

- El uso de créditos en moneda extranjera, ya que ofrecen una escasa desvalorización y una ventaja, al poseer una tasa de interés referida al *prime rate* o *libor*, lo que la hace más baja que aquella fijada para el crédito doméstico.

- El contraer créditos en moneda nacional, pero por montos mayores a los que realmente se necesitan en el proyecto de inversión, a fin de cubrir los altos pagos de interés en la etapa inicial de la inversión.

- La refinanciación sucesiva, en aras de afrontar con los préstamos auxiliares de otras instituciones financieras, los pagos del préstamo principal.

No obstante, estas prácticas no se presentan como la respuesta más adecuada, toda vez que, por un lado, en términos de costo efectivo, aquéllas suponen mayores costos que los que se habrían de asumir, si se adoptase un crédito bajo el sistema tradicional.

Por otra parte, es menester señalar que la utilización de créditos en moneda extranjera, dolariza aún más nuestra economía, mientras que por depender el otorgamiento de un crédito financiero de la solvencia de las personas/empresas solicitantes, no todos los usuarios del crédito podrán incurrir en créditos por montos mayores a los necesarios.

La refinanciación sucesiva, por su parte, no da siempre buenos resultados, al margen de ser sumamente mortificante para el prestatario.

Por eso se optó por el diseño de un esquema nuevo de crédito, al que, según hemos señalado, se denominó sistema de reajuste de deudas.

Este sistema presenta una serie de bondades, las que brevemente anotamos:

Al no ser excluyente del sistema tradicional de crédito, las operaciones pueden realizarse bajo un sistema u otro.

No obstante, debe considerarse que, si bien el costo del crédito es el mismo, el sistema de ajuste de deudas, al trasladar en el tiempo las

mayores amortizaciones y pagos por concepto de interés al periodo de productividad de la inversión, permite que el inversionista deba enfrentarse a aquéllos pasados los primeros años de la inversión, esto es, durante la etapa en la que existe una disponibilidad de liquidez.

Con el sistema propuesto, el inversionista no paga menos, ni paga más, porque los montos a pagar en ambos sistemas de crédito, si bien difieren nominalmente, poseen un valor real idéntico.

Por ello, se ha dicho que la equivalencia en el costo efectivo del crédito, hace que el flujo de pagos en ambos sistemas, en valor actual, sea el mismo.

Favorece a la política antiinflacionaria, al evitar un incremento en las inversiones de corto plazo. Este tipo de inversiones, como sabemos, fortalecen un proceso inflacionario. Las actividades económicas de corto plazo, además de tener un propósito netamente especulativo, antes de contribuir a la producción de bienes y servicios, únicamente hacen posible la circulación de éstos, aumentando así la velocidad del dinero.

El rendimiento de un crédito sujeto o no al sistema de ajuste de capital, es el mismo para la institución financiera. Sin embargo, tal entidad se interesará en prestar bajo este último sistema.

En tal sentido, es preciso anotar que la sumatoria de la tasa de interés y el índice de ajuste de deudas no es mayor a la tasa de interés que se cobra por las operaciones de crédito de mediano y largo plazo, porque ésta fue precisamente una de las cuestiones centrales que preocupó a las autoridades en el diseño de este tipo creditorio.

Los especialistas han señalado además que el sistema propuesto no reporta menores pagos por impuesto a la renta por parte de las instituciones financieras, de modo que no se afecta al Tesoro Público.

El reajuste que afecta a los saldos pendientes de pago se considerará como una forma de ingreso devengado, de forma tal que la totalidad del ingreso graduable no se verá afectado.

Ahora bien, debemos precisar que el establecimiento del referido sistema posee motivaciones e implicaciones distintas, según la incidencia de aquél sobre las operaciones de crédito que celebran, de un lado, las entidades financieras, y de otro, los particulares o personas ajenas al sistema financiero.

En tal sentido, trataremos separadamente el significado de la aplicación del sistema de reajuste de capital en el sector financiero, para luego

avocarnos sobre la importancia de su establecimiento en el **ámbito contractual** de las personas ajenas al sistema financiero.

1. *El sistema de reajuste de deudas en el sector financiero.* Bajo una óptica financiera, el sistema de reajuste al capital importa un nuevo esquema de crédito que intenta resolver los problemas que el financiamiento de los primeros años de los créditos de largo y mediano plazo presentan en épocas de inflación.

El inversionista que adoptó un crédito sujeto al sistema de reajuste de deudas deberá cancelar los mayores pagos por concepto de interés, cuando es más oportuno y posible hacerlo; esto es, pasados los primeros años de la inversión, a los que se conoce como periodo de maduración.

Esto es posible porque el referido sistema hace coincidir en el tiempo los mayores pagos del préstamo y sus intereses, con el periodo de productividad o mayores ingresos de la inversión.

Así, al constituirse el sistema de reajuste de deudas en una nueva modalidad de créditos que intenta fomentar la inversión de largo plazo, se ha diseñado una salida al entrapamiento que plantean las actividades de largo y mediano plazo.

Resulta de interés apuntar que, a fin de paliar la problemática a la que nos hemos venido refiriendo, los inversionistas idearon formas ingeniosas de obtención de crédito, que constituyen variantes del sistema de ajuste al capital.

Según se ha dicho, en los créditos obtenidos en moneda extranjera, la tasa *prime rate* o *libor* es el equivalente a la tasa de interés básica, y la tasa de devaluación sustituye al índice de reajuste de deudas para ajustar el principal obtenido.

De otro lado, cuando se contraen créditos por montos mayores a los necesitados, los desembolsos reajustan el valor original del crédito.

En cambio, cuando se solicitan préstamos auxiliares, se modifica el valor original del crédito, de modo que esta modalidad es también una forma rudimentaria de ajuste al capital.

Por otra parte, hemos de señalar que el ajuste de las deudas generadas por créditos otorgados vía intermediación financiera se lleva a cabo mediante un sistema de corrección de deuda que intenta convertirse en una forma más equitativa de amortización del capital prestado, durante la vigencia del crédito.

Ahora bien, según hemos venido señalando, el principal objetivo del sistema propuesto es el de reactivar las inversiones en actividades eco-

nómicas de mediano y largo plazo. A fin de lograr un propósito de tal envergadura, quienes idearon el sistema de ajuste de capital tomaron en consideración que la tasa de interés, originalmente, refleja el costo de oportunidad del capital.

Sin embargo, en épocas de inflación, dicha tasa intenta, además, restituir el poder adquisitivo del capital; así, el monto de la tasa de interés se elevará al ritmo de la depreciación monetaria que, durante un proceso inflacionario, se producirá sin lugar a dudas constantemente.

Al decir de Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,⁵⁵ el interés cumple, tradicionalmente, la función de un seguro de garantía para cubrir el riesgo que corre el dueño de ese capital de que no se lo reintegren.

Esa función de cobertura hace que la tasa normal de interés pueda verse acrecentada en cierta medida, que varía según la solvencia de la persona que deba reintegrar el capital, y los riesgos de la operación en que se emplee el dinero.

Sin embargo, en épocas de inflación, la tasa de interés se ve totalmente deformada porque ingresa en ella un nuevo elemento, que en la práctica se cobija bajo el nombre de interés, aunque no es verdaderamente tal cosa, sino que tiende a cubrir la pérdida del valor que sufre el dinero como consecuencia directa de la inflación.

Por ello, se ha separado y extraído de la composición del monto de la tasa de interés el *quantum* destinado a restituir la depreciación monetaria del capital otorgado.

Así, la estructura de la tasa de interés para las operaciones de deudas contraídas bajo el sistema de reajuste representará el costo de oportunidad del capital, teniendo en cuenta el factor riesgo y tiempo de la operación.

Esto, como es evidente, conlleva al establecimiento de una tasa de interés más baja.

La restitución del valor del capital, en cambio, se efectuará mediante la aplicación del índice de reajuste de deudas al monto del capital original.

55 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, pp. 221 y 222.

De esta manera, entonces, se logrará que los mayores egresos de una inversión de mediano o largo plazo coincidan en el tiempo con los mayores ingresos que aquélla puede generar.

Por otra parte, debemos anotar que este sistema se aplica únicamente sobre las operaciones activas de mediano y largo plazo de las entidades financieras; vale decir, el ajuste de las deudas no se aplica sobre los depósitos u operaciones pasivas.

Así, el sistema propuesto es sólo una alternativa al sistema tradicional de crédito; luego no elimina, ni sustituye a éste último.

Antes de concluir con esta cuestión, hemos de anotar simplemente que el sistema de reajuste al capital, financieramente, brinda la posibilidad de enfrentar menores pagos, por concepto de interés, durante el periodo de maduración de la inversión, con un costo efectivo idéntico al de un crédito obtenido bajo el sistema tradicional.

2. *El sistema de reajuste de deudas en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero.* Los efectos de una depreciación monetaria, resultante de un proceso inflacionario, igualmente alcanzan a las operaciones de crédito que los particulares celebran entre sí.

Ante ello, nuestros legisladores, a través del artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984, han establecido la permisión contractual de un ajuste o corrección en el valor de las deudas dinerarias, denominadas también deudas pecuniarias o monetarias.

Esta permisión expresa halla su razón de ser no sólo en la fundamentación económica que el sistema de ajuste de deudas encuentra en su aplicabilidad sobre el sector financiero, sino también en elementales principios de equidad.

Así, a fin de restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones contractuales, el sistema propuesto, mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista o de estabilización, pretende mantener en un valor constante el monto de una deuda contraída, toda vez que dicho monto puede verse afectado frente a la pérdida del poder adquisitivo del capital entregado, durante el periodo comprendido desde el día en que se contrajo la obligación y la fecha de pago.

Es decir, siempre que se haya pactado expresamente en una de las cláusulas contractuales que el monto de una deuda contraída en moneda nacional, en caso de enfrentar una depreciación monetaria, será referido al índice de reajuste que fija el Banco Central de Reserva del Perú, aquél podrá ajustarse según el sistema de corrección de deudas.

De este modo, el deudor se verá obligado a entregar a su acreedor el valor real de la cantidad originalmente prestada.

Expresa Eduardo Benavides⁵⁶ que actualizar una deuda 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.

Y para tal efecto, debemos señalar que el Banco Central de Reserva del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1235 del Código Civil peruano, publica periódicamente una relación sobre el índice de reajuste de deudas.

Así, bastará que las partes cuenten con el índice correspondiente a la fecha en que se debió pagar y el índice del día en que se hace efectivo el pago. En su caso deberán procurarse además con tasas efectivas de interés aplicables a las deudas sujetas al sistema de reajuste de capital desde el día del vencimiento de la obligación, dependiendo evidentemente del número de días de atraso de aquélla.

En otro sentido, queremos apuntar las expresiones de Mosset Iturraspe,⁵⁷ quien, respecto al tema que nos ocupa, considera que la tesis valorista, en el campo contractual, suple dentro de un marco de justicia y equidad la laguna legal existente frente a los efectos corrosivos de un proceso inflacionario.

Antes de concluir con este primer supuesto, hemos de anotar una cuestión adicional.

Al establecer el artículo 1235 del Código Civil peruano que el monto de una deuda contraída en moneda nacional podrá referirse al índice de reajuste que fije el Banco Central de Reserva, se omite mencionar otros índices, en virtud de los cuales podría ajustarse una deuda dineraria, lo que no constituye una crítica, pues dicha omisión se fundamenta en argumentos que vamos a anotar más adelante.

Conforme apunta Eduardo Benavides,⁵⁸ cualquiera de los índices que citamos a continuación, pueden utilizarse para actualizar el valor de las prestaciones de dar sumas de dinero; estos son, a saber: el índice de precios al consumidor; el índice de precios al por mayor; los índices de producción manufacturera, minera, agrícola, etcétera; los índices de em-

56 Benavides Torres, Eduardo, *op. cit.*, nota 42, p. 176.

57 Citado en Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, pp. 373 y ss.

58 Benavides Torres, Eduardo, *op. cit.*, nota 42, p. 182.

pleo; los índices de variación de las reservas internacionales netas del Banco Central de Reserva del Perú; el índice de inflación especializado; el índice de precios de la construcción; el índice de tarifas públicas; las cifras del Producto Bruto Interno; índices fiscales, comerciales, aduaneros, entre otros.

Frente a esto, debemos señalar que una deuda corregida al tenor de un tipo índice distinto al de reajuste que fija el Banco Central de Reserva, no permitiría que la dinámica de movimientos de la tasa de interés equilibre el mercado; y por eso nuestro Código omite intencionalmente la referencia de tales índices.

Según se ha dicho, la utilización de los índices que acabamos de señalar en la corrección de las deudas monetarias importaría la adopción de una rigidez excesiva y perjudicial en la tasa de interés, ya que la elaboración de aquellos índices no tiene en cuenta los factores que intervienen en la fijación de las tasas de interés, tales como las expectativas de los sujetos económicos respecto al desenvolvimiento de la economía, la abundancia o escasez de recursos, la evolución de las tasas de interés de los mercados internacionales, etcétera.

Así, el sistema de reajuste de deudas aplicado en el país, introduce un índice *ad hoc* que, abandonando la utilización de algún otro, como corrector de las deudas dinerarias, se elabora con base en la ponderación de las tasas de interés pasivas entre 90 y 180 días que las entidades financieras pagan a los ahorristas por sus depósitos de dinero.

B) Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia alguna otra moneda.

Como anota el profesor Uribe Restrepo,⁵⁹ ésta es la llamada "cláusula valor moneda extranjera". Así, en la cláusula valor moneda extranjera el deudor se libera entregando una suma en moneda nacional referida a la cotización de una moneda extranjera, generalmente la del día del cumplimiento: como ocurre cuando el deudor se obliga a entregar el equivalente a mil dólares en moneda peruana. Aquí la moneda extranjera no figura en la obligación sino como moneda de cálculo.

Según Juan Camilo Restrepo —a quien cita Uribe Restrepo— esta modalidad es frecuente en los contratos de seguros; "la prima, convenida en moneda nacional, se acuerda iría reajustada en la misma pro-

porción como vaya subiendo la cotización de alguna moneda extranjera cada cierto tiempo”.

En opinión de Uribe Restrepo, no es muy saludable el empleo de estas cláusulas en forma indiscriminada, puesto que en ocasiones la intención que mueve a los contratantes no es propiamente la de protegerse sino la de especular con las fluctuaciones de los cambios; situación que se impediría entendiendo que la cotización conforme a la que se calculará la cantidad debida en moneda nacional será la vigente al momento de celebrarse el contrato, y no la que rija en el momento del pago.

En otras palabras, al hacerse la conversión conforme a la tasa de cambio existente el día en que se originó la obligación se busca proteger al deudor y se hace recaer sobre el acreedor los riesgos de una devaluación de la moneda extranjera. De esta forma se esterilizan los términos de la obligación y se evita convertir el empleo de esas cláusulas en motivo de especulación y de enriquecimiento injusto.

De otro lado, conviene apuntar la diferencia existente entre una cláusula monetarista o moneda extranjera y una cláusula dólar, toda vez que la primera está referida a las monedas extranjeras en general, sobre las que puede convenirse el pago de la obligación. Las monedas cotizadas en nuestro país son: dólar canadiense, marco alemán, yen japonés, franco suizo, franco francés, franco belga, libra esterlina, lira italiana, peseta española, corona sueca, corona danesa, corona noruega, florín holandés, chelín austríaco, bolívar venezolano, otros.

La cláusula dólar, en cambio, está referida al dólar estadounidense o dólar americano.

Jorge Mosset Iturraspe⁶⁰ recuerda que la admisibilidad de la cláusula dólar o moneda extranjera no ha sido pacífica. La doctrina, tanto autoral como judicial, se opuso durante mucho tiempo a ella, en razón de tratarse de una cláusula monetarista, que trae al contrato interno o doméstico un bien extraño a las partes y a su ambiente económico; y le caben —por otra parte— críticas a las que escapan las cláusulas de estabilización o garantías económicas —índice de cereales, carnes, costo de vida, insumos, precios mayoristas, etcétera—, que son propias o adecuadas —o pueden serlo en concreto— a la situación de las partes.

60 Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos en dólares*, Buenos Aires, La Roca, 1990, pp. 122 y ss.

Anota Mosset Iturraspe que la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en la causa "Bustillo, S.C.P.S. con Café Paulista", rechazó la posibilidad de reajustar la moneda nacional —se trataba del caso de un arbitraje sobre su depreciación— entendiendo que "[...] ninguna cláusula contractual puede poner en tela de juicio el valor de la moneda nacional ya prefijado por los órganos estatales competentes para tal función, en ejercicio de su inalienable soberanía"; agrega el fallo de la mayoría que:

En resumen, el valor de la moneda en el mercado interno y en el régimen del cumplimiento de las obligaciones civiles que se traducen en el pago de sumas de dinero entendidas y estipuladas en moneda nacional al tiempo de su exigibilidad cancelatoria, no puede ser sometido al juicio arbitral que podría afectar así esencialmente el orden público o social y, por ende, en esa afectación, a uno de los más significativos, como ya se dijo, atributos de la soberanía nacional.

Recuerda Mosset Iturraspe que, en ese memorable fallo, el juez de Corte, el eminente jusfilósofo Tomás D. Casares, dijo:

Si bien la fijación del valor de la moneda no se ha de considerar librada incondicionalmente al arbitrio del gobierno porque en cuanto común denominador de los valores económicos, el de la moneda está relativamente en función de las condiciones generales de la economía nacional, no lo es menos que dicha fijación es un acto de autoridad y de soberanía porque la regulación de la vida económica del país, subordinada como debe estar siempre a superiores principios morales y de justicia no ha de estar anónima y mecánicamente regulada por normas de mera valuación económica, provenientes, además, de un juego de intereses que puede ser —y muchas veces son— ajenos a los principios aludidos.

Luego agrega que

Si hay una moneda con valor cancelatorio fijado para toda la nación en virtud de un mandato constitucional importaría desautorización de lo dispuesto por la disposición respectiva el acto de autoridad de un pronunciamiento con los caracteres y los efectos de las sentencias judiciales, en el cual se estableciera un valor cancelatorio de dicha moneda distinto del que le asigna aquélla, so color de que eso es lo que efectivamente ocurre en la realidad económica del lugar y el tiempo a los que el pronunciamiento se refiera.

Para Mosset Iturraspe es oportuno recordar la opinión claramente contraria a las cláusulas de reajuste en moneda extranjera, de juristas de la talla de Nussbaum, en Alemania; Hernández Gil y Zorrilla, en España; Mazeaud y Carbonnier, en Francia, y Bolaffio, en Italia, entre otros muchos; habiendo llegado a ser calificadas como pacto usurario, *imposizione capitalistica sul contratante piu debole*, o como blasfemia contra la moneda o economía nacional.

El propio Mosset Iturraspe ha insistido varias veces en la inconveniencia de las cláusulas monetaristas, por una pluralidad de razones, entre las que cuentan las siguientes:

- Por ser contrarias al orden público económico.
- Por la desconfianza que trasuntan frente a la moneda nacional y al sistema económico nacional.
- Por conducir a la agudización del proceso inflacionario.
- Por establecer una competencia con la moneda nacional en punto a la circulación forzosa, la estimación o determinación de los valores, el poder cancelatorio, etcétera.
- Desde un ángulo práctico, en la medida en que tales cláusulas no guardan vinculación ni relación alguna —en la mayor parte de los casos en que aparecen— con la situación económica concreta de quien debe, como deudor, soportar el pago de la obligación indexada sobre esa base.
- Esa falta de conexión entre la moneda extranjera y el patrimonio, regido por otro patrón monetario, lleva a un desfase y a muy graves consecuencias particulares y, en mérito a la generalización de tales cláusulas, también comunitarias o sociales.

Un ejemplo de cláusula monetarista en referencia al dólar estadounidense, sería el siguiente:

El día de hoy se contrae una obligación de pagar una determinada cantidad de soles, por ejemplo 100,000, tomando como referencia el valor de esos soles con relación al dólar estadounidense. Supongamos que el día de hoy esos 100,000 soles representan 50,000 dólares. Esto quiere decir que el día del pago se deberá abonar una deuda en moneda nacional, pero referida o equivalente a la cantidad de soles que sea necesaria para adquirir esos 50,000 dólares.

Ello no quiere decir que se deban dólares; lo que se debe son soles, pero esta cantidad de soles podrá variar desde el día en que se contrajo la obligación hasta el día del pago, ya que se ha tomado como referencia el valor que dichos 100,000 soles representaban ese día (con relación a

los dólares), valor que deberá mantenerse el día del cumplimiento (pago).

Similar razonamiento al efectuado en relación con los dólares estadounidenses podríamos verificar no sólo respecto a otras monedas extranjeras, sino con referencia a cualquier mercancía, como sería el caso del cobre, del oro, de la plata, del café, etcétera. Pero estos supuestos serán estudiados posteriormente.

El segundo párrafo de la norma analizada, el artículo 1235 del Código Civil, está vinculado al momento que se tomará como referencia para efectuar dicho cálculo de valor. El tiempo previsto es el del día del vencimiento de la obligación.

Pero podría ocurrir que el deudor no cumpla con efectuar el pago de su obligación dineraria el día en que debió hacerlo. En tal caso, el tercer párrafo del artículo 1235 otorga al acreedor de dicha prestación una opción en la ejecución de la deuda entre:

Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación.

Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día en que se efectúe el pago.

Si el día del vencimiento de la obligación el monto a pagar en moneda nacional resultase menor que aquel que se debería abonar el día en que el deudor decida hacerlo, el acreedor optará, sin duda, por la segunda posibilidad. Si ocurriese el supuesto contrario, el acreedor no vacilará en escoger la primera de ellas.

La razón de esta norma estriba en proteger los intereses del acreedor frente a un deudor que incumple su obligación; evitando, además, una posible especulación del deudor en su beneficio y en perjuicio directo de los intereses del acreedor.

C) Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia el valor de una determinada mercancía.

En las cláusulas de estabilización no monetarias, como expresa Uribe Restrepo,⁶¹ a pesar de la gran variedad de modalidades que pueden revestir se distinguen tres grandes categorías: cláusulas mercadería, cláusulas valor mercadería y cláusulas indiciales o de escala móvil.

Así, en las cláusulas mercadería se conviene el pago mediante la entrega de una determinada mercancía distinta al dinero. Dichas estipula-

61 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, pp. 127 y ss.

ciones no pueden considerarse, en rigor, como de corrección monetaria. Ellas excluyen la presencia del dinero, tanto en la obligación como en el pago.

Por otra parte, Uribe Restrepo al referirse a las cláusulas valor mercadería señala que en estas cláusulas la prestación sí consiste en la entrega de una suma de dinero. La extensión de esta obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto al dinero, que interviene sólo para ese efecto; como cuando el deudor cumple entregando el dinero equivalente al valor de mil barriles de petróleo.

Ahora bien, según hemos anotado con anterioridad, entre las cláusulas mercaderías usualmente utilizadas se encuentra la cláusula oro. En relación a esta última, Eduardo Busso⁶² señala que cuando el objeto de una obligación pecuniaria es determinado con relación a cierto contenido o valor oro se configura la cláusula oro, que Nussbaum define como "pacto en virtud del cual el deudor ha de pagar en oro, o en valor oro el importe de la deuda".

Agrega Busso que para Schoo, la cláusula oro es la convención por la que el deudor no podrá liberarse sino mediante el pago de una suma de dinero del mismo valor oro que el contenido en la cantidad recibida en el momento de la conclusión del contrato, siendo indispensable que la moneda de pago tenga el mismo valor real adquisitivo de oro que el que tenía la moneda del contrato.

Para Luis Fernando Uribe Restrepo,⁶³ en la historia del derecho monetario, la cláusula oro es tal vez la más conocida y fue la de mayor empleo por un largo tiempo. Consiste en la obligación del deudor de entregar determinada cantidad de oro físico, o bien de monedas de oro debidamente especificadas. Recuerdo Uribe Restrepo que la cláusula oro, según expone el doctor Alberto Ospina Botero, fue utilizada tanto por los particulares como por los Estados mismos en materia de empréstitos internacionales, y podía revestir dos modalidades: general y especial.

Mediante la primera se acordaba que el pago se haría en moneda oro que tuviera curso legal el día del vencimiento de la obligación y por la segunda se pactaba que se pagaría en monedas de oro de un peso y ley determinados,

62 Busso, Eduardo B., *op. cit.*, nota 21, t. IV, pp. 229 y ss.

63 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, pp. 118 y ss.

cualquiera que fuese la moneda oro que tuviese curso legal al tiempo de cumplirse la obligación.

Dice el mismo Ospina Botero —citado por Uribe Restrepo— que mediante esas cláusulas buscaban protegerse tanto el acreedor como el deudor; el primero contra la posible pérdida de poder adquisitivo de la moneda y el segundo contra un eventual mayor valor que pudiera alcanzar la misma.

Por su parte, Uribe Restrepo, citando a López Santa María, señala que en la clasificación o tratamiento de algunos países, la cláusula oro suele apartarse de las demás cláusulas mercaderías por razones de orden público y por el influjo que dicho metal, tradicionalmente, ha tenido en el sistema monetario.

No obstante, considera el autor citado que entre las cláusulas valor mercadería y las cláusulas valor oro no existe diferencia ontológica. En ambas la extensión de la obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto, ya sea oro, ya sea una mercancía diferente.

Como dice López Santa María “tanto en la cláusula valor oro como en la cláusula valor mercadería el dinero no interviene *in obligatione*”.

A entender de Uribe Restrepo, esta aseveración vale en cuanto enseña la similitud que existe entre las mencionadas estipulaciones; pero disiente de lo que expresa este autor acerca de la situación del dinero dentro de aquellas cláusulas, pues considera que en ellas el dinero interviene no sólo en el pago, sino también en la obligación. El objeto debido es siempre una suma de dinero que, si bien no está determinada al momento del nacimiento de la obligación, es determinable en función del valor oro u otra mercancía.

Para el tratadista argentino Héctor Lafaille,⁶⁴ el acuerdo sobre la denominada cláusula oro ofrece distintas variantes, que motivaron estudios especiales, ya que se ha tornado frecuente a fin de obtener la estabilidad de las transacciones, sobre todo en aquéllas de tracto sucesivo o de largos vencimientos (seguros, préstamos, etcétera).

Refiere Lafaille que, ajustándose a la noción expresada, cabe distinguir dos formas principales: la relativa a moneda de oro (también denominada moneda específica), por una parte, y por la otra, la de valor

64 Lafaille, Héctor, *Derecho Civil*, t. IV, vol. I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943, pp. 158 y ss.

oro, según que se trate de piezas acuñadas, correspondientes a un sistema unitario previsto, o bien de papel moneda por el valor real de dichas piezas.

Continúa precisando que al plantearse la primera hipótesis se está propiamente en el régimen de las cosas fungibles, y debe el deudor procurar el signo convenido, de suerte que solamente cuando él no exista o no sea dado conseguirlo, como si hubiera sido retirado de la circulación, entonces no se extingue la deuda, pero se transforma en la de entregar cualquier especie corriente, en la medida necesaria para adquirir el mismo *standard* de oro contenido en la moneda pactada, lo cual es siempre posible establecer. Anota Lafaille que dicha solución subsidiaria en el supuesto aludido se aplica directamente para el otro, donde se estipuló sobre cosas fungibles determinadas.

Recuerda que cuando se han producido conflictos, a raíz de restringirse el mercado de oro, o de aumentar el precio de ese metal con relación al medio circulante, la principal defensa de los obligados consistió en la supuesta "imposibilidad" de obtener la especie convenida. Pero es de observar que los tribunales se orientaron en el sentido de no eximir de la obligación a oro, convirtiéndola en último grado en la de suministrar la moneda nacional necesaria para adquirir la establecida, o el metal fino que se contiene en la especie estipulada.

Eduardo Busso,⁶⁵ por su parte, señala que la cláusula oro puede revestir dos formas: cláusulas valor oro y cláusulas moneda de oro.

En tal orden de ideas, si la obligación impone al deudor la necesidad de pagar en determinadas monedas de oro o una cantidad dada en oro fino, se configura la cláusula moneda de oro; sosteniéndose, en general, que este tipo de obligaciones vendría a chocar con las leyes de curso legal, cuando se adoptara una moneda de pago distinta a aquélla a la que la ley atribuye tal carácter.

En cambio, cuando las partes convienen en que el deudor deberá entregar en billetes o en la moneda circulante, el valor correspondiente a determinada moneda de oro o a determinada cantidad de oro, surgen las cláusulas valor oro.

Así, se deben 100,000 soles, que representan el día en que se contrajo la obligación el valor de 100 onzas de oro en el mercado de New York. Esto determinará, si existe pacto valorista, que el día en que se

65 Busso, Eduardo B., *op. cit.*, nota 21, t. IV, pp. 229 y ss.

cancele la deuda deba pagarse un monto en moneda nacional equivalente a la cantidad que en soles, el día del pago, representen el valor de esas 100 onzas de oro. Ello tendrá por objeto mantener el mismo valor de la prestación originalmente pactada.

Supongamos que esas 100 onzas de oro ya no tienen como valor 100,000 soles, sino 120,000 soles, el día en que deba efectuarse el pago. El deudor, en este caso, no deberá pagar 100,000 soles sino 120,000 soles, cifra esta última que si bien nominalmente es mayor que la pactada, en un estricto criterio valorista es igual que la pactada.

A entender de Busso, la cláusula moneda de oro combina una deuda de dinero y una deuda de cosa; y en realidad, absorbe a la estipulación valor oro, ya que en la obligación de entregar una moneda **va incluida** la deuda del valor correspondiente a la moneda. En tal sentido es una cláusula valor oro agravada con una deuda de prestación de cosa. En tanto que la cláusula "valor oro" no es un reglamento de la forma del pago, sino una estipulación determinativa del objeto de la obligación, pues no se refiere a "cómo se paga" sino a "cuánto se debe", y en ella el deudor no lo es de determinado número de monedas por su valor nominal, sino de cierto valor oro, teniendo que entregar el número indeterminado de signos monetarios que sean menester para cubrir ese valor.

Si pendiente la obligación, el oro sube, el obligado tendrá que entregar mayor cantidad de monedas; si el oro baja, ocurrirá exactamente lo contrario. La deuda se paga con la moneda en curso, pero se mide en oro, razón por la que sufre las oscilaciones de éste y no las de aquélla.

Uribe Restrepo⁶⁶ señala que, a diferencia de la cláusula oro, la cláusula valor oro tiene por objeto referir la cantidad de dinero que se ha de entregar a la cotización que tenga en el momento del pago una determinada cantidad de oro o moneda de oro; como sería el caso en que se quede a deber la cantidad de dinero necesaria para adquirir en el Banco de la República 800 gramos de oro.

Pero agrega que cabe notar, sin embargo, que el empleo del oro como medida de obligaciones puede arrojar montos que no se compadecen con la naturaleza de la prestación, debido a la tendencia de sobrevaloración como consecuencia del debilitamiento del sistema mone-

66 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, pp. 121 y ss.

tario internacional. De tal modo que esta falta de estabilidad del oro lo torna poco recomendable como medida para determinar una prestación.

En otro sentido, expresa Uribe Restrepo que la licitud de esta cláusula ha sido muy discutida; ante la ausencia de preceptos legales que expresamente avocaran el problema de su validez, correspondió su estudio a la jurisprudencia, habiendo sido Francia el país donde con más amplitud se ha abordado el análisis de su eficacia. Los tribunales franceses —señala—, después de muchas vacilaciones, se pronunciaron por la nulidad absoluta de la cláusula oro. El argumento de mayor peso para sustentar su ilicitud fue el de que ella atentaba contra el orden público al desconocer la soberanía que en materia de regulación del valor y del valor liberatorio de la moneda tiene el Estado.

François Géný ha censurado esa actitud de los tribunales franceses en el sentido de declarar nulas las cláusulas de oro, y argumenta que no existe norma legal que las prohíba expresamente.

A lo que se le ha contestado que para que dichos actos estén viciados de nulidad no es necesario que se prohíban expresamente, puesto que basta su contradicción con el orden público.

Según Uribe Restrepo, la cuestión de la validez de las cláusulas oro se planteó también en el plano del derecho internacional, al haberse pactado aquéllas en convenciones interestatales.

Así, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, al resolver un conflicto surgido con motivo de la ejecución de un empréstito entre Brasil y Serbia, se pronunció por su validez. La misma Francia —según relata Ospina Botero—, empezó a ceder en el campo de las convenciones internacionales, y en la ley del 1 de octubre de 1936 estableció que

La nueva definición del franco no es aplicable a los pagos internacionales que, anteriormente a la promulgación de dicha ley, hayan sido estipulados en francos. Respecto de estos pagos internacionales, la unidad monetaria francesa será definida conforme a la ley monetaria en vigor en Francia en la época en que fue contratada la obligación, causa del pago.

Y al tratar sobre el tema en su país, Uribe Restrepo señala que en el derecho colombiano la cláusula de oro está prohibida. Esto a partir de los decretos 1863 y 1871 de 1931, por los que se suspendió el libre comercio y exportación de oro (habida cuenta de la disminución de las

reservas en aquella época), prohibición que se hizo definitiva con la ley 167 de 1938.

Posteriormente aparece el estatuto cambiario, que en su artículo 37 prescribe lo siguiente: "únicamente el Banco de la República podrá comprar, vender, poseer y exportar oro en polvo, en barras o amonedado. No obstante, las personas naturales o jurídicas podrán poseer y negociar oro amonedado con fines de colección o de ornamento".

Ahora bien, sobre el fin que este tipo de cláusula persigue, Busso⁶⁷ señala que las estipulaciones a oro tienen por finalidad evitar que el valor económico de la prestación pecuniaria prometida quede sujeto a las alteraciones que pueda experimentar el valor del signo monetario pactado, y el fundamento de la confianza que la estipulación a oro despierta en los ambientes comerciales, deriva de las características que son inherentes al oro como mercancía.

Añade que debe tenerse en cuenta, por una parte, que el oro está vinculado al conjunto de la economía universal, y es aceptado como instrumento de cambio en todos los regímenes, y por lo tanto no queda sometido a las vicisitudes contrarias que puedan surgir con relación al proceso económico de un país o de una raza determinados.

Y, por otra parte, su envilecimiento como medio de cambio sólo sobrevendría en el caso de que se produjera un desmedido aumento de su existencia (descubrimientos de minas, yacimientos, etcétera), sin relación con el aumento general de las riquezas, del comercio o de la producción.

Pero este supuesto, sustraído casi totalmente a la iniciativa humana, no tiene un grado de factibilidad que incida en el mercado de los valores, y por todo ello el oro (sea como moneda, sea como mercancía) es el patrón de valores más estable, o —si se quiere— el menos inestable.

Y por último, en lo que respecta a su importancia económica, la trascendencia jurídica del problema de las obligaciones a oro deriva de la extraordinaria difusión de ese tipo de estipulaciones; habiéndose señalado en Estados Unidos que en determinado momento (1933), casi como una rutina, todas las obligaciones contenían la cláusula oro.

Por otra parte, precisamos que en lo relativo al contrato de compraventa, el artículo 1546 del Código Civil peruano establece la licitud de que las partes fijen el precio con sujeción a lo dispuesto en el primer

67 Busso, Eduardo B., *op. cit.*, nota 21, t. IV, p. 230.

párrafo del artículo 1235 del propio Código, precisión que resulta innecesaria y peligrosa, pues podría entenderse que es privativa de dicho contrato, al no haberse establecido normas similares para los otros contratos típicos en los que una de las prestaciones consista en la entrega de dinero. El artículo 1235, lo afirmamos enfáticamente, es de aplicación a todos los contratos.

Ahora bien, frente a la posibilidad de que ciertos acontecimientos económicos impacten directamente a la relación jurídica que adoptó una cláusula estabilizadora, cabe preguntarse si la inclusión de ésta significa su ineludible y forzosa aplicación, de modo que ninguno de los contratantes podría discutirla.

En principio, creemos que a la luz de la buena fe contractual, si ambas partes libremente acordaron incorporar dicha cláusula, la pretensión de conseguir su ineficacia se tornaría estéril.

En el mismo sentido, Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos⁶⁸ señalan que el principio de la buena fe sirve de barrera a la pretensión de invalidar las cláusulas de estabilización, por quien en un inicio se vio beneficiado con ella, cuando ésta se torne, ciertamente, más favorable al otro contratante.

Sostienen, además, que en estos casos el contrato debe mirarse íntegramente y computarse no sólo la onerosidad que pueda derivar hoy de la cláusula, en un tramo limitado de la vida de esa relación jurídica, sino también los beneficios que antes brindó a esa misma parte, para obtener así un resultado equitativo, que establezca el justo equilibrio.

No obstante, somos de la opinión de que, cuando los efectos de la cláusula de estabilización se tornan inequitativos para una de las partes, desequilibrando el valor de las prestaciones, por excepción, deberá buscarse una salida a la aplicación de dicha cláusula por haberse configurado un elemento distorsionante en la relación jurídica.

Habrà entonces que recurrir a los patrones clásicos que nos ofrecen las teorías del error, la lesión o la imprevisión o a la formulación de una solución nueva que permita establecer el equilibrio en el valor de las prestaciones, que se ha perdido por acontecimientos que impactan el normal funcionamiento de las cláusulas de estabilización. Tales acontecimientos son:

68 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 356.

— En el supuesto de haberse pactado una cláusula valor moneda extranjera: la inestabilidad de la moneda elegida y/o las distorsiones en el mercado cambiario.

— En el caso de haberse pactado una cláusula valor oro o de ciertas mercancías: las fluctuaciones en el precio de las mercaderías o metales elegidos, o la posible intervención estatal sobre aquél.

Al respecto, Mosset Iturraspe⁶⁹ anota que si bien contratar es prever, a nadie se le puede exigir la previsión o anticipo de lo imprevisible por extraordinario e inevitable; una pretensión semejante puede muy bien calificarse como abusiva o contraria a la buena fe.

Afirma así, que las cláusulas de estabilización, lo mismo que cualquier otra cláusula que integre el contrato, puede estar viciada o afectada por un acontecimiento imprevisible.

Continuando con nuestros comentarios al artículo 1235 del Código Civil, consideramos preciso analizar si una deuda dineraria, al ser actualizada mediante una cláusula valorista, se convierte en una deuda de valor.

Al respecto, debemos señalar que mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista, el pago de una obligación dineraria tendrá un monto determinable, puesto que éste se encontrará referido al patrón sobre el que las partes han depositado su confianza, de modo que lo debido al momento de contraer la obligación no es ya una cierta suma de dinero, sino más bien un cierto valor.

Se ha dicho que el pacto de la actualización de una deuda dineraria significa otorgarle el tratamiento de las obligaciones de valor, señalándose que dicha indexación importaría la "novación" de una deuda dineraria por una de valor, toda vez que las partes mediante una cláusula de estabilización se obligan a entregar una cantidad o suma de dinero corregida a tenor de la depreciación monetaria.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,⁷⁰ a la luz de las reflexiones de Félix A. Trigo Represas, Augusto Morello y Antonio Trócoli, señalan que todas las obligaciones dinerarias deben ser consideradas como si fuesen obligaciones de valor, ya que lo que se debe, en definitiva, no es una suma de dinero, en cuanto tal, sino el poder adquisitivo

69 Citado en Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, pp. 354 y ss.

70 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, pp. 114 y 115.

“valor” que la misma tenía al momento del nacimiento del derecho creditorio.

Para cerrar el análisis de las cláusulas de estabilización es necesario apuntar que éstas tienen una finalidad distinta a aquella otorgada a los intereses que es, como hemos señalado con anterioridad, la de mantener el equilibrio del valor de las prestaciones, objeto de obligaciones de dar sumas de dinero, al protegerlas de la depreciación o desvalorización monetaria.

El devengamiento de intereses, en cambio, se produce sea para compensar el costo de oportunidad del crédito otorgado o el aprovechamiento del capital prestado, sea para indemnizar el retraso acaecido en el pago.

Se trata pues de dos materias distintas; por ello, sin temor a equivocarnos podemos afirmar que en un contrato en el que se haya pactado una cláusula de estabilización, naturalmente procede el devengamiento de intereses de cualquier tipo.

Para Eduardo Zannoni,⁷¹ el rubro de intereses y el correspondiente a depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa diferente, los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario en signo monetario envilecido.

Así también lo entienden Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,⁷² quienes al respecto señalan que resulta impropio denominar interés a ciertas escorias, entre las que cabe incluir, en primer lugar, el incremento de la tasa para cubrir la depreciación monetaria.

Esta aseveración pone de manifiesto, a nuestro modo de ver, la inconsecuencia lógica que tendría la aplicación de una tasa de interés que únicamente pretenda cubrir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, toda vez que como señalan los referidos autores se estaría disimulando la compensación por desvalorización monetaria, bajo la apariencia de un mal llamado “interés”.

71 Zannoni, Eduardo, *op. cit.*, nota 50, p. 131.

72 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 113.

Antes de zanjar la cuestión sobre la compatibilidad del pago de intereses con el sistema de actualización de deudas, consideramos necesario anotar el planteamiento que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespino⁷³ elaboraron en torno al tema. Al respecto, señalan que en la medida que se considere que el acreedor debe ser compensado por las pérdidas sufridas en forma total, producida la actualización de las obligaciones de dar sumas de dinero, cabe preguntarse si el acreedor tendría derecho a recibir una suma adicional en concepto de intereses.

La satisfacción del acreedor no opera únicamente con la actualización del crédito, pues, aunque por esta vía ha de recibir una cantidad nominalmente superior a la adeudada, en realidad —midiendo todo en valores— se le estará entregando exactamente lo mismo que le era originariamente debido. La actualización de los créditos, por tanto, no constituye obstáculo para que se admita la procedencia del derecho a percibir una compensación a la que generalmente se le da el nombre de “intereses”.

Un tema en extremo interesante que plantea Mosset Iturraspe⁷⁴ es el de la posibilidad de revisión judicial de las cláusulas valoristas o de estabilización. Si pactada una cláusula de reajuste (que equivale a decir que las partes han previsto la depreciación y se anticipan a ella dando pautas para la recomposición de la deuda dineraria) puede el juez a petición de uno de los celebrantes, que invoca la excesiva onerosidad de la cláusula, decidir su injusticia o inequidad, reajustarla, corregirla o sustituirla por otra que estime más adecuada al caso.

Señala Mosset Iturraspe que la cuestión ha dividido a la doctrina, habiéndose mencionado, como argumentos en contra de la posibilidad de revisión, los siguientes:

a) La cláusula de garantía o estabilización en general, y las cláusulas monetarias en particular, tienen por finalidad proteger a las partes contra los efectos de la depreciación del dinero (Dalmás Saint-Hilaire).

b) Buscan salvaguardar al acreedor contra el riesgo de la desvalorización de la moneda, de modo de conservar un poder adquisitivo constante (Trimarchi, Trabuchi, Mosco, etcétera).

73 Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespino, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 224.

74 Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 60, pp. 130 y ss.

c) Sirve para desplazar un riesgo, casos en los que existe el peligro de que se modifiquen las circunstancias, debido a la fluctuación de los precios; los contratantes acuerdan trasladar este riesgo de la futura mutación, hacia una de las partes, desplazándolo totalmente, o bien repartiéndolo entre ambas (Atiyah, Corbin, Martorano, etcétera).

d) Incluir una cláusula de la escala móvil o revisión del contrato significa que el deudor acepta la desvalorización monetaria (Mouralis).

e) La cláusula monetaria vuelve superfluo el remedio de la excesiva onerosidad; al reaccionar sobre la misma causa de la onerosidad, limita o elimina su incidencia en la especie (Boselli).

f) Por su intermedio el acreedor logra una tranquilidad, una libertad de preocupaciones, ya que se asegura a través del mecanismo de la asunción de riesgos (Betti); y el deudor se constituye en asegurador del acreedor (Planiol, Ripert, Esmein).

g) Nada hay en tales cláusulas que signifique un abuso de derecho o un enriquecimiento sin causa (Gamarra), porque la cláusula no enriquece al acreedor sino que evita, a lo sumo, que se empobrezca; su objetivo es el mantenimiento del valor real de la prestación (Di Majo).

h) De donde, concluye, la teoría de la imprevisión no es compatible con la cláusula monetaria, en la medida en que dicha cláusula de mantenimiento del valor de la prestación, reduce el área donde puede operar dicha teoría (Gamarra).

i) La apertura del contrato a la realidad está contemplada por dichas cláusulas, llamadas de escala móvil, que permiten la revisión del contrato —pero de acuerdo con lo previsto por las mismas partes—, siendo, por tanto, una excepción al principio de la no revisión o intangibilidad del negocio (Carbonnier).

j) De ahí que la cuestión de la imprevisión pierda interés; las variaciones importantes en los precios forman parte de su previsión (Marty y Reynaud).

k) Por medio de las cláusulas monetarias se consagra una teoría de la valorización de los créditos, que no se funda en la noción criticable de la imprevisión (Noirel).

l) Son, por tanto, cláusulas que excluyen la imprevisión, porque el acontecimiento pasa a ser previsto, o porque logran cumplir la misma función que esta teoría tiende a llenar, adaptando el contrato a los cambios que se producen después de su perfeccionamiento (Gamarra).

m) No se puede hablar de imprevisión, porque la cláusula de reajuste constituye precisamente la previsión que las partes introducen en la convención para el caso de que exista variación en el valor real de la prestación dineraria, en aquellos contratos de ejecución diferida o continuada (Bustamante Alsina).

n) Porque no existe excesiva onerosidad —aunque el monto de la deuda se acreciente nominalmente en términos que aparezcan excesivos a raíz de índices que alcancen niveles que las partes no pudieron prever—, ni siquiera mayor onerosidad de una de las prestaciones en relación con la otra (Bustamante Alsina).

ñ) Cualquiera que sea el índice aplicable para repotenciar la deuda, siempre ese índice será el reflejo del deterioro del poder de compra del dinero, de manera que no aumenta la deuda sino que se produce una adecuación del valor nominal o cantidad numérica originaria al valor real del dinero al tiempo del pago. La cantidad de dinero será mayor, pero el poder de compra de ese capital repotenciado seguirá siendo igual, es decir, se conserva constante y, con ello, se mantiene el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas respetándose la justicia conmutativa que está en la esencia del sinalagma contractual (Bustamante Alsina).

o) La posibilidad de revisión significa prácticamente anular la cláusula en moneda extranjera, en tanto deja de ser apta para conservar el poder adquisitivo del dinero (Gamarra).

Mosset Iturraspe considera que a los autores citados no les asiste razón al sostener la incompatibilidad de la teoría de la imprevisión con la cláusula monetaria. Empero, para contestar a los argumentos expuestos es necesario, previamente, separar algunas cuestiones que en ellos se entremezclan.

a) No están en discusión las cláusulas de estabilización, su licitud y función que —salvo lo dicho para las monetarias— comparte Mosset Iturraspe y reitera —además— su enorme relevancia como instrumento para conservar el equilibrio frente a las alteraciones previsibles. Traducen el cuidado y el deber de anticipación que la buena fe impone a quienes actúan en el tráfico negocial.

b) Tampoco es el tema debatir si el índice o escala móvil incluido en la cláusula, causa o no excesiva onerosidad; perjudica a una parte, y beneficia a la otra; extremos sin los que el instituto no funciona.

c) Lo mismo cabe decir acerca de si el índice, cualquiera que sea, en la hipótesis analizada el dólar, refleja el deterioro del poder de compra del dinero o, por el contrario, se trata de un índice de mayor sensibilidad o que se aparta de las variaciones en los precios internos de la economía nacional.

d) De donde sólo deben ser contestados los argumentos que dicen de la idoneidad de las cláusulas de reajuste, como fruto de la previsibilidad de las partes, para anticipar, corregir o repartir el riesgo imprevisible.

e) Las partes sólo pueden prever lo previsible; no pueden repartir ni atribuir un riesgo cuya entidad se desconoce. Contradice a la buena fe que se pretenda han asumido lo desconocido, en sus resultados patrimoniales; es una pretensión que se aparta de la finalidad reconocida a la cláusula y configura un innegable abuso de ella.

f) La cláusula de estabilización, cualquiera que sea ella, integra el contrato, no se coloca fuera ni lo hace exorbitante; sigue por tanto sus reglas y de ahí que no escape, si se vuelve excesivamente oneroso para una de las partes, a la posibilidad de revisión judicial.

En nuestra opinión las cláusulas valoristas son perfectamente lícitas y en nada afectan el orden público. Por lo demás, la ley las admite en forma expresa.

Ahora bien, frente a esta posibilidad, cabe preguntarse si el ajuste opera únicamente sobre el capital o sobre el monto que resulte del capital al que se le han adicionado los intereses.

En la medida que se considere que el interés capitalizado pierde su individualidad, para formar una totalidad distinta al capital original y a los intereses, tenemos que la base de reajuste del crédito estará constituida precisamente por esa totalidad, de modo que el ajuste operaría sobre el monto total del crédito, entiéndase: capital más intereses capitalizados.

Ante ello, recordamos una expresión que Jorge Mosset Iturraspe⁷⁵ vertiera en una ponencia presentada en las Jornadas sobre Indexación, en la ciudad de Rosario, Argentina: "la aceptación del principio valorista no se compadece con una reparación por vía de interés".

⁷⁵ Citado en Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 224.

Sin embargo, esto no fue siempre visto así, pues conforme señala el mencionado profesor, muchos de los autores que se enrolan en la procedencia del reajuste en las obligaciones de dar sumas de dinero, idearon un mecanismo consistente en indemnizar al acreedor por medio del pago de una tasa de interés que contemple adecuadamente el coeficiente por pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Algunos llegaron incluso a sostener que sólo pueden ajustarse las deudas moratorias o morosas, lo que resulta ilógico, ya que ello nos permite afirmar que el supuesto de incumplimiento doloso no da lugar a indemnización por depreciación monetaria.

Al respecto, Jorge Peirano⁷⁶ pone de relieve la inconveniencia de elevar a la categoría de tabú, la afirmación de que sin mora no puede haber ajuste.

Por su parte, el artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 no ha estado libre de críticas, a nuestro entender injustificadas.

Una de ellas provino de un grupo de investigación de la revista *Thémis* (integrado por José Alfredo Jiménez, Alberto Rebaza y Verónica Zavala) que, dentro de su trabajo titulado "Indexación y derecho", sostenían que en el caso del artículo 1235 el legislador había dado esta prerrogativa únicamente a los contratantes, sembrando en nombre de una seguridad (seguridad que consiste en saber al momento de obligarse el *quantum* de dicha obligación) una gran injusticia, porque a falta de pacto los jueces tenían que guiarse por el principio nominalista; que —a entender de los autores— hizo sin buscar un medio adecuado para lograr la seguridad jurídica junto con la justicia que en este caso es recibir aquello que realmente se pactó.

Adicionalmente se dijo que al relegar el principio valorista solamente a los acuerdos contractuales se estaba dejando de lado aquellos casos de responsabilidad extracontractual, en que el deudor de la indemnización se ve favorecido por el envilecimiento diario de la moneda que fue utilizada para cuantificar el daño al momento de interponer la demanda; hipótesis en la que instituciones del derecho civil como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación y otras no son aplicables.

⁷⁶ Citado en Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; y Vallespinos, Carlos Gustavo, *op. cit.*, nota 26, p. 111.

Agregaban que es en estos casos en que el juez se encuentra en la disyuntiva de ignorar el derecho en nombre de la justicia o de ignorar la justicia en nombre del derecho.

Recordaban, además, que países como Argentina y Chile, que han convivido con una inflación similar, optaron por la justicia, pues su sistema jurisprudencial así se lo permitía; en tanto que en nuestro país es prácticamente imposible puesto que, si un juez no aplica la ley pertinente, en este caso el artículo 1234 del Código Civil, caería en prevaricato.

Por todas esas razones consideraron que la solución debía provenir de la legislación y que en ésta se aceptara el principio valorista. Precisaban que no creían que fuese necesario que se cometieran injusticias como las que se dieron en Chile y Argentina en el periodo de transición del nominalismo al valorismo judicial, cuando sobre controversias similares se emitían sentencias opuestas.

Pero, sin embargo, eran conscientes de los perjuicios que podían sufrir en ciertos casos los deudores de una prestación cuando veían que ella era revalorizada, por lo que no podemos —así lo manifestaban— dejar de lado las enseñanzas de la jurisprudencia, especialmente la argentina, que indexó cuidándose de no causar un sacrificio excesivo al deudor.

Al respecto, Jorge Mosset Iturraspe⁷⁷ anota que la jurisprudencia argentina de los últimos tiempos, incluidas las decisiones de la Corte Suprema, se muestra partidaria de las cláusulas de estabilización de la moneda, en general, sin entrar a distinguir entre las cláusulas económicas y las monetaristas, habiendo declarado la Corte Suprema que:

La finalidad de la actualización monetaria consiste en mantener el valor económico real de las sumas en cuestión frente al paulatino envilecimiento de la moneda.

En circunstancias en que los valores sufren una permanente distorsión por influencia del envilecimiento de la unidad monetaria, la falta de reajuste del *quantum* en que la obligación se traduce afecta el derecho de propiedad del acreedor.

La diferencia de valores entre una y otra época no refleja sino el incremento de los precios en ese lapso por virtud de la depreciación monetaria. Es tan solo una diferente expresión nominal de los valores pero no significa,

77 Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 60, pp. 126 y ss.

propiamente, un mayor costo, sino la exteriorización de las fluctuaciones del poder adquisitivo de nuestra moneda.

La actualización del monto nominal **no hace a la deuda más onerosa en su origen, sino que mantiene su valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda.**

Al no ser el dinero un fin en sí mismo, sino un medio que como denominador común permite medir cosas y acciones **muy dispares en el intercambio, la igualdad de las prestaciones exige que responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas.**

Cuando el equilibrio se altera a causa del proceso inflacionario, **que al menguar el poder adquisitivo de la moneda disminuye el valor real de las prestaciones, su restablecimiento exige el reajuste de la deuda. Sólo así, en la medida en que al acreedor se le restituya lo mismo que en su momento otorgó, queda incólume el derecho de propiedad que consagra el artículo 17 de la Constitución nacional.**

El reajuste del capital en función de la desvalorización monetaria tiende a otorgar al acreedor el mismo valor que tenía derecho a recibir si hubiera aceptado el pago inmediato de haberle sido ofrecido, sin que se le agregue ningún valor adicional; de lo único que se trata es de recomponer el valor de la moneda de manera que el deudor pague y el acreedor reciba un valor equivalente al que se pretendió efectivizar con anterioridad a la promoción del juicio por consignación.

De las Ejecutorias anotadas por Mosset Iturraspe queda claro que la Corte Suprema argentina era partidaria, por las razones recordadas en los fallos citados —a los que se puede agregar muchos otros—, del reajuste de la deuda dineraria, admitiendo la recomposición por acuerdo de partes, tanto con base en las cláusulas de estabilización como por obra del juez de la causa.

El citado autor también considera importante recordar que el más alto tribunal de la República Argentina ha declarado que:

No necesariamente la misma cantidad de dólares estadounidenses implica el idéntico poder adquisitivo de la retribución en dos países diferentes, desde que el tipo de cambio y costo de vida en cada uno, enerva cualquier igualdad que quiera establecerse desde esta perspectiva, poniendo de manifiesto las situaciones desiguales que puede plantear la moneda extranjera.

Las conclusiones que reputan previsibles las grandes devaluaciones de nuestro signo monetario con relación al dólar, posteriores a noviembre de 1980 y marzo de 1981, importan prestigiar la incidencia que los habitantes deben acordar a ciertos rumores, creencias o conjeturas de algunos especialistas, en desmedro de las pautas que proporcionan los gobernantes en los asuntos que son de su competencia, remarcando que las promesas o los pla-

nes oficiales de estabilización monetaria tienen, para el ciudadano, una amplia base de credibilidad.

Por nuestra parte, concluimos afirmando que la virtud del precepto comentado radica en que él constituye una cláusula de salida al principio nominalista.

Es cierto que en el Perú de hoy carece de significación la pugnaz diferencia entre el nominalismo y el valorismo. La política económica permite toda clase de pactos en moneda extranjera o mercancías. Carecería pues de sentido, teniendo a la mano, por ejemplo, dólares estadounidenses, no estipular directamente en esta moneda, que sin dificultad alguna puede constituirse en la prestación *in obligatione*, para apelar a la moneda nacional como objeto de la obligación y establecer de modo referencial, para el tiempo del pago, esa moneda extranjera.

Pero no debemos olvidar dos realidades. Primero, que en las últimas décadas el Perú ha sido un país tradicionalmente restrictivo para la contratación en moneda extranjera, y que ello determinaba, ante la obligatoriedad de pactar en moneda nacional, que el acreedor ocasionalmente deseara protegerse con la estipulación valorista.

Y luego, que ante el relativo criterio de permanencia que debe presidir la vigencia de un Código Civil, la conducción económica es mucho más fluctuante —a menudo errática— y nada hace predecir que una economía hoy liberalizada continúe con los mismos patrones de conducta durante todo el plazo de vigencia del cuerpo civil.

Por lo demás, la filosofía que inspiró a los autores del Código fue que la generalidad de las transacciones comerciales a plazo se realicen en moneda nacional. Pero que en casos excepcionales —por ejemplo en la venta de un bien inmueble a pagarse en cinco años— pudiera pactarse el valorismo, ya que de lo contrario el envilecimiento de la moneda nacional durante ese lapso, y la correlativa revaluación del inmueble, generarían serios deterioros en un equilibrio contractual que las partes, sin duda, deseaban que prevaleciera.

6. JURISPRUDENCIA PERUANA DEL ARTÍCULO 1235

El tema del pago de una obligación contraída en moneda nacional, pero sujeta a algún índice de referencia registra las siguientes Ejecutorias Supremas:

I. "La cláusula de un contrato, referente a la reducción de la deuda a moneda extranjera, al tiempo del pago, es opuesta a las leyes".⁷⁸

II. "La estipulación en virtud de la cual se obliga a devolver en moneda extranjera un mutuo recibido en moneda nacional, se tiene por no puesta, quedando vigente el contrato en todo lo demás que contiene".⁷⁹

III. "Las fluctuaciones del cambio son de orden público. Son nulos los pactos orientados a eludirlas.

No se puede pactar el pago del capital mutuado en moneda nacional con arreglo al valor de cambio de su equivalente en moneda extranjera en la fecha del contrato.

Aplicación de los artículos 1581 y 1573 del Código Civil y su concordado el artículo III del título preliminar del propio Código.

(Nota. En el caso de esta ejecutoria se dio en mutuo cierta cantidad de dinero en moneda nacional, reduciéndose contractualmente a dólares para los efectos de su nueva conversión a soles en el momento del pago)".⁸⁰

7. CONCORDANCIAS NACIONALES

Nominalismo, artículo 1234 del Código Civil. Fijación del precio con arreglo a fórmulas valoristas, artículo 1546 del Código Civil. Imposibilidad de devolución del bien por el mutuuario, artículo 1661 del Código Civil. Reajuste de la renta vitalicia, artículo 1930 del Código Civil.

78 Ejecutoria del 13 de enero de 1936. *Revista de los Tribunales*, p. 31 (artículos 1584 del Código Civil de 1936 y 1234 del Código Civil de 1984).

79 Ejecutoria del 19 de noviembre de 1965. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 268, 1966, p. 675 (artículos 1584 del Código Civil de 1936 y 1234 del Código Civil de 1984).

80 Ejecutoria del 17 de noviembre de 1970. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 326, 1971, p. 395 (artículo III, título preliminar, 1573 y 1581 del Código Civil de 1936 y 1234 del Código Civil de 1984).

CAPÍTULO IV

FECHA CONSIDERADA PARA RESTITUIR UNA PRESTACIÓN DETERMINAR SU VALOR O ACTUALIZAR UNA PRETENSIÓN DINERARIA

1. ARTÍCULO 1236

El texto original del artículo 1236 del Código Civil de 1984 era el siguiente:

“Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

2. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1236

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a los daños y perjuicios, citamos la *Ley de las Siete Partidas*, ley 35, título XI, partida quinta: “el que promete de dar o de fazer alguna cosa a dia cierto, e non la dio, nin la fizo, de alle adelante, aquel puede demandar lo que fue prometido, con todos los daños e los menoscabos que rescibio por razón que non cumplió aquello que prometió”.

En relación al caso fortuito, es fuente de este numeral la ley 8, título VIII, partida quinta.

Y, por último, en lo que atañe a la prueba de la irresponsabilidad, tenemos a la ley 15, título VIII, partida quinta.

En la República del Perú, el artículo 1236 no registra antecedente alguno en el proyecto de Código Civil del doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el proyecto de Código Civil de 1890; en el primer anteproyecto de libro quinto, elaborado por el doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en

el segundo anteproyecto de libro quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; en el Código Civil de 1936; en la alternativa de la ponencia del doctor Jorge Vega García, del año 1973; en el anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980; en el proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981; ni en el proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984.

3. ANÁLISIS

El contenido del artículo 1236 del Código Civil peruano de 1984, en su texto original, fluía del artículo 1235 que acabamos de comentar. Aquél resulta de estricta justicia, ya que si se busca proteger el valor de la prestación, dicha protección deberá otorgarse hasta el momento en que se efectúe el pago o se ejecute tal prestación.

Como expresan los profesores franceses Starck, Roland y Boyer,⁸¹ cuando la deuda tiene por objeto una restitución o un reparación, se habla de deuda de valor. Se trata de una noción que la doctrina francesa, bajo la influencia del derecho germánico, ha dado a conocer para explicar las numerosas soluciones del derecho positivo.

La idea general es eliminar la incertidumbre de la depreciación monetaria, difiriendo el momento de la evaluación: la deuda "en lugar de estar fija a una determinada cifra por adelantado, lo está según un 'valor' real, ella misma apreciada en el momento del vencimiento".

Agregan que, según un análisis, la deuda de valor residiría en una obligación de hacer sujeto al deudor para procurar al acreedor cierto resultado, sea cual fuere el precio, mientras que la deuda en efectivo consistiría en una obligación de dar sustento sobre una cantidad fija de unidades monetarias.

En este punto consideramos conveniente recordar la diferencia entre las denominadas deudas de dinero y las llamadas deudas de valor. A entender del profesor Uribe Restrepo,⁸² la distinción entre deudas de dinero y deudas de valor tiene su origen en la revaluación alemana. Dicha revaluación fue ordenada por la ley, y en ella se distinguía entre

81 Stark, Boris, Roland, Henri; y Boyer, Laurent, *Obligations*, 4ª ed., París, Litec. Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 77.

82 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 60. pp. 49 y ss.

diversas clases de obligaciones, otorgando a cada una de ellas distintos reajustes.

Refiere Uribe Restrepo que para aplicar estas medidas legales, la jurisprudencia hubo de distinguir entre obligaciones que habían nacido referidas a una suma de dinero (*Gelschuld*), de otras que, aunque finalmente debían ser canceladas en dinero, no habían tenido originalmente por objeto dinero (*Wertschuld*). Dentro de esta última clase, ubicó tres grupos: las obligaciones indemnizatorias, las obligaciones restitutorias y las obligaciones derivadas del enriquecimiento sin causa.

Las *Wertschuld* constituyen el antecedente directo de las denominadas deudas de valor. Para muchos, son una categoría necesaria para aplicar el realismo o valorismo monetario a problemas jurídicos específicos.

Señala que Malaurie hace la siguiente distinción: en las obligaciones de dinero, éste figura tanto *in obligationi* cuanto *in solutione*, ya que de un lado define la extensión de la obligación, y de otro define los medios de pago. En las obligaciones de valor, el dinero sólo figura *in solutione*; es decir, sirve para evaluar la obligación para efectos del pago.

Por su parte, el doctor Max Arias Schreiber Pezet,⁸³ comentando el artículo 1236 del Código Civil, afirmaba lo siguiente:

Finalizamos el comentario de este capítulo expresando nuestra opinión sobre los efectos que tiene la devaluación monetaria respecto de la indemnización que solicita quien ha sufrido por parte de un obligado la inejecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación, habida cuenta de la lentitud de los procesos y de que generalmente transcurre un tiempo que hace irrisible la cantidad solicitada por el actor para su debida reparación. Estimamos que en estos casos estamos en presencia de lo que en doctrina se conoce como obligaciones de valor, que son aquellas en las cuales el dinero es sólo una medida de valor destinada a la recomposición del patrimonio del acreedor, de modo que cuando se satisface la reparación por el incumplimiento la suma que se paga debe ser la que se calcula al que tenga el día del pago, esto es, debidamente reajustada para evitar el desmedro que resulta de una desvalorización por la pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda utilizada para el pago del resarcimiento por concepto de inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación.

Resulta fundamental reiterar que la tesis que hemos expuesto tiene como fundamento o respaldo la distinción que hacemos entre las obligaciones de

83 Arias-Schreiber Pezet, Max, *Luces y sombras del Código Civil peruano de 1984*, vol. II, Lima, Librería Studium, 1992, pp. 64 y 65.

dinero y las obligaciones de valor. Estas últimas encuentran cabida, por lo demás, en el artículo 1236 del Código Civil, según el cual 'cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario'. El artículo 1236 es, a diferencia del artículo 1234, tributario del sistema valorista y si bien es exacto que su texto está referido a la restitución de una prestación —lo que obviamente no cubre la variada gama del resarcimiento por inejecución de las obligaciones—, funciona a nuestro entender como una regla general que se extiende a todas las obligaciones de valor y que abarca inclusive los efectos de la responsabilidad extracontractual. Alterini, Ameal y López Cabana han tratado en cierta forma del tema cuando hablan de la llamada indexación indirecta, que actúa por vía refleja, y señalan diversos fallos en los cuales 'se ha resuelto la revalorización de la deuda dineraria en caso de mora', lo que 'es también aplicable a las pretensiones de cobro de letras de cambio, pagarés, cheques y también cabe la aplicación de dicha doctrina en los juicios ejecutivos normados por el Código Procesal. Artículos 520 y siguientes [...]'.

No existe en el Perú jurisprudencia sobre este particular y la tesis que hemos sostenido constituye un serio intento de corte doctrinario destinado a evitar grandes injusticias generadas por el traumatizante fenómeno de la devaluación monetaria. Reconocemos, por lo demás, que el texto del artículo 1236 es limitativo y que debió ser elaborado con mayor flexibilidad. Pero este hecho —que por cierto deberá ser superado en el futuro— no nos impide afirmar que el dispositivo en cuestión contiene la regla valorista que deberá funcionar para todas aquellas obligaciones que no sean de dinero sino de valor.

En conclusión, sostenemos que en el artículo 1236 del Código Civil está la respuesta a la angustiada e injusta situación que surge como consecuencia de la devaluación monetaria y que la regla valorista que contiene es aplicable a toda la problemática de la inejecución de las obligaciones y se hace extensible a la responsabilidad extracontractual, pues en ambos casos están unidas por un denominador común: su carácter resarcitorio.

En este punto debemos precisar que el artículo 1236 ha sido modificado por el Decreto Legislativo número 768 —nuevo Código Procesal Civil— promulgado el 29 de febrero de 1992 y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 4 de marzo de 1992.

El nuevo texto del artículo 1236 establece lo siguiente:

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.

El juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo

1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada.

La actualización del valor es independiente de lo que se resuelve sobre intereses.

Como se recuerda, en virtud del mencionado Decreto Legislativo se dispuso que el Código Procesal Civil debió entrar en vigencia el 1 de enero de 1993. Sin embargo, posteriormente, a través del Decreto Ley número 25940, se prorrogó la *vacatio legis* hasta el 28 de julio de 1993, fecha desde la que nos rige.

Consideramos que el nuevo texto del numeral 1236 del Código Civil es acertado; pues, después de recoger en su primer párrafo los principios del precepto original, prevé en el párrafo segundo una norma que faculta a los tribunales a efectuar, incluso durante el proceso de ejecución de sentencia, la actualización de prestaciones dinerarias.

Otro aspecto relevante es que a través del segundo párrafo del nuevo artículo 1236 se autoriza a los jueces a emplear cualquiera de los índices de estabilización contemplados por el artículo 1235 del Código Civil, que antes hemos comentado.

Sin embargo, se precisa que deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada. Esto significa, a nuestro criterio, que el juez tendría que explicar por qué razón ha adoptado un índice de referencia determinado y no otro. Entendemos que el índice que escoja el juez debe estar íntimamente relacionado con la desvalorización de la suma dineraria adeudada, a fin de que la misma mantenga intacto su poder adquisitivo.

Como se observa, en estos casos el problema con que debe enfrentarse el valorismo es el relativo a la elección de un indicador económico adecuado para medir los cambios en el poder adquisitivo de la moneda.

Según Uribe Restrepo,⁸⁴ una primera distinción se haría sobre la base de la clase de poder adquisitivo buscado por las partes. Dicho poder adquisitivo puede ser interno o externo.

Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, afirma que debe presumirse, por regla general, que las partes están interesadas en adquirir poder adquisitivo interno, presunción que en ciertos casos de operaciones rela-

84 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, pp. 44 y ss.

cionadas con el comercio exterior podría ser desvirtuada, con el objeto de que se midiera el poder adquisitivo con base en el tipo de cambio.

Refiere Uribe Restrepo siguiendo a Hirschberg que, en el campo interno, son tres las alternativas que se presentan frente al problema de cómo medir las fluctuaciones en el poder adquisitivo.

Una primera solución sería la de dejar a los jueces la facultad discrecional de escoger el índice que consideren más adecuado. Esta solución fue acogida durante la revaluación alemana, y criticada por Hirschberg porque la incertidumbre acerca de cuál iba a ser el criterio que iba a seguir el juez condujo a litigios innecesarios.

Considera Uribe Restrepo que resulta evidente, dentro del marco de la solución valorista, que no parece prudente dejar a la entera voluntad de los jueces la elección del índice que determine la fluctuación en el poder adquisitivo, pues en el fondo estarían determinando la extensión misma de la obligación, ya que evidentemente esta puede llegar a montos muy distintos según el índice utilizado, creando así inseguridad y aun desigualdades.

Anota Uribe Restrepo que una segunda solución sería la de establecer distintos índices según el tipo de contrato, o mejor, según el tipo de acto jurídico que dio lugar a la obligación dineraria. Dividiría así los contratos relacionados con el consumo, o con la producción y el comercio mayorista, o con el crédito y la inversión, y se aplicaría a cada categoría un índice apropiado.

Pero sin embargo esta solución, aunque aparentemente más justa y técnica, implicaría un gran esfuerzo por parte del legislador y sólo serviría para fomentar más litigios (se empezaría por discutir sobre la categoría a que pertenece el respectivo acto), lo que dista mucho de ser lo ideal.

La tercera solución, y tal vez la más práctica, es la de escoger arbitrariamente un índice determinado.

En tal orden de ideas, y no obstante considerar acertada la reforma del texto original del artículo 1236 del Código Civil peruano, sostenemos que un uso inadecuado por parte de los tribunales acerca de esta facultad de reajuste de las obligaciones dinerarias, podría consagrar arbitrariedades o montos excesivos, si se adoptasen reajustes con base en determinados indicadores.

Por lo demás, resulta evidente que el artículo 1236 del Código Civil constituye una excepción al principio nominalista en las obligaciones dinerarias dentro del régimen peruano a este respecto.

Enseña el profesor colombiano⁸⁵ que, dentro de una economía, como la actual, que se caracteriza por la inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, no pueden los jueces, que son en última instancia los llamados a darle vida y sentido al derecho, permitir que el principio nominalista, concebido para regir una situación económica bien diferente, continúe aplicándose con una rigidez tal que sólo conduzca a vulnerar principios indiscutibles del derecho como la justicia y la equidad.

Por el contrario —dice Uribe Restrepo—, se requiere que las normas jurídicas sean interpretadas en una forma dinámica, que permita alcanzar los fines por ellas perseguidos. Es entonces cuando los jueces, ante la ausencia de una normatividad legal adecuada, deben apelar a principios generales del derecho, para impedir que se pronuncien fallos que repugnan o chocan con los conceptos más elementales de justicia.

Uribe Restrepo recuerda a Ospina Botero, cuando enseña que

A pesar del criterio nominalista, la doctrina no ha dudado en enfrentarse a dicho postulado, como quiera que desconoce la realidad económica en que se desenvuelven los pueblos en el presente siglo, y aparece repugnante que se hagan sucumbir los principios de la buena fe, la equidad, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión, etcétera, para darle paso a una ficción que en momentos de inestabilidad monetaria, como en los que hoy se vive, puede conducir a irritantes desequilibrios en el cumplimiento de las prestaciones; debiendo tenerse en cuenta que para la época en que fue redactado y puesto en vigencia el Código Civil [se refiere al de Colombia], las condiciones económicas eran diferentes a las actuales. Tampoco se puede perder de vista que una sana interpretación, dentro de los métodos modernos de hermenéutica de la ley, permite indagar y determinar el sentido de ella, sin que interese tanto el que pudo tener al momento de dictarse, cuanto el que pueda tener al momento de ser aplicada. Si el derecho es dinámico, la mencionada regla no puede configurar una tranquera insalvable, ni se puede levantar como una columna de Hércules que pueda atajar la evolución de la pujante jurisprudencia que hoy clama, en todas las latitudes, por aplicar en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias diferidas, su pago con la consiguiente corrección monetaria cuando ha sido muy notoria la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

De esta manera —dice Uribe Restrepo—, frente al viejo principio nominalista que desconoce la indiscutible realidad de la depreciación monetaria, se erigen otros principios que fundamentan en ciertos casos la licitud y la necesidad de la corrección monetaria en el pago de las obligaciones de dinero de ejecución diferida, para que así se proteja al acreedor contra los efectos nocivos de la mencionada depreciación; debiendo buscarse los fundamentos teóricos de la corrección monetaria de las obligaciones de dinero, dentro de los principios generales que informan nuestras instituciones jurídicas, que están por encima de las aparentes barreras que se levantan como consecuencia de una interpretación rígida de ciertas normas positivas.

Anota Uribe Restrepo que, como en la mayor parte de los países latinoamericanos no existe un cuerpo legal armónico y estructurado que regule o prevea la corrección monetaria, resulta preciso acudir a principios como la equidad, la buena fe, la indemnización plena, la teoría de la causa, etcétera, para justificar la corrección monetaria, sin pretender nunca llegar a institucionalizarla de manera tal que desborde los principios nominalistas, sobre los que se asienta la estabilidad de las relaciones económicas y comerciales de una sociedad.

Señala que el primer y gran fundamento de la corrección monetaria estaría constituido por el propio valorismo. Es decir, de adoptarse los postulados valoristas, en el sentido de que la extensión de las obligaciones de dinero está determinada en función del valor corriente o poder adquisitivo de la moneda, se tendría que llegar a la conclusión lógica de que toda obligación de dar una suma de dinero estaría sujeta a una corrección monetaria que, calculada con base en determinados índices, indicaría la suma que debe entregar el deudor para poder liberarse de su obligación.

Sin embargo, Uribe Restrepo expresa que cree que se debe prescindir de semejante solución, y que deben buscarse, por el contrario, fundamentos jurídicos que permitan aplicar la corrección monetaria dentro del contexto nominalista.

Agrega el profesor colombiano que otro gran argumento para justificar la corrección o reajuste de la obligación dineraria es el relativo a las deudas de valor, clasificación que, precisamente, fue ideada para sustraer del ámbito de aplicación del nominalismo ciertas obligaciones.

Pero lo cierto es que, puesto que el dinero en ellas simplemente funciona para valorar o medir el *quantum* de lo que real y originalmente

se debe, no existe, no se presenta el supuesto teórico que da lugar a este estudio, que sería el comportamiento de una obligación cuyo objeto original y propio, insustituible, es la prestación de dar una suma de dinero.

Uribe Restrepo no niega que esta clasificación es sumamente atractiva y que ha sido recogida por la jurisprudencia de algunos países, pero anota que se corre el peligro de ser demasiado empírico en la elección de los supuestos jurídicos que encuadrarían dentro de ella.

Puede ser útil en ciertos campos —dice—, pero no es lo suficientemente sólida como para fundamentar sobre ella todo un sistema de corrección monetaria. Es más, al hablar de corrección o de reajuste, es elemental deducir que tiene que preexistir una obligación de dar una suma de dinero, que —precisamente— va a ser objeto de reajuste en razón de un deterioro en su poder adquisitivo; y en cambio, en las llamadas deudas de valor, el dinero solamente aparece una vez, como medio de liquidar o cuantificar otra prestación que sí es la debida.

Concluye Uribe Restrepo señalando que tanto el valorismo, que se opone radicalmente al nominalismo, como la noción de las deudas de valor (que aparece dentro del contexto nominalista) intentan dar soluciones generales, tratan de abarcar o englobar una gran cantidad de situaciones.

En lo que respecta al tercer párrafo del nuevo texto del artículo 1236 del Código Civil peruano, que establece que la actualización de valores es independiente de lo que se resuelva sobre intereses, debemos decir que se trata de una solución natural, pues la estabilización de las sumas de dinero en las obligaciones de dar tiene por finalidad la simple actualización del capital adeudado, en tanto que los intereses, si son compensatorios, buscan compensar o retribuir el uso del bien adeudado, en tanto que si son moratorios tendrían por finalidad indemnizar la mora en el pago.

No está demás señalar que tampoco serían incompatibles con las cláusulas de estabilización las indemnizaciones por concepto de daños y perjuicios, pues estas últimas están dirigidas a resarcir los deterioros patrimoniales, compensatorios o moratorios, según fuere el caso.

En suma, resulta lógico, a todas luces, el precepto comentado, que constituye un avance significativo en relación al Código anterior, que no preveía tal solución.

En efecto, el objetivo de la norma analizada radica fundamentalmente en la necesidad de que el acreedor que ve incumplida la obligación

por el deudor y que le exige la prestación o su valor, reciba en términos constantes dicha prestación o dicho valor.

En caso contrario, en países como los nuestros en que la devaluación de la moneda nacional, en menor o en mayor grado, es frecuente, surgiría un indebido aprovechamiento por el deudor, quien vería compensado su dolo o su culpa con pagos diminutos, es decir, con beneficios que repugnan a los más elementales principios de justicia. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 1236 constituye un valioso agregado.

La inejecución de la obligación, por causas imputables al deudor, tiene que ir aparejada por una indemnización de daños y perjuicios que va más allá de la restitución de la prestación o de su valor. Es verdad que el demandante, en este caso el acreedor, algunas veces deja librada la determinación del monto indemnizatorio a su fijación por el juez en ejecución de sentencia. Pero suele ocurrir, y ello es lo más frecuente, que en la demanda de indemnización se señale su cuantía.

Si el juez, al ejecutar un fallo condenatorio, careciera de la atribución de actualizar su valor, el monto de la indemnización, como consecuencia de la devaluación de la moneda, podría ser absolutamente discordante con la legítima pretensión del acreedor al promover su demanda, debido, justamente, al envilecimiento de lo originalmente reclamado.

El precepto se percibe con la misma nitidez cuando se trata de la restitución de prestaciones originalmente dinerarias. En estos casos el acreedor que, por ejemplo, exige el reintegro de una suma de dinero que entregó en mutuo al deudor, se vería severamente frustrado si, después de un largo proceso, sólo recibiera el mismo número de unidades monetarias que debió percibir el día de vencimiento de la obligación. De no ser posible actualizar ese monto, el deudor obtendría una invariable premiación al lograr la prórroga de su incumplimiento, para pagar, al tiempo de confrontar la realización de sus bienes por el acreedor, con moneda envilecida, pero en igual cantidad de unidades que la pactada originalmente. La actualización prevista por la ley evita tal despropósito.

Desde luego que en esta materia prevalece la autonomía de la voluntad y cabe, por lo tanto, el pacto en contra, aun cuando adelantamos que sería altamente improbable que un acreedor aceptara tal estipulación.

Desconocemos, por lo demás, norma legal —aunque esté previsto por el precepto— que adopte disposición contraria al principio general que irradia el artículo 1236 del Código Civil.

4. CONCORDANCIAS NACIONALES

Teoría valorista, artículo 1235 del Código Civil. Invalidación de la donación, artículo 1635 del Código Civil. Imposibilidad de devolución del bien por el mutuuario, artículo 1661 del Código Civil. Evaluación al celebrarse el mutuo de los bienes, artículo 1662 del Código Civil. Pérdida o deterioro del bien arrendado, artículo 1683 del Código Civil. Seguro del bien arrendado, artículo 1684 del Código Civil. Imposibilidad de devolución del bien dado en comodato, artículo 1750 del Código Civil. Destrucción de la obra, artículo 1784 del Código Civil. Deterioro, pérdida o destrucción del bien depositado, artículo 1824 del Código Civil. Asignación anticipada y sentencia desfavorable, artículo 676 del Código Procesal Civil.

CAPÍTULO V

PAGO DE OBLIGACIÓN CONTRAÍDA EN MONEDA EXTRANJERA. FACULTAD DEL DEUDOR

1. ARTÍCULO 1237

El texto original del artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984 era el siguiente:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. Es nulo todo pacto en contrario.

En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

2. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1237

Este artículo no registra antecedentes en el proyecto de Código Civil del doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; ni en el proyecto de Código Civil de 1890.

El tema fue abordado por el primer anteproyecto de libro quinto, elaborado por el doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 215: "el pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario. La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago"; y luego fue seguido por el segundo anteproyecto de libro quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo

205: "el pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario. La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago".

Posteriormente trataron el tema, el proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1240: "el pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago"; y el Código Civil de 1936, artículo 1249: "el pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago".

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la materia fue prevista por la alternativa de la ponencia del doctor Jorge Vega García, del año 1973, artículo 98:

El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento.

Si el deudor retarda el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional, según el tipo de cambio de la fecha del vencimiento o el que rija el día del pago.

El anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, numeral 103:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

El proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1257:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

Finalmente, por el proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1204:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

3. FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Coinciden con el artículo 1237 del Código Civil peruano, entre otros, el Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 474, último párrafo); guatemalteco de 1973 (artículo 1396 —similar al segundo párrafo del artículo 1237 peruano—), y suizo de las obligaciones (artículo 84).

Por su parte, el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 107) establece que sólo se permite el pago y la aceptación del mismo en divisas extranjeras en el territorio de la RSFSR en los casos especialmente previstos en la ley y exclusivamente por mediación del Banco del Estado de la URSS.

El Código Civil argentino, en virtud de la denominada Ley de Convertibilidad del Austral número 23.928 (abril de 1991), modificó el texto entonces vigente del artículo 617 del Código Civil, quedando el mismo con la siguiente redacción: "si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero".

En tal orden de ideas, el mencionado Código (artículo 618) establece que si no estuviera determinado en el acto por el que se ha constituido la obligación, el día en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo. Si no estuviere de-

signado el lugar en que se ha de cumplir la obligación, ella debe cumplirse en el lugar en que se ha contraído. En cualquier otro caso la entrega de la suma de dinero debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación.

La Ley de Convertibilidad del Austral también modificó el texto del artículo 619 del Código argentino, que quedó con la siguiente redacción: "si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento".

Creemos conveniente mencionar al Código Civil alemán, que establecía en su redacción original (artículo 244) que si una deuda dineraria expresada en moneda extranjera había de pagarse en el país, el pago podía efectuarse en moneda del *Reich*, a no ser que el pago en moneda extranjera estuviera estipulado expresamente. Y agregaba que el cambio se realizaba según el valor en curso que estaba vigente en el tiempo de pago para el lugar de pago.

Este Código contempla (artículo 245) un caso no tratado por el Código nacional. Dicho numeral señala que si una deuda dineraria ha de pagarse en un determinado tipo de moneda que en el momento del pago ya no se encuentra en circulación, el pago ha de hacerse como si no estuviese determinado el tipo de moneda.

4. ANÁLISIS

Como expresa Mosset Iturraspe,⁸⁶ conviene tener muy claro que la cláusula dólar puede cumplir en los contratos dos funciones diferentes.

a) Incorporarse al solo objeto de jugar como índice móvil, cláusula de estabilización o de garantía, para cubrir el negocio de la inflación, debiendo el deudor o *solvens* en el momento del pago, convertir los dólares en moneda nacional al cambio admitido o convenido lícitamente. No actúa como moneda de pago sino como moneda de ajuste, siendo la moneda de pago la nacional, de curso legal. Este es el supuesto ya analizado dentro de las hipótesis que contempla el artículo 1235 del Código Civil peruano.

⁸⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 60, pp. 121 y 122.

b) Incorporarse al contrato como moneda esencial del mismo, en la cual se debe efectuar el pago por el deudor. Este es el supuesto contemplado por el artículo 1237 del Código nacional.

En opinión de Eduardo B. Busso,⁸⁷ en principio los signos monetarios extranjeros no son dinero fuera de los límites de su soberanía y se los debe considerar mercancías. Pero ello no impide que puedan funcionar como "medios de pago" en la medida en que sean admitidos en el tráfico mercantil.

Por otra parte, Eduardo B. Busso⁸⁸ recuerda que, en un caso judicial argentino, se resolvió en el sentido que la cláusula "tantos francos oro, o sea tantos pesos moneda nacional oro sellado", no es obligación de moneda extranjera, sino obligación de pagar moneda nacional, en la que la indicación de la moneda extranjera sólo tiene por finalidad indicar un equivalente valor.

Pero en otro caso en que se había contratado un préstamo "de tantas libras esterlinas equivalentes a tantos pesos moneda nacional", se entendió que la obligación era de moneda extranjera y que la indicación de moneda nacional era simple mención complementaria de una equivalencia.

Y en un préstamo hecho desde Alemania mediante un giro de marcos que recibió en pesos argentinos el destinatario, el tribunal condenó a la restitución en moneda nacional y no en los marcos desvalorizados a la época en que el pago debía hacerse.

El principio general planteado por el artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984 está contenido en su primer párrafo, y consiste en que pueden concertarse obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

Este precepto ya no contempla el supuesto de que la obligación haya sido pactada en moneda nacional sin haberse adoptado ningún índice de referencia (artículo 1234), ni tampoco aquel otro en que se ha pactado una obligación dineraria en moneda nacional, pero tomando como índice de referencia una moneda extranjera (artículo 1235).

El supuesto del artículo 1237 es que se hubiese contraído una obligación en moneda extranjera y no en moneda nacional, lo que equivale a decir que aquello que se debe no es un monto determinado o deter-

87 Busso, Eduardo B., *op. cit.*, nota 21, t. IV, p. 211.

88 *Ibidem*, t. IV, p. 261.

minable en moneda nacional, sino un monto determinado en moneda extranjera.

El artículo 1237 del Código Civil utiliza en su primer párrafo la frase "no prohibidas por leyes especiales". Podría entenderse esta disposición como una alusión a monedas extranjeras "no prohibidas por leyes especiales", pero no es este su sentido, ya que la norma, por estar en plural, alude a obligaciones "no prohibidas por leyes especiales".

El Código se ha situado en la hipótesis de que en virtud de una disposición legal se margine la posibilidad de contraer obligaciones en moneda extranjera, lo que podría ocurrir por diversas razones derivadas de la conducción económica del país. Sin embargo, hasta donde llegan nuestros conocimientos, en la actualidad no se plantea tal situación, como sucedía con frecuencia en el pasado inmediato.

No obstante, el legislador utilizó la expresión "leyes especiales" para exigir que cualquier restricción emanara del Congreso de la República, evitando, en esta materia, intervenciones autónomas del Poder Ejecutivo o del Banco Central de Reserva del Perú, que eventualmente pudieran ser excesivas.

Debemos manifestar, adicionalmente, que en los últimos años en el Perú ha habido un auge en lo que se refiere a la cantidad y volumen de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, lo que se traduce en que numerosas transacciones se celebren en dólares estadounidenses. Fiel reflejo de esta situación es el hecho de que en la actualidad la masa monetaria circulante en nuestro país en dólares y nuevos soles está en relación de tres dólares por cada sol (proporción de 3/1).

Expresa el tratadista español Antonio Hernández Gil,⁸⁹ que en las deudas de moneda extranjera el medio de pago está constituido en principio por la propia moneda extranjera. Pero existen amplias zonas de las relaciones obligacionales en que el abono de divisas no resulta realizable, bien por una imposibilidad material, bien por una imposibilidad legal (la no autorización de la adquisición de divisas o la prohibición de su disponibilidad). Entonces el pago ha de efectuarse en la moneda nacional de curso forzoso en el lugar del cumplimiento.

Esto exige la reducción de una moneda a otra; el establecimiento de la equivalencia. Agrega el citado profesor que el tipo de cambio por el que debe fijarse la equivalencia es el vigente en el lugar del cumpli-

⁸⁹ Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 38, pp. 410 y ss.

miento, discutiéndose si el día que ha de tenerse en cuenta a los efectos de la fijación del tipo de cambio es el del vencimiento o el del pago.

En la hipótesis del cumplimiento normal no hay problema por la coincidencia de ambos momentos. La dificultad surge, a decir de Hernández Gil, cuando se produce un retraso en el cumplimiento o, más ampliamente, un incumplimiento. La solución correcta es atenerse al día del vencimiento.

Anota que, las fluctuaciones en los tipos de cambio que se produzcan con posterioridad al vencimiento y antes del pago no deben traducirse en un perjuicio para el acreedor, quien estará asistido del derecho a reclamar, en concepto de indemnización, la diferencia. Por el contrario, el deudor que incumple habrá de soportar las consecuencias de su conducta, respecto al devengo de los intereses de demora.

En el Perú no existe tal dificultad. El tercer párrafo del artículo 1237 faculta al acreedor, en el caso de que el deudor retrase el pago, exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

Según el profesor Uribe Restrepo,⁹⁰ la estipulación en moneda extranjera efectuada dentro de una operación interna denota una desconfianza en la moneda nacional como medida de valor. De ahí que, en estos casos, la ley permita al deudor ejercer la llamada facultad de sustitución, por la que puede liberarse entregando a su acreedor el equivalente en moneda nacional. Esta es la llamada "deuda valutaria impropia", en oposición a la deuda valutaria propia, por la que el acreedor tiene derecho a exigir el pago en moneda extranjera.

El mismo problema se ha planteado en las últimas décadas en la República Argentina. Jorge Mosset Iturraspe⁹¹ precisa que en opinión de la doctrina de su país, las razones que llevan a los celebrantes a no contratar en moneda nacional son las siguientes:

a) El primero, fundamental, indudable, el debilitamiento de la moneda nacional; su depreciación extrema le ha quitado la confianza del ciudadano, no inspira fe, no se cree en ella, ni se la quiere;

90 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, p. 123.

91 Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 60, pp. 118 y ss.

b) Luego, la búsqueda afanosa de una moneda de reemplazo, sustitutiva; la necesidad de que exista en los negocios onerosos una moneda que sirva de precio o contraprestación, que sea fuerte y estable;

c) Es, otra vez, la seguridad, como valor anhelado, ahora en su versión económica; la moneda nacional es inseguridad, imposibilidad de prever o anticipar, fuente entonces de negocios aleatorios, verdaderas aventuras o de malos negocios, a secas;

d) El mal ejemplo del propio Estado, que ha contratado su enorme deuda interna en bonos que se rescatan en dólares; y una y otra vez, aquí y allá, alude a la moneda norteamericana.

e) El sálvese quien pueda: al contratante acreedor de los dólares no le interesa la situación de su deudor, su comprador, inquilino o mutuario; ¿cómo hará para conseguirlo?; ¿a qué precio?; ¿qué oscilación deberá soportar?; son los problemas ajenos, extraños, que no le competen a la otra parte;

f) La tentación de un enriquecimiento, cualquiera que sea su costo, pues el contrato ha dejado de ser un instrumento de cooperación leal, una unión de intereses equilibrados;

g) Es innegable que también coadyuva la oscuridad que ha imperado acerca de la vigencia y el alcance de las normas monetarias y privadas que se refieren a la contratación en dólares, como el desconocimiento preciso sobre las posibilidades que otorga el mercado de cambios: la licitud o ilicitud del dólar marginal, negro o libre;

h) Todo esto, y mucho más que los especialistas en economía, mercado y psicología pueden agregar ha llevado, como se ha señalado ya, a una dolarización de la economía: se piensa en dólares, se contrata en esa moneda, se quiere sólo esa moneda para inversión, ahorro o salvaguarda, o meramente para continuar en las transacciones.

Pero más allá de las razones antes señaladas, Mosset Iturraspe anota los argumentos decisivos a favor de la admisibilidad de la contratación en moneda extranjera:

a) La contratación en dólares es un uso interesado, que aparece como cláusula predispuesta en la contratación. Como lo demostró Federico de Castro y Bravo en su polémica con Joaquín Garrigues, no tiene fuerza normativa en sí misma, no es un uso con poder jurigenético.

b) Esa realidad negocial o del tráfico no puede desconocer el orden público en su faz económica.

c) Desde la visión de la filosofía del derecho, Reale, Goldschmit y los cultores del trialismo nos han enseñado que la realidad se debe compatecer, en su afán normativo, con la legislación vigente y con la escala axiológica, con los valores reconocidos en una comunidad.

Por lo demás, cuando se contrae una deuda en moneda extranjera ésta podrá ser pagada o en la misma moneda extranjera (no en otra moneda extranjera) o en moneda nacional.

En virtud del texto original de la norma que comentamos, ésta era considerada como una obligación de carácter facultativo impuesta por mandato de la ley en favor del deudor de una obligación en moneda extranjera. Ocurre que el deudor, al pagar su obligación, podía elegir entre hacerlo en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación; pero si fuese el acreedor quien demandara el cumplimiento de dicha obligación, no podría hacerlo en un monto dinerario expresado en moneda nacional, sino en la moneda extranjera pactada, pues cosa distinta es que el deudor pueda pagarla en moneda nacional.

En esta obligación facultativa la moneda extranjera constituía la prestación principal, mientras que la moneda nacional sería la prestación accesoria.

Como expresa el profesor Uribe Restrepo,⁹² con la facultad de sustitución se busca preservar el curso legal o poder liberatorio de la moneda colombiana. De ahí que la jurisprudencia haya considerado inválidas las cláusulas mediante las que el deudor renuncia a dicha facultad, llamadas cláusulas de pago, pues ellas equivaldrían a una derogación particular del poder liberatorio que imperativamente ha asignado la ley a la moneda nacional.

Por otra parte, y volviendo al Código peruano, en lo que respecta a la moneda extranjera y a la facultad de pagar en soles, consideramos que naturalmente las partes podrían ser más específicas que la ley en lo que respecta a qué precio de venta se deberá tomar en consideración.

Así podría señalarse, por ejemplo, que fuese el precio más alto del día de pago en el mercado del Jirón Ocoña (mercado compuesto por múltiples casas de cambio y cambistas informales, ubicado en el centro de Lima, que constituye la plaza más importante de este tipo de transacciones en toda la ciudad); o el precio más bajo del día de pago que

92 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, p. 123.

se registre en el Banco de Crédito del Perú; y así, numerosas posibilidades de pactos.

El sentido de la norma al prever que el pago se efectuará al tipo de cambio de venta, consiste en que sólo de esta forma el acreedor que reciba dicha suma dineraria podría adquirir con ese dinero una cantidad igual de unidades de moneda extranjera a la pactada en el contrato.

Evidentemente el texto original de la norma que estamos comentando, en el sentido de la facultad que tiene el deudor de pagar ya sea en la moneda extranjera estipulada o en moneda nacional, era un precepto de carácter imperativo, y contra él no cabía pactar.

Sin embargo, resultaba frecuente observar en diversos contratos —sobre todo de arrendamiento— estipulados en moneda extranjera (dólares estadounidenses) la presencia de una cláusula que, reconociendo la existencia de la facultad establecida por el segundo párrafo del artículo 1237, imponía al deudor que optase por pagar en moneda nacional, la obligación de adquirir con ese dinero la cantidad de unidades de moneda extranjera pactada, a fin de entregarla al acreedor.

Lo que se buscaba con cláusulas de este tipo era obligar al deudor a efectuar el pago ineludiblemente en la moneda extranjera pactada. No obstante, aclaramos que una disposición contractual redactada en estos términos no hubiese podido prevalecer judicialmente.

Sin embargo, y para concluir nuestros comentarios sobre el precepto en su texto original, debemos señalar que, a pesar de la existencia de la disposición facultativa del segundo párrafo del artículo 1237, la gran mayoría de obligaciones contraídas en moneda extranjera se pagaban en la moneda originalmente pactada. Esto era tomado por el acreedor, sin duda, como un actuar idóneo y de buena fe por parte de su deudor.

Pero el texto del artículo ha sido modificado en virtud del Decreto Ley número 25878, de fecha 24 de noviembre de 1992, y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el día 26 del mismo mes.

Este dispositivo sustituye el texto original del artículo 1237 del Código Civil, por el siguiente:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

Analicemos detenidamente las variaciones introducidas:

En primer lugar, se mantiene intacto el primer párrafo del precepto, en el sentido de que pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera, siempre que la ley no prohíba tal pacto.

De otro lado, el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1237, si bien no elimina, como principio general, la obligación facultativa para el deudor de obligación contraída en moneda extranjera, de pagar la deuda o en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del pago, no hace esta disposición imperativa. El texto original, incluso, y como acabamos de señalar, no admitía pacto en contra. Ahora sí se admite dicho pacto.

Actualmente es posible que las partes dispongan de un régimen distinto (vale decir uno no facultativo). Así los contratantes podrían pactar que la obligación contraída en moneda extranjera pueda ser exigible en dicha moneda; vale decir, que si se estipulase el pago de una obligación en dólares estadounidenses, el acreedor podría exigirlo en tal moneda. En este caso —de haberse pactado ese presupuesto— el deudor deberá pagar en dólares y sólo en dólares.

A nuestro entender es éste el cambio fundamental del nuevo texto del artículo 1237.

El tercer párrafo del nuevo texto, prácticamente recoge los mismos principios que el último párrafo del texto original.

Con esta variación, nuestro país ha introducido la posibilidad de que, por acuerdo entre las partes contratantes, una obligación pueda hacerse exigible en una moneda extranjera cualquiera. Pero debemos subrayar que ésta no es la norma general, sino un caso de excepción. El principio facultativo de pago está vigente, salvo que las partes estipulen lo contrario.

En la República argentina el régimen vigente es distinto al de nuestro país, antes y después de la Reforma del artículo 1237. En virtud de la denominada Ley de Convertibilidad del Austral, a la que hicimos referencia en páginas anteriores, se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 1. Declárase la convertibilidad del austral con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1 de abril de 1991, a una relación de diez mil (10,000) australes por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley”.

“Artículo 2. El Banco Central de la República argentina venderá las divisas que le sean requeridas para operaciones de conversión a la relación establecida en el artículo anterior, debiendo retirar de circulación los australes recibidos en cambio”.

Lo que determinan estas dos normas es establecer la obligación del Banco Central de dicho país de vender todos los dólares que le solicite el mercado a 10,000 australes, y los australes que reciba la autoridad monetaria retirarlos de circulación.

Pero es el artículo 11 de la Ley el que reviste la mayor importancia. En virtud de esta norma se modifica, entre otros, al artículo 617 del Código Civil, disponiéndose lo siguiente:

“Artículo 617. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Se considera que esta modificación, al igual que las de los artículos que le siguen, los numerales 619 y 623, permiten asegurar las operaciones en dólares. Se le exige a quien contrae una deuda en dólares, que la pague también en dólares. Con esto se alientan los préstamos en dólares y fundamentalmente los depósitos en los bancos en esta moneda.

Se considera que dicha norma brinda seguridad para la persona que presta en dólares, quien recibirá luego los dólares más los intereses también en la misma moneda.

Un sector importante de la doctrina argentina considera, no sin haber debatido arduamente el tema, que con estas disposiciones se ha dado al dólar estadounidense y a cualquier otra moneda extranjera curso legal y forzoso. Legal, porque se le reconoce como moneda prácticamente oficial (en virtud de la integridad del texto de la Ley de Convertibilidad del Austral); y forzoso, porque cuando se contrae una deuda en moneda extranjera, el deudor no tiene la facultad de pagarla en moneda nacional (australes —en 1991— o pesos —en la actualidad—), sino que deberá, necesariamente, abonarla en la moneda pactada.

Representante de esta corriente de pensamiento es Ernesto Clemente Wayar,⁹³ quien expresa lo siguiente:

Las monedas de curso legal y forzoso en nuestro país. Desde el punto de vista jurídico, la ley de convertibilidad incide directamente sobre el régimen a que deben someterse las obligaciones 'de dar dinero', que constituyen la espina dorsal de las transacciones patrimoniales y el Estado.

Hasta la sanción de la ley de convertibilidad, podríamos decir que en nuestro país sólo dos especies de monedas reconocía la legislación vigente; eran ellas el austral (creado por el decreto 1096/85) y el peso argentino oro (creado por la ley 1.130 del 5 de noviembre de 1881). Que fueran reconocidas por la ley significaba, en pocos términos, que eran válidas las obligaciones dinerarias cuyo monto se hubiese consignado tanto en australes como en pesos argentinos oro. En el Código Aeronáutico por ejemplo, las indemnizaciones por accidentes se tasan en mil pesos argentinos oro. Pero de ambas especies, sólo el austral tenía —y aún lo mantiene— curso forzoso, en el sentido de que el acreedor podía exigir que le pagaran australes, como el deudor podía exigir que se le aceptaran australes. Ni uno ni otro podía exigir ni entregar otra especie de moneda, salvo que así lo convinieran.

El carácter forzoso del austral se apreciará con el siguiente ejemplo: en las obligaciones pactadas en dólares, de cuya validez no cabía dudar antes de la Ley de Convertibilidad, llegado el día de pago, el deudor tenía derecho de cancelar su obligación entregando la cantidad necesaria de australes para adquirir los dólares mencionados en la obligación, a la cotización que esta moneda tenía en el mercado. El deudor tenía, pues, lo que se denomina derecho de conversión o de sustitución. Es más, una obligación de dar moneda extranjera no era considerada como obligación de dar dinero, sino como obligación de dar cantidades de cosas (artículo 617, Código Civil).

Pero la presente ley de convertibilidad vino a modificar este esquema, al consagrar el dólar (sin desplazar al austral) como virtual moneda en curso legal y forzoso entre nosotros. Para afirmarlo, permítasenos invocar las siguientes razones:

1) En primer lugar, la ley modifica el artículo 617 del Código Civil, el que ahora dispone que si en el acto por el cual se constituye una obligación se ha 'estipulado dar moneda que no tenga curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero'. Si no lo hemos desinterpretado, debemos señalar que este texto encierra cierta contradicción: por un lado se refiere a obligaciones de dar moneda que no tenga curso legal en la República, pero por otro lado ordena considerar a esas mismas obligaciones como de dar sumas de dinero, con lo cual legitima la circulación de esa moneda en la República o, lo que es lo mismo, le reconoce

93 Wayar, Ernesto Clemente, "La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero", en Moisset de Espanés, Luis (coord.), *Estudios jurídicos, primera serie*, Zavalla Editor, 1991, pp. 204-208.

curso legal. Es ésta una verdad incontrovertible si se limita el examen de la cuestión al concreto contrato que contenga tal obligación. En otros términos, si me obligo a pagar bolívares venezolanos, intis (ahora nuevos soles) peruanos o dólares estadounidenses, aunque esas monedas no tengan curso legal en la República, lo mismo son consideradas como obligaciones de dar dinero. Pero si se trata de dinero, ¿su circulación no está legalizada, acaso, por efecto de esta reforma?

2) En segundo lugar, la ley modifica el artículo 619 del Código Civil, el que, según la nueva redacción, dispone: 'Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento'. Quiere esto decir que si la obligación se consigna en dólares, se exigirá su cumplimiento en dólares; no tiene ya el deudor el derecho de pagar en australes. El dólar se consagra, así, como una moneda de curso forzoso.

Por esta razón dijimos, líneas arriba, que no es exactamente lo mismo para un ciudadano conservar australes o dólares, indistintamente, pese a que se ha declarado la libre convertibilidad entre ambas monedas. Y no es lo mismo, porque si el deudor asume una obligación en dólares, no podrá cancelarla en australes, estará obligado a convertirlos previamente en dólares, para poder efectuar el pago. Salvo, naturalmente, que el acreedor acepte recibir australes.

En suma: la modificación de los artículos 617 y 619 del Código Civil abre la posibilidad de que cualquier moneda extranjera pueda ser considerada como obligación 'de dar dinero' en la República; ello sucederá siempre que se estipule en una concreta obligación dineraria, que ella se pagará entregando moneda extranjera. En tal caso, esa obligación es de dar dinero (artículo 617 según la ley 23.928) y, además, sólo podrá ser cancelada con la entrega de la especie designada y no con otra diferente (artículo 619 según la Ley 23.928).

En nuestro país, sólo el nuevo sol es la moneda de curso legal. El dólar, al igual que cualquier otra moneda extranjera, carece de estas características.

Sin embargo, cabría formularnos la pregunta de si en virtud de la **modificatoria** del artículo 1237, las monedas extranjeras podrían haber **adquirido** en nuestro país curso forzoso.

Si bien el principio general es el facultativo, se permite a las partes **pactar lo contrario**; vale decir, se admite que el deudor se obligue a **pagar sólo** en la moneda extranjera que constituye la prestación.

En estos casos, y por la autorización expresa que concede el nuevo **texto del artículo 1237**, las partes estarían otorgando curso forzoso en **el territorio** de la República a la moneda extranjera estipulada (que por

lo general será el dólar de los Estados Unidos de América), pero únicamente para la relación obligacional surgida entre ellas.

Justamente el texto original del artículo 1237 tenía la función de hacer prevalecer el curso forzoso exclusivamente para la moneda nacional. La modificación al precepto, como se ha señalado, ha introducido en el supuesto allí previsto el curso forzoso de monedas extranjeras (cualesquiera que éstas sean). Cabe concluir reiterando un primer concepto final y emitiendo otro.

Un lector advertido observará que el artículo 1237, tanto en su texto original como en el precepto que lo modificó, se refiere a las "obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales". El propósito de consignar la exigencia de "leyes especiales", para impedir concertar obligaciones en moneda extranjera, fue el de liberalizar la economía del Perú, sobre todo a principios de la década de los ochenta, cuando aún se sentían los efectos restrictivos que habían presidido la conducción económica, singularmente durante el periodo 1968-1975. Para ello se exige que tan solo por ley de la República, aprobada por el pleno del Congreso, puedan adoptarse tales restricciones.

No es posible, en consecuencia, que normas de rango inferior, que emanan exclusivamente del Poder Ejecutivo, llámense decretos supremos, resoluciones supremas o resoluciones ministeriales, prohíban que se estipule en monedas distintas a la nacional. Y si ello se quiere, pues que el Congreso lo apruebe.

Debe aclararse, por último, que así como los artículos 1234, 1235 y 1236 del Código Civil están estrechamente vinculados a los principios nominalista y valorista, el precepto que comentamos es ajeno a dichas materias.

Aquí es la moneda extranjera la que está *in obligatione* y, por tanto, la que debe ser restituida. Esta restitución, como regla general, se efectúa, a exclusivo criterio del deudor, en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación, salvo que el deudor retrase el pago, en cuyo caso el acreedor podría elegir entre el tipo de cambio del día y lugar de tal vencimiento o el que rige el día del pago. La excepción, prevista por la variante del texto original del artículo 1237, es el pacto para que la restitución se verifique en la misma moneda extranjera estipulada. Ya hemos comentado el tema en los conceptos de introducción relativos al nominalismo y valorismo. Sólo deseamos insistir que,

en este caso, la moneda extranjera para el pago también estaría privativamente *in obligatione*.

Queda claro de lo expuesto que, en esta materia, carece de juego dialéctico el debate nominalista y valorista. La obligación se paga, en definitiva, en la misma moneda extranjera o en su equivalente en moneda nacional, lo que permite al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el originalmente pactado.

5. JURISPRUDENCIA NACIONAL DEL ARTÍCULO 1237

I. "Si en un contrato de mutuo anticrético se entrega una cantidad de libras esterlinas de 48 peniques, pactándose que la devolución deberá ser hecha en la misma moneda, procede que el deudor devuelva la misma moneda recibida o su equivalente en moneda peruana al tipo de cambio del día del pago".⁹⁴

II. "¿Si en la demanda para el pago de una suma de dinero, por obligación contraída en moneda extranjera, hace el acreedor la reducción a moneda nacional, conforme al artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles, el deudor queda obligado a pagar la deuda en moneda nacional, al tipo de cambio fijado en la demanda? (El artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles establecía que la reducción hecha en el escrito de demanda no tenía más objeto que facilitar el despacho de la ejecución, pudiendo ser contradicha por el deudor y rectificada por peritos o de otro modo en la estación respectiva)".⁹⁵

III. "La deuda en moneda extranjera puede ser cancelada en moneda nacional al tipo de cambio de la fecha de renovación de las letras de cambio respectivas".⁹⁶

IV. "Si la renta vitalicia se ha fijado en moneda extranjera, podrá ser pagada en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar en que debía servirse, con arreglo al artículo 1249 del Código Civil.

⁹⁴ *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1597. *Revista de los Tribunales*, 1935, p. 79 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

⁹⁵ Ejecutoria del 14 de enero de 1937. *Revista de los Tribunales*, 1937, p. 29 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

⁹⁶ *Anales Judiciales*, 1938, p. 78. *Revista de los Tribunales*, 1938, p. 249 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

Si las cuentas que han sido presentadas por el rindente no han sido observadas ni tachadas, procede ordenar el pago de la cantidad determinada en el procedimiento de su aprobación".⁹⁷

V. "Las obligaciones en moneda extranjera pueden pagarse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar de pago.

Si bien la cláusula oro se encuentra prohibida, ello no obsta para que se pacte la devolución de la suma mutuada en moneda extranjera".⁹⁸

VI. "Es nula la sentencia que manda adelantar la ejecución por el monto adeudado en moneda extranjera, cuando en el auto de pago se fijó en moneda nacional la suma materia de la acción".⁹⁹

VII. "Las letras giradas en moneda extranjera deben cancelarse en dicha moneda o en su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día de pago, aun cuando sea diferente al que se consideró para dictar el correspondiente auto de pago".¹⁰⁰

VIII. "Las letras redactadas en idioma extranjero que han sido reconocidas en vía de diligencia preparatoria, no necesitan de traducción al español para tener mérito ejecutivo.

No adolece de nulidad la sentencia que manda llevar adelante la ejecución por la suma demandada en moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio de su abono, si el auto de pago así lo dispuso".¹⁰¹

IX. "La omisión de reducir a moneda nacional el importe de las letras que sirven de recaudo, no desvirtúa su mérito ejecutivo".¹⁰²

X. "Son nulos el auto de solvendo y el de vista que lo confirma, que mandan abonar una cantidad en moneda nacional, cuando la demanda se ha interpuesto para el pago de un documento de crédito en moneda extranjera".¹⁰³

97 Ejecutoria del 25 de abril de 1951. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 87, 1951, p. 397 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

98 Ejecutoria del 7 de setiembre de 1951. *Normas Legales*, núm. 15, 1951, p. 243 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

99 Ejecutoria del 18 de setiembre de 1967. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 290, 1968, p. 337 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

100 Ejecutoria del 11 de enero de 1968. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 289, 1968, p. 222 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

101 Ejecutoria del 25 de junio de 1968. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 298, 1968, p. 1349 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

102 Ejecutoria del 1 de abril de 1969. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 302, 1969, p. 354 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

103 Ejecutoria del 23 de enero de 1970. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 313, 1970, p. 244 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

XI. "Las obligaciones en moneda extranjera con fecha anterior a la dación del Decreto-Ley 18275, deben cancelarse en moneda nacional al tipo de cambio ponderado de compra registrado en el mercado de giros al cierre de las operaciones del 15 de mayo próximo pasado.

Los jueces están obligados a precisar en la sentencia que manda adelantar la ejecución el tipo y cantidad de la moneda extranjera que deberá convertirse en moneda nacional para los efectos del pago.

Es nula la sentencia expedida con posterioridad a la promulgación del Decreto-Ley 18275 que ordena pagar la misma cantidad señalada *ad libitum* por el actor para los limitativos efectos del artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles".¹⁰⁴

XII. "Los créditos en moneda extranjera comprendidos dentro de la previsión del artículo 10 del Decreto Ley 18275, deben convertirse para su pago en moneda nacional al tipo de cambio señalado en el acotado dispositivo.

Los jueces están obligados a indicar en el auto de solvendo el monto y la clase de la moneda extranjera materia de la reducción.

Es nulo el auto de pago dictado en moneda nacional sin precisar la clase y monto de la moneda extranjera a que asciende el crédito en cobranza".¹⁰⁵

XIII. "El saldo exigible de una cuenta bancaria en dólares es el del cierre de la misma y debe efectuarse en moneda nacional al tipo de cambio fijado en el Decreto Ley 18275".¹⁰⁶

XIV. "La sentencia debe mandar adelantar la ejecución en la moneda extranjera demandada y disponer que el pago se efectúe en moneda nacional".¹⁰⁷

XV. "Es procedente iniciar una acción ejecutiva sólo si los títulos que recaudan las mismas, tienen mérito ejecutivo. De conformidad con el artículo 1249 del Código Civil, el pago de una deuda en moneda

¹⁰⁴ Ejecutoria del 24 de setiembre de 1970. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 8882, 23 de noviembre de 1970 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

¹⁰⁵ Ejecutoria del 8 de octubre de 1970. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 9034, 25 de mayo de 1971 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

¹⁰⁶ Ejecutoria del 26 de agosto de 1971. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 333, 1971, p. 1250 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

¹⁰⁷ Ejecutoria del 3 de noviembre de 1972. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 351, 1973, p. 497 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar de pago".¹⁰⁸

XVI. "La Primera Sala Civil del Supremo Tribunal declaró no haber nulidad en la resolución de vista, que confirmando la apelada manda adelantar la ejecución para el pago de determinadas sumas de dólares, liras italianas, chelines austríacos y marcos alemanes o su equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio del día de pago".¹⁰⁹

XVII. "El artículo 1237 del Código Civil permite pactos de obligaciones en moneda extranjera no prohibidos por leyes especiales. En el caso de autos se pactó en dólares o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio vendedor del mercado único de cambios".¹¹⁰

108 Ejecutoria del 18 de febrero de 1982. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 12664, 8 de marzo de 1982 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

109 Ejecutoria del 25 de octubre de 1985. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 14455, 18 de febrero de 1987 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

110 Ejecutoria del 26 de enero de 1990. *Diario Oficial El Peruano*, 14 de marzo de 1991 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1980.
———, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1993.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Nascimento, 1942.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, R. M., *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, vol. 49, años 1991-1992, Lima.
- ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de derecho real de España*, Madrid, Imprenta de don José M. Repuyés, 1839.
- ALVES MORGADO, Guilherme, *Código Civil de Portugal*, Empresa Nacional de Publicidad, 1972.
- Ámbito financiero*, Buenos Aires, 22 de marzo de 1991.
- APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán, *Código Civil. Concordancias*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1938.
- ARIAS, José, *Contratos civiles. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *La compra venta*, copias de mimeógrafo, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1961.
- , *Luces y sombras del Código Civil*, Lima, Librería Studium, 1992.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; MARTÍNEZ COCO, Elvira y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, ts. I-IV, Lima, Librería Studium - San Jerónimo Ediciones, 1986-1993.
- AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Civil français*, París, Imprimerie et Livrairie Général de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie., Imprimeurs Editeurs, 1871.

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *Derechos reales. Materiales de enseñanza*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.
- BADANI CH., Rosendo, *Obligaciones y contratos*, primera parte, Lima, Imprenta Atlántida, s/f.
- BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, 1979.
- BANCHIO, Enrique Carlos, *Obligaciones de valor*, Buenos Aires, Lerner, 1975.
- BARASSI, Lodovico, *Instituciones de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1955.
- BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.
- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1921.
- BECERRA TORO, Rodrigo, *Obligaciones civiles. Fuentes y formas*, Bogotá, Temis, 1987.
- BELLO, Andrés, *Proyecto inédito de Código Civil de Chile*, Santiago de Chile, 1890.
- , *Obras completas de Andrés Bello*, t. XIII, vols. I y II, Caracas, Ministerio de Educación, Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional, 1955.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1991.
- , "El cumplimiento de prestaciones dinerarias en el Código Civil peruano", *Thémis*, núm. 30, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 175-183.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Livraria Francisco Alves, 1917.
- BIBILONI, Juan Antonio, *Anteproyecto de reforma al Código Civil, presentado a la comisión encargada de redactarlo, por (...)*, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1929.
- BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- BOISSONADE, G., *Code Civil pour l'Empire du Japon*, Tokio, 1890.
- , *Elementos de derecho civil*, trad. de José M. Cajica Jr., Puebla, Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945.

- BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1989.
- , *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1975.
- BOZA PRO, Guillermo, "Algunas consideraciones acerca de las obligaciones facultativas en el Código Civil peruano de 1984", *Thémis*, 2ª época, núm. 6, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, pp. 69-73.
- BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hamurabi, 1986.
- BULLARD GONZALES, Alfredo, *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*, Lima, Lluvia Editores, 1990.
- BUSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, EDIAR, 1951.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1982.
- CALONGE, Alfredo, *La compraventa civil de cosa futura desde Roma hasta la doctrina europea actual*, Salamanca, Talleres Gráficos Imprenta Núñez, 1963.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA, COMISIÓN DE LEGISLACIÓN GENERAL, *Unificación de la legislación civil y comercial*, orden del día 1322, Buenos Aires, 28 de julio de 1993.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, *Redacción final del proyecto de lei 634-B, de 1975 que institui o Código Civil*, Brasilia, 1984.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, "El pago con títulos valores (a propósito del artículo 1233 del nuevo Código Civil)", en *Para leer el Código Civil*, vol. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, pp. 111-131.
- , "La mora del deudor en las obligaciones de no hacer", en *Thémis*, 2ª época, núm. 12, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 72-77.
- , "El pago de intereses en el Código Civil de 1984", en ARIAS-SCHREIBER, Max, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. II.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan (comp.), *Lecturas y casos de derecho de obligaciones*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Instituciones de derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, Lima, 1957.

- , *Código Civil*, Lima, Talleres Gráficos Villanueva, 1978.
- CASTILLO FREYRE, Mario, *Los contratos sobre bienes ajenos*, tesis de grado, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1989.
- , *Los contratos sobre bienes ajenos*, Lima, CONCYTEC, 1990.
- , "El bien materia del contrato de compraventa", en *Para leer el Código Civil*, vol. XIII, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- , "El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta", en *Para leer el Código Civil*, vol. XIV, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
- , *El contrato de suministro: una perspectiva crítica. Materiales de enseñanza del curso de contratos II en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, Lima, 1991.
- , "Síntesis histórica de los contratos típicos en la codificación peruana de la República", en VV. AA., *Historia de las instituciones del derecho civil*, Lima, Fundación Bustamante de la Fuente, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1995.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de derecho de las obligaciones*, La Plata, Argentina, Platense, 1986.
- Code Civil de la Province de Québec. Revue et modifié en conformité de la Legislation*, mayo de 1979.
- Code Civil de la République de Chine*, Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- Code Civil Français*, París, Librairie Dalloz, 1914.
- Code Civil Suisse*, Berne, Office Central Fédéral des imprimés et du matériel, 1983.
- Code des Obligations de Suisse*, Berne, Office Central Fédéral des imprimés et du matériel, 1983.
- Code des Obligations de la République de Pologne*, trad. de Stefan Sieczkowski y Jean Wasilkowski, París, Librairie de Recueil Sirey, 1935.
- Código Civil argentino y leyes complementarias*, Buenos Aires, A. Z. Editora, 1985.
- Código Civil austríaco (A.B.G.B.)*, Viena, Edición Oficial, 1983.
- Código Civil brasileño*, San Pablo, Editora Revista dos Filmes, 1988.
- Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 1987.
- Código Civil cubano*, La Habana, Edición Oficial, 1988.

- Código Civil de Bélgica*, Bruselas, Editorial Marabout, 1986.
- Código Civil de Costa Rica*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962.
- Código Civil de Costa Rica*, San José, Tipografía Lehmann, 1916.
- Código Civil de El Salvador*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959.
- Código Civil de Guatemala*, Guatemala, Edición Oficial, 1986.
- Código Civil de Honduras*, Tegucigalpa, Centro Técnico Tipográfico Nacional, 1982.
- Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1889.
- Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.
- Código Civil de la República de Chile*, Santiago y Valparaíso, Librería del Mercurio, 1877.
- Código Civil de la República del Paraguay*, Asunción, Edición Oficial, 1985.
- Código Civil de la República de Nicaragua*, Managua, Tipografía Nacional, 1903.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, Editorial Acali, 1980.
- Código Civil del Reino de Italia*, Milán, Libreria Sitta Edit., F. Mancini, 1865.
- Código Civil de Panamá*, Barcelona, Edición Oficial, Harrieh, 1917.
- Código Civil de Puerto Rico*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1960.
- Código Civil ecuatoriano*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, s/f.
- Código Civil español*, Madrid, Ediciones Universo y Cultura, 1987.
- Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 1994.
- Código Civil peruano de 1984*, Lima, Edición Oficial, Editora Perú, 1984.
- Código Civil. República Argentina*, Buenos Aires, Zavallia Editor, 1991.
- Código Civil uruguayo*, Montevideo, Librería Nacional A. Barreiro y Ramos, 1914.
- Código Civil venezolano*, Caracas, Editorial La Torre, 1982.
- Código Civil venezolano*, Caracas, Imprenta de Vapor La Opinión Nacional, 1880.

- Código Civil y de enjuiciamientos*, Lima, Imprenta del Estado, 1870.
- Código Penal peruano*, Lima, Diario Oficial, 1991.
- Código Procesal Civil del Perú*, Lima, Diario Oficial, 4 de marzo de 1992.
- COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri, *Cours élémentaire de droit civil français*, París, Librairie Dalloz, 1924.
- , *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- COLMO, Alfredo, *Tratado teórico práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino. De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez Bernardo de Irigoyen, 1920.
- , *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, *Actas de las sesiones*, Lima, Imprenta Castrillón, 1928.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, *Actas de las Sesiones*, copias mecanográficas, Lima, Perú, 1936.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, *Exposición de motivos del Código Civil. El bien materia de la venta*, Lima, Diario Oficial, 14 de enero de 1989.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, *Exposición de motivos del Código Civil. Mutuo disenso*, Lima, Diario Oficial, 12 de diciembre de 1990.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, *Exposición de motivos del Código Civil. La transacción*, Lima, Diario Oficial, 3 de diciembre de 1990.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, *Exposición de motivos del Código Civil. Las obligaciones*, Lima, Diario Oficial, 9 de noviembre de 1992.
- COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI, COMMISSION FRANÇAISE D'ETUDES DE L'UNION LEGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIÉS ET AMIES, *Projet de Code des Obligations et des Contrats*, Roma, Provveditorato Generale dello Stato Libreria, 1928.
- CONSENTINI, Francesco, *Code international des obligations*, París, Institut Americain de Droit et de Legislation Comparée, Librairie Marchal et Billard, 1937.

- Constitución Política de la República del Perú*, Lima, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1986.
- Constitución Política de la República del Perú*, Lima, Edición Oficial, Editora Perú, 1993.
- CHACÓN, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1891.
- CHIRONI, G. P., *La culpa en el derecho civil moderno*, Madrid, Hijos de Reus, 1907.
- CORNEJO, Ángel Gustavo, *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*, Lima, 1938.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, 8ª ed., Lima, Librería Studium, 1991.
- COSSÍO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid, Alianza Universidad, 1975.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1970.
- DALLOZ, Armand, *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, París, Bureau de la Jurisprudence Générale, 1844.
- , *Codes annotés*.
- DE BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel, *Précis de Droit Civil*, París, Librairie de la Société du Recueil Gal, Des Lois et des arrêts, 1896.
- , *Traité de Droit Civil*, París, Librairie de la Société du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, 1908.
- DE FOLLEVILLE, Daniel, *Essai sur la vente de la chose d'autrui*, París, A. Maresq Ainé, Libraire, 1872.
- DE GASPERI, Luis, *Tratado de las obligaciones en el derecho civil paraguayo y argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1945-1946.
- , *Tratado de derecho civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1964.
- , *Anteproyecto de Código Civil paraguayo*, Asunción, El Gráfico, 1964.
- DE LACERDA, Paulo, *Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922.
- DE MALLEVILLE, Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, París, Librairie de la Cour de Cassation, 1822.

- DEMANTE, A. M., y COLMET DE SANTERRE, E., *Cours Analytique de Code Civil*, París, 1887.
- DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, París, Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, París, Auguste Durand y L. Hachette Libraires, 1870.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1944.
- Diccionario jurídico OMEBA*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1966.
- Diccionario práctico de sinónimos y antónimos*, Buenos Aires, Larousse, 1986.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1985.
- DUPICHOT, Jacques, *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1984.
- DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, Bruselas, 1841.
- EMILIANI ROMÁN, Raimundo, *Conferencias de obligaciones*, Bogotá, Temis, 1980.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1950.
- ESPINO PÉREZ, Julio D., *Código Penal peruano. Concordancias*, Lima, Editorial Jurídica, 1968.
- FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del derecho civil español común y foral*, Barcelona, Imprenta Cervantes, 1893.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles", *Thémis*, núm. 41, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, pp. 159-223.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente, *Novísimo tratado histórico-filosófico del derecho civil español*, Madrid, Librería de Leocadio López, 1880.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Lima, Librería Studium, 1986.
- FERNÁNDEZ, Julio, "Actualización de deudas pecuniarias. Implicancias civiles", *Thémis*, 2ª época, núm. 14, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, pp. 68-72.
- FERRERO COSTA, Raúl, *Curso de derecho de obligaciones*, Lima, Cultural Cuzco, 1986.

- FLORES POLO, Pedro, *Ley de Títulos Valores*, 2ª ed., Lima, Ediciones Justo Valenzuela, 1986.
- FOIGNET, René, *Manuel élémentaire de droit civil*, París, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904.
- GADEA REIDNER, Eugenio, "Imposibilidad de la prestación y teoría del riesgo", *Thémis*, 2ª época, núm. 5, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 69-72.
- GAGO PRIALE, Horacio, "Obligaciones genéricas en el Código Civil peruano", *Thémis*, 2ª época, núm. 6, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, pp. 64-68.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.
- GAYO, *Instituciones*, Madrid, Cívitas, 1985.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- GIORGI, Giorgio, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910.
- GIORGIANNI, Michele, *La obligación*, Barcelona, Bosch, 1958.
- GOLDSTEIN, Mateo y OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Civil y leyes complementarias anotadas y comentadas*, Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1943.
- GRATES, *Diccionario de sinónimos castellanos*, Buenos Aires, Sopena, 1972.
- GUILLOUARD, L., *Traité de la vente et de l'échange*, París, A. Pedone, Editeur, 1902.
- GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código Civil*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1982.
- , *Código Civil*, Lima, Científica, 1987.
- HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis, "Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores", *Ius et Veritas*, año 4, núm. 7, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1983.
- HUC, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, París, Librairie Cotillon, 1897.

- ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA y ASSOCIAZIONE DI STUDI LATINOAMERICANI (ASSLA), *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1989.
- IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, "A propósito de la promulgación del Código Civil peruano", *Thémis*, 2ª época, núm. 4, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, pp. 27-29.
- JIMÉNEZ, José Alfredo; REBAZA, Alberto, y ZAVALA, Verónica, "Indexación y derecho", *Thémis*, 2ª época, núm. 14, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, pp. 73-77.
- JORDÁN DE ASSO, Ignacio y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *El Fuero Viejo de Castilla*, Madrid, 1847.
- , *Ordenamiento de leyes*, Madrid, 1847.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1933.
- , *Derecho civil*, Buenos Aires, Bosch, 1952.
- JUSTINIANO, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.
- , *Instituciones*, Lima, Mesa Redonda Editores, 1986.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, Barcelona, Bosch, 1991.
- LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, Talleres Gráficos Ariel, 1927-1928.
- , *Curso de obligaciones*, Buenos Aires, Tipografía A. G. Rezzónico, 1926.
- , *Derecho civil*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943.
- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LAROMBIÈRE, M. L., *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code Civil, articles 1101 a 1386*, París, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, 1885.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, París, Librairie A. Maresq Ainé, 1875-1893.

- LEDGARD JIMÉNEZ, Carlos Alberto, *La teoría de la imprevisión en el derecho contemporáneo y el Código Civil de 1936*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- LEÓN BARANDIARAN, José, *Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1954.
- , *Contratos en el derecho civil peruano*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965.
- , "En torno a la novación objetiva", en *Homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 1-6.
- LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía Editor, 1976.
- LUBÓN, Miguel, *Legislación soviética moderna*, México, UTEHA, 1947.
- LUIZ ALVEZ, Joao, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, F. Briguiet Editores Livreiros, 1917.
- LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, 15ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975-1993.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1889.
- MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, Manuales de Derecho, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *El Código Civil sumillado*, Lima, Tipografía Sesator, 1984.
- MALAUURIE, Philippe y AYNES, Laurent, *Cours de droit civil. Les obligations*, 3ª ed., Editions Cujas, 1992.
- MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Paris, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1852.
- MAZEAUD, Henri, y LEON, Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1959.
- MELÓN INFANTE, Fernando, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, Bosch, 1958.
- MERLIN, M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, Revue, corrigé et fondue avec les ad-*

- ditions faites depuis 1815 aux éditions précédents par (...)*, París, Garnery Libraire, MDCCCXXVII (1827).
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1986.
- , *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1979.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, Lima, 1980.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Código Civil peruano*, Lima, Edición Oficial Conmemorativa del Décimo Aniversario, 1994.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Estudios de derecho civil. Cartas y polémicas*, Córdoba, Argentina, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1982.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis; PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1981.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Derecho comercial*, Lima, Cultural Cuzco, 1988.
- MORDEGLIA, Eugenio, "Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XIV, núm. 3, Córdoba, Argentina, julio-septiembre de 1950.
- MORELLO, Augusto, *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), BOUZAT, Luis F.; CARRANZA, Jorge; CAZEAUX, Pedro; LAQUIS, Manuel A.; MORELLO, Augusto M.; PORTAS, Néstor; TRIGO REPRESAS, Félix A.; y TROCCOLI, Antonio A. (redactores), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Argentina, Editora Platense, 1971.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, EDIAR, 1981.
- , *Contratos en dólares*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990.
- Motivi dei codici per gli stati sardi*, Génova, Tipografia della Gazzetta dei Tribunali, Mayo, 1935.
- MOURLON, Frédéric, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, París, 1878.
- NEGRI, Héctor, *La obligación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- OLAECHEA DU BOIS, Eduardo, *Inflación y derecho*, Lima, 1975.

- OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo, *Estudio Olaechea 1878-1978*, Lima, 1978.
- OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto, *Exposición de motivos del libro quinto del proyecto de Código Civil*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1936.
- , *Segundo anteproyecto del libro V del Código Civil*, Lima, Imprenta Minerva, 1926.
- ORTEGA TORRES, José, *Código Civil colombiano*, Bogotá, Temis, 1981.
- ORTUZAR SANTA MARÍA, Álvaro, "Nulidad del contrato de transacción", en BARROS BURIE, Enrique (coord.), *Contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- OSSORIO Y GALLARDO, Ángel, *Anteproyecto del Código Civil boliviano*, Buenos Aires, Imprenta López, 1943.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1987.
- OSTERLING PARODI, Felipe, "¿Cómo opera la compensación en el derecho civil comparado?", *Thémis*, año 3, núm. 5, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1967, pp. 47-53.
- , "Contratación contemporánea. Efectos de la inflación. Nominalismo y valorismo", *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, pp. 307-313. Ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).
- , "Draft Civil Code of Peru", *Journal of International Law*, vol. 14, núm. 3, invierno 1983, The University of Miami, pp. 167-174.
- , "La indemnización de daños y perjuicios", en *Homenaje al doctor José León Barandiarán*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1985, pp. 398-416.
- , *Inejecución de las obligaciones contractuales en el Código Civil peruano de 1936: la indemnización de daños y perjuicios*, tesis de doctorado, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1967.
- , "Inejecución de obligaciones", en *Para leer el Código Civil*, vol. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, pp. 133-174.

- , "Inejecución de obligaciones: dolo y culpa", en *Homenaje al doctor Rómulo E. Lanata Guilhem*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 349-364.
- , "Inejecución de obligaciones. El caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de culpa", en *Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 261-281.
- , "Inejecución de obligaciones en el Código Civil peruano de 1984", *Derecho Civil*, pp. 401-410. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.
- , "Inmutabilidad de la cláusula penal", *Derecho*, núm. XXIV, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1965.
- (comp.), *Materiales de enseñanza del curso de obligaciones*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982.
- , "La mora del deudor", *Thémis*, 2ª época, núm. 8, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, pp. 55-60.
- , "Las obligaciones", en *Para leer el Código Civil*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.
- , "Obligaciones con cláusula penal", en *Homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 299-323.
- , "De las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias", en *Para leer el Código Civil*, vol. II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, pp. 73-107.
- , "De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto", *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, pp. 167-344.
- , "El pago con efectos de cambio", *Thémis*, año 1, núm. 1, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1965, pp. 12-19.
- , "La revisión de los contratos por el Poder Judicial", *Nuevas Orientaciones del Derecho*, Colegio de Abogados de Lima, 1965.
- OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, "Tratado de las obligaciones", en *Para leer el Código Civil*, vol. XVI, ts. I-IV,

- Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1994.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio, *Instituzioni di diritto civile italiano*, Florencia, Eugenio e Filippo Carmmelli Editori, 1873.
- PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo, *Las obligaciones en el derecho civil peruano*, 3ª ed., Lima, Huallaga, 1990.
- PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.
- , *Tratado de derecho civil francés*, t. VI, *Las obligaciones*, primera parte, La Habana, Habana Cultural S. A.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f.
- , *Tratado de los contratos*, t. I, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1948.
- Proyecto de Código Civil argentino, según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Proyecto de Código Civil de Colombia*, Bogotá, Edición Oficial, s/f.
- Proyecto de Código Civil para la República del Perú*, Lima, Imprenta de J. Francisco Solís, 1890.
- Proyecto de Código Civil Peruano del 7 de Mayo de 1936, Elaborado por la Comisión creada por Resolución Suprema del 22 de Agosto de 1922*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1936.
- PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, *Estudios del contrato privado*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1983.
- , "La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984", *Para leer el Código Civil*, vol. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, pp. 175-193.
- , "Pago de intereses usurarios", *Thémis*, 2ª época, núm. 12, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, pp. 60-63.
- , "El contrato en general", *Para leer el Código Civil*, vols. XI y XV, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991-1993.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 1984.

- Recueil Complet des Discours prononcés lors de la presentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque project de loi*, Paris, Firmin Didot Frères, Fils et Cie., Imprimeurs de l'Institut de France, 1867.
- Reforma del Código Civil argentino. Proyecto del Código Civil*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1936.
- REVOREDO MARSANO, Delia, *Código Civil*, Lima, Okura Editores, 1985.
- REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1961.
- , *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.
- RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan y QUIROGA LEÓN, José Álvaro, "Las obligaciones facultativas", *Thémis*, 2ª época, núm. 5, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, pp. 67-68.
- RODRÍGUEZ LLERENA, Darío, *Código Civil*, Chiclayo, Perú, 1938.
- ROGEL VIDE, Carlos, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- ROGRON, J. A., *Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, Paris, E. Plon et Cie., 1877.
- ROMERO ROMANA, Eleodoro, *Derecho Civil. Los derechos reales*, Lima, PTCM, 1947.
- ROSSEL, Virgile, *Code des Obligations de Suisse*, Lausanne, Librairie Payot et Cie., 1911.
- ROSSEL, Virgile y MENTHA, F. H., *Manuel de Droit Civil Suisse*, Lausanne, Librairie Payot et Cie., 1922.
- ROUSSET, R. F., *Apuntes de derecho civil*, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1916.
- ROY FREYRE, Luis E., *Derecho penal peruano*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983.
- RUBIO CORREA, Marcial, "Título preliminar", *Para leer el Código Civil*, vol. III, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.

- , "Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico", *Para leer el Código Civil*, vol. IX, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- , "Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana", *Para leer el Código Civil*, vol. X, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- SALEILLES, Raymond, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, París, s/f.
- SALVAT, Raimundo, *Tratado de derecho civil argentino*, edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Estudios de derecho civil*, Pamplona, España, Universidad de Navarra, 1978.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de derecho civil*, Madrid, Estudio Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Impresores de la Real Casa, 1899.
- SANOJO, Luis, *Instituciones de derecho civil venezolano*, Caracas, Imprenta Nacional, 1873.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.
- SAPENA PASTOR, Raúl, *Fuentes próximas del Código Civil*, Asunción, Paraguay, Editorial El Foro, 1986.
- SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1951.
- SHACKLE, G.L.S., "Elasticidad del interés de la inversión", HAHN, F.H. y BRECHLING, F.P.R. (comps.), *Teoría de los tipos de interés*, Barcelona, Labor, 1974.
- SCHNEIDER, A. y FICK, H., *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 mars 1911*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé Editeurs, 1915.
- SCHRÖDER ROMERO, Christian, *Rescisión y anulabilidad*, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.
- SOPENA, *Diccionario de sinónimos y antónimos, ideas afines y parónimos*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1983.
- SOUZA LEVENHAGEN, Antônio José de, *Código Civil. Comentários Didáticos, direito das obrigações*, Sao Paulo, Editora Atlas, 1978.
- SPOTA, Alberto, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

- STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent, *Obligations*, 4ª ed., París, Librairie de la Cour de Cassation, 1992.
- TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- The Code Civil of Japan*, Tokio, EHS Law Bulletin Series, 1980.
- TOLA, Fernando, *Curso de derecho de obligaciones*, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, versión mimeografiada, s/f.
- TOULEMON, André, *El menosprecio del contrato y la crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1945.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
- TROPLONG, *Droit civil expliqué. De la vente*, París, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1856.
- URIBE RESTREPO, Luis Fernando, *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*, Bogotá, Temis, 1984.
- VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, Bogotá, Editorial Temis, 1988.
- VALVERDE y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, Valladolid, Talleres Tipográficos "Cuesta", 1920.
- VEGA GARCÍA, Jorge; OSTERLING PARODI, Felipe; y ARIAS SCHREIBER, Max, *Ponencias de obligaciones y contratos (parte general)*, 1977.
- VEGA VÉLEZ, Antonio de la, *Bases del derecho de obligaciones*, Bogotá, Temis, 1978.
- VELASCO GALLO, Francisco, *Derecho procesal civil. Juicios especiales y procedimientos no contenciosos concordados con el nuevo Código Civil*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1986.
- VIADA y VILASECA, Salvador, *Código penal español reformado de 1870*, Madrid, 1890.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría general del acto jurídico*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1985.
- , *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1985.
- VIDAURRE, Manuel Lorenzo de, *Proyecto del Código Civil peruano*, Lima, Imprenta del Constitucional por Justo León, 1835-1836.
- VIFOREANN, Pierre C., *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé. Formation et éléments du contrat*, París, Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, Edouard Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Successeur, 1932.

- VILLAVICENCIO CÚNEO, Víctor, *Las donaciones indirectas o atípicas*, Tesis de Bachiller, Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965.
- WAYAR, Ernesto Clemente, *Tratado de la mora*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1981.
- , *Pago por consignación*, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- , *Compraventa y permuta*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
- , *Derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- , "Convertibilidad del austral", en MOISSET DE ESPANÉS, Luis (coord.), *Estudios Jurídicos*, primera serie, Zavallía Editor, 1991.
- WEILL, Alex y TERRÉ, François, *Droit civil. Les obligations. Précis Dalloz*, 4ª ed., 1986.
- ZANNONI, Eduardo, *Revaluación de obligaciones dinerarias*, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- ZUSMAN TINMAN, Shoschana, "La teoría del riesgo", *Derecho*, núm. 34, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, abril de 1980, pp. 7-114.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN. Las obligaciones dinerarias en México Francisco BORJA MARTÍNEZ	IX
PALABRAS PRELIMINARES	1
CAPÍTULO I. Algunos aspectos sobre la contratación contemporánea. Los efectos de la inflación: el nominalismo y el valorismo	3
1. Doctrinas generales	3
2. El caso peruano	31
CAPÍTULO II. Pago de obligación contraída en moneda nacional	43
1. Artículo 1234	43
2. Fuentes nacionales del artículo 1234	43
3. Fuentes y concordancias extranjeras	46
4. Análisis	46
5. Jurisprudencia peruana del artículo 1234	54
6. Concordancias nacionales	54
CAPÍTULO III. Pago de una obligación contraída en moneda nacional, pero sujeta a algún índice de referencia	55
1. Artículo 1235	55
2. Fuentes nacionales del artículo 1235	55
3. Fuentes y concordancias extranjeras	59
4. Análisis	59

5. Cláusulas valoristas	60
6. Jurisprudencia peruana del artículo 1235	96
7. Concordancias nacionales	97
 CAPÍTULO IV. Fecha considerada para restituir una prestación determinar su valor o actualizar una pretensión dineraria	 99
1. Artículo 1236	99
2. Fuentes nacionales del artículo 1236	99
3. Análisis	100
4. Concordancias nacionales	109
 CAPÍTULO V. Pago de obligación contraída en moneda extranjera. Facultad del deudor	 111
1. Artículo 1237	111
2. Fuentes nacionales del artículo 1237	111
3. Fuentes y concordancias extranjeras	113
4. Análisis	114
5. Jurisprudencia nacional del artículo 1237	126
 Bibliografía consultada	 131

Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 11 de octubre de 1995, en IMPRESIONES INTEGRADAS DEL SUR, S. A. de C. V. En la edición se utilizó papel bond 57 x 87 de 37 kg. para las páginas interiores y couché de 162 kg. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.