

Las nuevas tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana

(Conclusión)

CAPITULO OCTAVO

LOS NUEVOS CONCEPTOS Y NUESTRA LEGISLACION CONTRACTUAL

SUMARIO: 1. Observaciones generales. I. Protección del deudor. II.—Protección del acreedor. III.—Protección de la confianza suscitada. IV.—Importancia de las reglas morales. V.—Simplificación del comercio jurídico. 2.—De algunos contratos en especial.

I. Compraventa: 1.—Observaciones generales a la reglamentación del contrato en el Código Civil. 2.—Leyes especiales que afectan al contrato de compra-venta: a) Fijación del precio de venta; b) Restricciones para la venta de determinados bienes; c) Legislación sobre compra-venta de terrenos en urbanizaciones; d) Restricciones a la compra-venta por razones de política internacional.

II. Locación-conducción: 1.—Observaciones generales a la reglamentación del contrato en el Código Civil. 2.—Leyes especiales que afectan al contrato de locación-conducción de inmuebles urbanos: a) Leyes de inquilinato; b) Legislación sobre las condiciones de las viviendas que se alquile a los obreros. 3.—Otras restricciones legales a los contratos de arrendamiento de cosas y de servicios. 4.—Nuevas restricciones y derogaciones a los contratos de arrendamiento aportados por las leyes 9586 y 9592.

III. Contrato de Trabajo : 1.—Observaciones generales a la re-

(*) Véanse los Nos. III del año VI y I del año VII de esta Revista.

glamentación del contrato en el Código Civil. 2.—Legislación reguladora del contrato de trabajo.

IV. Contrato de mutuo en dinero: 1.—La cuestión de la moneda de pago y las cláusulas de garantía; jurisprudencia y legislación. I.—De la cláusula oro o valor oro. II.—De la cláusula en moneda extranjera. III.—Cláusulas de escala móvil: A. Cláusula referida al curso de una divisa extranjera. B. Cláusula de pago en mercaderías. C. Cláusula de números indicadores. D. Cláusula de revisión periódica. IV.—Cláusula alternativa. 2.—Legislación sobre intereses en los contratos de mutuo. 3.—Legislación de emergencia en materia de mutuos hipotecarios.

I.^a—OBSERVACIONES GENERALES.—El Libro Quinto del Código Civil de 1936, referente al derecho de obligaciones y en cuyas secciones Cuarta y Quinta se reglamentan los contratos en general y en especial es, sin duda, la parte de mayor mérito dentro de esa obra legislativa, no sólo por su técnica depurada, sino también por su prudente orientación, a la par conservadora y evolutiva. El Código antiguo adolecía en esta materia de grandes vacíos y confundía los conceptos de obligación y contrato. El nuevo Código incorpora la teoría del acto jurídico y las obligaciones son especialmente reglamentadas.

Si algunos reparos puede hacerse al Libro Quinto—como el ya anotado de su falta de prolijidad en la reglamentación de los contratos—ellos no desvirtúan las excelencias de su construcción ni el progreso realizado. Hemos ganado en contenido científico, en organización sistemática y en perfección técnica. Sin romper con la tradición jurídica ni con las bases institucionales de nuestra legislación civil, ha recogido el Código, en el Libro Quinto, con explicable prudencia, en múltiples aplicaciones particulares, las teorías más novedosas; y se encuentra penetrado de un espíritu menos individualista, de mayor ética y solidaridad colectiva, más atento a los principios de la buena fe y a la influencia de los factores económicos. Se ha procurado que el Código sea un exponente de la conciencia jurídica del país, pero capaz de imprimirle, al mismo tiempo, una orientación nueva. Permaneciendo fiel a los grandes principios rectores de la libertad contractual y de la fuerza obligatoria de los contratos refleja, sin embargo, las nuevas orientaciones—según hemos podido verlo en páginas anteriores—en cierta acentuación de las restricciones a los derechos subjetivos, en nombre del interés público y social;

en la aplicación del arbitrio judicial, hasta el punto de permitirle al juez intervenir para modificar las condiciones de algunos contratos (arts. 1127, 1426, 1772); en la extensión de la esfera de influencia de los contratos con la reglamentación de las estipulaciones en favor de terceros y la inserción de textos que expresamente llevan el contrato más allá del círculo de las partes (arts. 1515, 1526); en la multiplicación de los textos que contemplan el cambio de circunstancias y en la adopción, en fin, de una regla que permite, en los contratos bilaterales, la inexecución de la prestación por la parte que debe cumplirla en primer lugar, cuando a la otra le ha sobrevenido disminución notable en su patrimonio (art. 1343). Traducen estos y otros dispositivos un mayor cuidado por la equidad, por los intereses colectivos, por el orden público. Y si al lado de ellos se considera la influencia moderadora que están llamadas a ejercer las normas de que la ley no ampara el abuso del derecho y de que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fé y la común intención de las partes, se tiene una idea del progreso realizado y del camino de vastas proyecciones que se abre a las corrientes que restringen el absolutismo de los derechos individuales.

Otros rasgos característicos del régimen contractual en el nuevo Código, algunos de los cuales ya hemos examinado, son los siguientes:

Libertad contractual.—La libertad de contratar está limitada bajo pena de nulidad o de anulabilidad, según los casos, por la capacidad de los contratantes, por la necesidad de observar la forma prescrita o que no esté prohibida por la ley, y por la regla general de que ni el contenido ni el fin del contrato pueden oponerse al orden público, a la ley o a las buenas costumbres (art. III, Título Prel. y art. 7075). Se ha eliminado a la causa lícita como condición para la validez del acto jurídico y, por consiguiente, del contrato.

Conclusión de los contratos.—El modo de conclusión de los contratos se rige según que la expresión del consentimiento tenga lugar entre presentes o ausentes. Se considera como presente a la persona que contrata con otra por medio del teléfono. La convención entre ausentes se considera concluida desde el momento en que el aceptante se desprende de su respuesta (art. 1335). Adopta pues el Código, en esta materia, el sistema de la

expedición, que consagran los códigos alemán, suizo, argentino y brasileño.

Los contratos sólo se entienden concluídos cuando las partes están conformes sobre todos los extremos del contrato (art. 1344). Sabemos que según el Código suizo de obligaciones (art. 2) basta para reputar concluído un contrato, con que exista acuerdo sobre los puntos esenciales, pudiendo el juez regular los secundarios en defecto de acuerdo de los interesados.

Lugar de celebración.—El contrato se reputa celebrado en el lugar en que se formuló la oferta (art. 1336), regla que concuerda con el Código de Derecho Internacional Panamericano.

Clasificación e Interpretación.—El Código no clasifica los contratos ni fija reglas para su interpretación. Conocemos ya de qué manera explica esas omisiones la Exposición de Motivos.

Fuerza Obligatoria.—La fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*) se declara en el primer artículo de las Disposiciones Generales (1328) y no admite más derogaciones, dentro del ordenamiento del Código, que las expresamente previstas por cambio de circunstancias o por imposibilidad de la prestación sin culpa del deudor (art. 1318), ni más atenuante que el resultante de la aplicación de la norme de la buena fé que debe presidir la ejecución de los contratos. Excepcionalmente se acepta, en razón de la naturaleza propia de ciertos contratos unilaterales, que éstos puedan acabarse por la voluntad de uno solo de los contratantes. Así ocurre con la sociedad constituida por duración indeterminada (arts. 1692 y 1718), con el comodato si el comodante necesita con urgencia imprevista la cosa prestada (art. 1593), con el depósito (art. 1603) y con el mandato (1650).

Condición Resolutoria Tácita.—Reconoce el Código la existencia de una condición resolutoria tácita o pacto comisorio tácito en los contratos bilaterales (art. 1341), por efecto del cual el contrato se rescinde cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne. Guarda el Código silencio acerca de los efectos de la rescisión, que no diferencia de la resolución, y no determina si ésta se produce de pleno derecho, por la declaración de una de las partes o por decisión judicial. Generalmente se entiende que el contrato no se hace automáticamente ineficaz, requiriéndose que el acreedor haga uso de su derecho de rescisión y que ésta sea judicialmente declarada.

Resolución convencional.—Aparte de las reglas generales

sobre la condición como modalidad de los actos jurídicos, no figuran en el Código preceptos que contemplen ciertos casos especiales de resolución convencional de los contratos. Solamente se prevé el derecho de retractarse en virtud de estipulación expresa, cuando ha mediado entrega de arras. Si se arrepiente de ejecutar su prestación quien ha dado las arras, las perderá; si se desiste quien las ha recibido, las devolverá dobladas (art. 1349). No se ha hecho eco en esta materia nuestro Código de la técnica de otros códigos modernos, como el alemán y el polaco, que sí regulan prolijamente, en sendos Títulos, la reserva convencional del derecho de resolución, permitiendo, en todos los contratos, que cada parte pueda reservarse el derecho de revocarlo por vía de declaración unilateral, sin que sea necesario hacer depender este derecho de una condición cualquiera, como por ejemplo, la inejecución por la otra parte, como es el caso en la *lex commissoria*. Entiéndese por resolución, dentro de la técnica del derecho alemán, la declaración dirigida a la otra parte de que el contrato concluido con plena eficacia, debe ser considerado *como no concluido*. Distingue rigurosamente el derecho germano a la resolución así entendida, de la denuncia de la relación contractual para el futuro, de la revocación, de la declaración rechazando la prestación y exigiendo indemnización por incumplimiento y de la impugnación por anulabilidad. En Alemania se hizo frecuente en los contratos de suministro y en algunos otros negocios, la inserción de cláusulas a las que corrientemente se denominaba "cláusulas de guerra" en las que se estipulaba a favor de una de las partes (especialmente del vendedor) o también de ambas, un derecho de resolución, o la liberación de sus obligaciones, o una moratoria, para el caso de que se produjeran ciertos acontecimientos que dificultaran o retrasaran el cumplimiento del contrato, como guerra, bloqueo, movilización, huelgas, revolución, fuerza mayor, perturbaciones de la industria, etc. (127)

Parece indudable que también en nuestro derecho la facultad de resolver un contrato puede fundarse en un convenio, el que puede consistir no sólo en la inserción formal en el contrato de un pacto comisorio, sino también en la facultad reconocida a una sola de las partes de resolver el contrato. El pacto de retroventa previsto en el art. 1431, es un caso de derecho convencional de resolución atribuido a una parte. El Código de Comercio

(127) Enneccerus.—Ob. cit., t. II, vol. 1, pág. 203.

prevé, en la compra-venta mercantil (art. 323), el derecho legal o convencional del comprador de géneros no clasificados o que no estén a la vista, de rescindir libremente el contrato si los géneros no le convienen. Podría decirse que el derecho de rescisión depende entonces de la inconveniencia de los géneros; pero tal apreciación queda librada, como quiera que sea, a la potestad del comprador.

Mientras estos pactos rescisorios no atenten contra la ley, el orden público o las buenas costumbres, habrá que considerarlos legítimos. Y si bien el derecho de resolución atribuido a una parte se asemeja a una condición resolutoria cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad de la misma, ello no significa que se trate de una condición potestativa. Esta se considera nula porque la obligación se sujeta a la exclusiva voluntad del deudor, que es tanto como decir que no hay vínculo, que no hay obligación; pero no se refiere a los casos en que el cumplimiento de la condición depende de la voluntad del que en la relación jurídica es acreedor o bien a la vez acreedor y deudor, como ocurre en los contratos sinalagmáticos, porque entonces lo pendiente de esa exclusiva voluntad no es una obligación, sino un derecho o un conjunto de derechos y obligaciones, casos en los cuales ya no se produce el contrasentido de la obligación sujeta a condición potestativa.

Excepción Non-Adimpleti-Contractus.—Reconoce el Código, en un texto expreso (art. 1342), como medio de defensa en los contratos sinalagmáticos, la *excepción non-adimpleti-contractus*, o de contrato no ejecutado.

Estipulaciones en favor de Terceros.—Como expresión efectiva del principio de la relatividad de los contratos, el Código legisla en el Título II de la Sección general de los contratos, sobre las estipulaciones en favor de tercero. Ya nos hemos ocupado de la importancia de esta nueva construcción jurídica, incorporada a nuestra legislación siguiendo el sistema del Código alemán. Las estipulaciones a cargo de tercero, que el proyecto argentino trata en el mismo Capítulo que los contratos a favor de tercero, son objeto del art. 1337, que también existía en el Código derogado, y que ha encontrado ubicación entre las disposiciones generales sobre los contratos.

Arras.—Objeto del título III de la Sección general, las arras asumen en el Código, de acuerdo con las soluciones alemana y

brasileña, el mismo carácter confirmatorio que poseen en el Código de Comercio de 1902 (art. 338). El efecto penitencial de las arras puede resultar, no obstante, de estipulación expresa, y confieren entonces a las partes el derecho de retractarse en las condiciones preindicadas.

Vicios Redhibitorios.—Se ocupa el Código especialmente, en los Títulos IV y V de la Sección general de los contratos, de los vicios redhibitorios y de la evicción y saneamiento, como cuestiones propias de todos los contratos onerosos en que se transfiere la propiedad, posesión o uso de una cosa, y no solamente de la compra-venta, dentro de cuyo título eran imperfectamente tratadas ambas materias en el Código anterior. Reconocidos los derechos de redhibición y de reducción del precio por causa de vicio que destruye o disminuye el valor o utilidad de la cosa enajenada para el uso previsto según el contrato, sus correspondientes acciones, que no tienen lugar en las ventas judiciales, deben intentarse dentro de seis meses, a menos que se trate de vicios o defectos de animales, caso en el cual se reduce el plazo a diez días.

Son éstos los caracteres más notables del régimen contractual instituido por el Código Civil de 1936. A través de ellos y de las disposiciones sobre actos jurídicos y obligaciones, es posible precisar la actitud del codificador frente a ciertas cuestiones generales que preocupan al derecho contractual moderno, como las siguientes: I.—Protección del deudor; II.—Protección del acreedor; III.—Protección de la confianza suscitada; IV.—Importancia de las reglas morales; y V.—Simplificación del comercio jurídico.

I.—*Protección del deudor*.—Entre la tendencia moderna de protección al deudor y la necesidad de dar seguridad al comercio jurídico resguardando los legítimos intereses del acreedor, el Código ha adoptado una posición de prudente compromiso.

La protección del deudor se encuentra en la presunción del plazo en su favor (art. 1112); en la facultad judicial de reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva (art. 1127); en la extinción de la obligación cuando llega a ser imposible la prestación sin culpa del deudor (art. 1318); en la limitación de la responsabilidad del deudor no doloso, por daños y perjuicios, a los previstos y previsibles y que sean consecuencia de su falta de cumplimiento (art. 1323), y en la limitación, en fin, de la respon-

sabilidad por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor a los casos expresos de la ley y a los que así lo establezca la obligación, no pudiendo, por lo demás, asumir el deudor responsabilidad sino por los casos fortuitos ordinarios (arts. 1319 y 1503).

II.—*Protección del acreedor.*—Contrapuestas a las anteriores medidas, existen las que protegen al acreedor. En primer lugar, los arts. 1232 y 1233 que enuncian los efectos generales de las obligaciones. También se advierte esa protección en la constitución en mora sin necesidad de intimación del acreedor, cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente o cuando resultare de la naturaleza y circunstancias que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación (art. 1254); en las facilidades dadas al ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, que es tratada en un Título especial (arts. 1098 al 1102), siguiendo la inspiración del Código brasileiro y con la particularidad de que no se exige la existencia de la intención de dañar a los acreedores; en la amplitud con que se impone la responsabilidad solidaria en materia de contratos y de obligaciones en general (arts. 418, 420, 1147, 1202, 1211, 1229, 1526 locación, 1658 mandato, 1659 gestión de negocios, 1729 sociedad, 1779 fianza); y en la protección de que disfrutaban los locatarios con contrato inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble en caso de enajenación del inmueble locado (art. 1515).

III.—*Protección de la confianza suscitada.*—A menudo una persona se deja dirigir en sus acciones por la confianza que suscita una declaración de voluntad o alguna otra acción de otra persona. Pues bien, una confianza de esta especie aparece protegida por el Código cada vez que la juzga suficientemente fundada en la apariencia de las cosas. Ejemplos:

a) Se protege la confianza del tercero que contrata con el representante después de la revocación del mandato, si esa revocatoria no se ha inscrito, o no se le ha notificado, en su caso, al interesado en el negocio (arts. 1068 y 1651); la del mandatario que procede en la ignorancia de la muerte del mandante o de que por otra causa debe cesar en el cargo (art. 1654); la del deudor que paga o celebra actos jurídicos con el antiguo acreedor ignorando la cesión; y la del deudor, en general, que paga al acreedor putativo o aparente (art. 1239). En todos estos casos el ac-

to jurídico o el pago son válidos, a pesar de que hace falta una de las condiciones para su validez.

b) En varias hipótesis, una parte que ha contado con un cierto estado de cosas, por ejemplo, con la solvencia de la otra parte, puede apartarse de sus obligaciones si esa confianza era, sin su culpa, mal fundada. En los contratos recíprocos, la parte que debe afectar la prestación en primer lugar, puede rehusar la ejecución hasta que la prestación recíproca sea ejecutada o garantizada su ejecución, cuando ésta se haga dudosa por el mal estado de fortuna sobrevenido a la otra parte (art. 1343). Una obligación a término deviene inmediatamente exigible en caso de insolvencia del deudor, o si éste disminuye las garantías o se niega a otorgar aquellas a que se hubiese comprometido (art. 1114). Un socio puede pedir la disolución de la sociedad antes del plazo convenido por haber sobrevenido causas graves cuya apreciación se deja al prudente arbitrio del juez (art. 1719). Aún la revocación de las donaciones por causa de ingratitud, podría ser situada entre estos casos de confianza basada en un cierto estado de cosas.

c) En fin, en algunas hipótesis, una parte es responsable del daño que sufre la otra porque ésta ha confiado en la primera, que ha tomado la iniciativa, que ha prometido celebrar o ha celebrado un contrato sabiendo que no podía ser válido. Lo que ocurre si un incapaz simula dolosamente su capacidad de contratar ante la otra parte, que no puede fácilmente convencerse de lo contrario (art. 1129); si alguien celebra un contrato de ejecución imposible, conociendo esa imposibilidad al tiempo de concluirse el contrato; si alguien promete una prestación de un tercero que se niega a ratificar el compromiso o a cumplir la prestación (art. 1337); y si alguien concluye un contrato en nombre de otro y la ratificación de éste no se produce.

d) La confianza de terceras personas está protegida respecto al acto simulado (art. 1095); respecto a los actos y derechos inscritos en los registros públicos mientras no se invaliden en el mismo Registro, etc.

IV.—*Importancia de las reglas morales.*—Las reglas no escritas de buenas costumbres, o dicho de otro modo, las exigencias de la buena fé, juegan en el Código papel importante, porque limitan la libertad de contratar, sirven de guía para la interpretación de las declaraciones de voluntad en los contratos, de-

terminan el modo de ejecución de la prestación, y pueden aún servir para justificar, como lo hemos visto, el cambio del contenido de la obligación, o la liberación del deudor a causa de un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias. El Código al reconocer la fuerza obligatoria de los deberes morales y de solidaridad social, cuya ejecución voluntaria no da lugar a repetición (art. 1285), les da una categoría especial de obligaciones naturales. Sobre la idea de la función importante de las buenas costumbres reposan, por último, disposiciones como el art. 1111, tomado del Código Napoleón, según el cual la condición se reputa cumplida si la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, impide su cumplimiento contrariando las reglas de la buena fé, y a la inversa; y también los preceptos que autorizan al juez a disminuir la pena convencional o las deudas de juego y apuestas (arts. 1227 y 1772).

V.—*Simplificación del comercio jurídico.*—La intervención de los poderes públicos en la génesis y efectos de los contratos, el renacimiento del formalismo contractual, el aumento de la fiscalización y de las prohibiciones, signos todos del dirigismo contractual cuyas manifestaciones en nuestro derecho hemos examinado en los capítulos precedentes, son tendencias que contradicen a las que al mismo tiempo se producen en el sentido de facilitar el comercio jurídico, de adaptar las instituciones del derecho civil a las exigencias de la vida económica moderna, y que se expresan no solamente en los detalles de la reglamentación de los diversos contratos, y en el auge de los contratos de adhesión, de los contratos-tipos, o de los contratos-reglamentos, sino también en otras direcciones, tendientes a obtener determinados resultados sin la necesidad de un juicio previo.

Puede decirse que frente a esta cuestión del aligeramiento y simplificación del comercio jurídico, nuestro Código mantiene, en sustancia, su posición tradicional, sin perjuicio de algunas innovaciones llamadas, sin duda, a facilitar ese comercio. Así se advierte en la reglamentación de los diversos contratos, una reducción general de los plazos para el ejercicio de derechos y acciones, y la supresión de instituciones, como el retracto gentilicio en el contrato de compraventa, que constituyen una traba a la circulación de la propiedad. Al mismo tiempo se reglamentan nuevas formas contractuales e instituciones como las obligaciones al portador y la promesa pública de recompensa, tan importantes en la

vida práctica. Guarda en cambio, silencio el Código, sobre otras instituciones que ya legislan un Código moderno como el polaco, y el reciente Código italiano, a saber: los reglamentos, los contratos tipos, los contratos colectivos, las promesas de contratar, el depósito irregular.

El mismo Código polaco dispensa a las partes de dirigirse a la autoridad judicial para obtener un resultado que, según nuestro Código, requiere un juicio previo. Basta según el Código polaco que la víctima de los vicios del consentimiento advierta a la otra parte, dentro del plazo de un año, que no se considera ligada por el contrato, para que pueda exonerarse de las consecuencias de su declaración de voluntad. Es también suficiente, según el mismo Código, una declaración de esa clase para desligarse del contrato recíproco a causa de la inejecución de la otra parte, o para resolver un contrato de venta en razón de vicios de derecho o de la cosa. En todos estos casos, la parte que controvierte el derecho de la otra a prevalerse de un vicio de la voluntad o a desprenderse del contrato puede, desde luego, promover un proceso para obtener una resolución judicial que declare la validez de la declaración de voluntad o que condene a la otra parte a ejecutar su obligación. (128)

La posición del Código polaco en ésta como en otras cuestiones es singular y demasiado pronunciada. En ningún otro Código moderno, como no sea en el italiano de 1942, se advierte tan marcado favor por la regla *ius est ars boni et aequi* en detrimento de la regla fundamental *pacta sunt servanda et volenti non fit injuria*. No podría, por lo mismo, reprocharse a nuestro Código el no haber seguido las directivas del más reciente de los códigos europeos en la época de su promulgación. Atentos a nuestra realidad nacional se han esforzado los codificadores peruanos, en el Libro Quinto, en darle a la regla *ius est boni et aequi* una dirección y un campo de aplicación que no la hagan peligrosa para el comercio jurídico. El Código ha buscado un camino intermedio entre el sistema de una plena confianza en la prudencia del juez, que le da un gran poder discrecional, y el de una desconfianza exagerada, que tiende a reducir su función a la simple aplicación de la ley a los casos previstos por el legislador.

2.—DE ALGUNOS CONTRATOS EN ESPECIAL.—Sin perder de

(128) R. Longchamps de Bérier.—Le nouveau Code Polonais des Obligations.—Bull. Trim. de la Soc. de Leg. Comparée, 1935, p. 339.

vista los rasgos generales de nuestro régimen contractual descritos en el apartado anterior, conviene proceder ahora a un examen de las manifestaciones de las nuevas tendencias expuestas en los capítulos precedentes, en los contratos más característicos, a través de su reglamentación en el Código Civil y por leyes especiales.

Sobre todo, por obra de las leyes especiales y de excepción, los grandes principios de la autonomía de la voluntad y del respeto de los contratos, vienen sufriendo entre nosotros serios quebrantos. Constituyen ya esas leyes y resoluciones gubernativas una masa apreciable de preceptos dispersos, que reforman, complementan, reglamentan, o suspenden los principios y reglas del Código Civil. El legislador interviene en forma cada vez más abundante, ora para favorecer a los deudores o a determinada categoría de contratantes, ora en nombre del interés general, o de la paz pública, con una serie de medidas que se afanan en seguir las perturbaciones, las alzas y las bajas de una vida económica completamente desarreglada. Ese proceder no ha hecho sino acentuarse a partir de la actual conflagración. Y a las razones hasta hoy invocadas para justificar las medidas derogatorias de nuestro sistema contractual, han venido a agregarse últimamente otras, de política internacional. Son de este orden las medidas que, en aplicación de los acuerdos inter-americanos de Río de Janeiro, han empezado a dictarse contra los súbditos de los países signatarios del Pacto Tripartito (Alemania, Italia, Japón), y que colocan a las operaciones contractuales en que sean parte, bajo un régimen de emergencia y de interdicción que suspende las disposiciones del derecho común (leyes 9586 y 9592; decretos supremos reglamentarios del 15 de abril y del 26 de junio de 1942). (129)

Vamos a examinar a continuación las manifestaciones de las nuevas tendencias apuntadas, en los contratos más característi-

(129) La prosecución de esta política lleva a la reducción progresiva de los derechos patrimoniales de los súbditos del Eje. Un proyecto de ley presentado el 15 de septiembre de 1942 a la Cámara de Diputados, por un grupo de representantes encabezados por el señor More, fundándose en que los elementos totalitarios ejercen actividades perturbadoras que afectan, entre otros sectores, al de la alimentación nacional, dispone la "cancelación" de **todos los contratos** que, con el Gobierno del Perú, tengan "vigentes" particulares o instituciones pertenecientes a los países del Eje; y autoriza, al mismo tiempo, al Poder Ejecutivo para que, "con el fin de evitar cualquier desmedro a los negocios o actividades que hubiesen sido confiadas a dichos elementos, los organice en la forma más conveniente para los intereses nacionales".

cos, a través de su reglamentación en el Código Civil y por leyes especiales. El temor de extender este trabajo más allá de límites razonables nos lleva a ocuparnos, solamente, de cuatro contratos representativos a los que más afecta la legislación extraordinaria, a saber: compraventa, locación-conducción, trabajo y mutuo.

I.—COMPRAVENTA

I.—OBSERVACIONES GENERALES A LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL.—El texto del art. 1383 expresa la noción moderna del contrato de compraventa al enunciar la obligación del vendedor de transferir la propiedad de una cosa. Se declara así, que la compraventa es acto traslativo de dominio; pero la traslación es solo un efecto natural del contrato, de donde se infiere que las partes pueden suspenderla hasta cierto día, o hasta que se cumpla la condición prevista, o hasta que el comprador efectúe la oblación integral del precio.

Mantiene el Código el sistema consensual y espiritualista procedente del Código francés. Se consideró, con razón, que el régimen germano que exige la formalidad de la inscripción en el Registro público para la validez de la compraventa de inmuebles, era inadaptable a nuestro medio, pues presupone una organización registral perfecta. Los inmuebles determinados se transfieren, por tanto, por el simple consentimiento de vendedor y comprador en asumir sus respectivas obligaciones. La inscripción en el Registro mediante escritura pública, sólo se requiere para que funcione la transmisión respecto de terceros.

Tratándose de cosas muebles, la doble obligación que genera el contrato de compraventa o sea, la de transferir el dominio y la de entregar la cosa, están inseparablemente unidas. La transferencia de dominio se consuma mediante la tradición real y efectiva, que consiste en poner al adquiriente en posesión de la cosa a título de propietario. La transferencia de dominio puede consumarse con la tradición, aún cuando el vendedor no sea dueño de la cosa, según la regla de la primera parte del art. 890: *‘Aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de mueble, adquiere el dominio, aún cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo’*

Se excluye específicamente de la compraventa, por disposi-

ciones del propio Código o de leyes especiales, a un mayor número de objetos que los que consideraba el Código derogado: las cosas de uso público que pertenecen al Estado o a las corporaciones públicas (art. 823); los monumentos arqueológicos (art. 822, inc. 5.º y leyes 6938 y 7212); el hogar de familia (art. 1471); los inmuebles dotales, salvo con licencia judicial y en los casos que señala el art. 232; los derechos de uso y habitación (art. 954); los ganados y animales que padezcan enfermedad contagiosa (art. 1366); la herencia futura (art. 1396). Aparte de estas restricciones hay que tener en cuenta las que resultan de un sinnúmero de disposiciones administrativas que, por razones de seguridad, de higiene, de orden público o fiscales, prohíben la venta de ciertos objetos o la someten a formalidades o limitaciones.

La rescisión de la compraventa por lesión se admite en forma atenuada en los arts. 1439 a 1442. Se concede la acción de lesión únicamente al vendedor de predios rústicos o urbanos, limitando a seis meses el plazo para su interposición y dejando al juez, en cada caso, la apreciación de todas las circunstancias del contrato.

Esta cuestión de la lesión fué objeto de animado debate al elaborarse el Código. Manuel Augusto Olaechea, el preclaro ponente del anteproyecto del Libro Quinto, no incorporó a la lesión como causa de rescisión de los contratos. Conceptuando a la lesión como la expresión de un vicio del consentimiento, juzgaba que los contratos que resultaban lesivos por error, dolo o violencia, podían rescindirse por el juego de la teoría de los vicios del consentimiento, sin necesidad de erigir a la lesión en una teoría autónoma. Pero su criterio no prevaleció en la Comisión Revisora del anteproyecto y de allí resultaron los arts. 1439 a 1442, que configuran a la lesión como un instituto de carácter mixto, ya que se toma en cuenta la desproporción objetiva, cuantitativa (venta de un predio rústico o urbano en menos de la mitad de su valor) y, al mismo tiempo, se faculta al juez para apreciar todas las circunstancias del contrato. Esto corrige los inconvenientes del tipo rígido y le abre a la jurisprudencia—al decir de Angel Gustavo Cornejo—un campo fecundo.

Conceptuado como necesario el admitir específicamente a la lesión como causa rescisoria, en materia de compraventa y de particiones (art. 791), creemos que habría sido preferible colocarse, de una vez, dentro del movimiento que marca la legislación con-

temporánea, adoptando un texto general, a la manera del art. 138 del Código alemán, del art. 21 del Código suizo de obligaciones, del art. 42 del Código polaco, o del art. 22 del proyecto franco-italiano, los cuales artículos, sin necesidad de erigir a la lesión en una teoría autónoma ni de admitir la rescisión de los contratos por desequivalencias cuantitativas del tipo romano, contienen reglas que son una mejor garantía de la correspondencia entre las prestaciones y las contraprestaciones en los contratos onerosos y bilaterales.

Además del art. 1439 existen otros, en el título de la compraventa, que reconocen la amplitud del arbitrio judicial. Nos hemos referido ya al art. 1389 que faculta al juez a fijar el precio de venta en el caso de que no se conformaren las partes con el que resulta de la tasación a que se hubiesen sometido; al art. 1420 que autoriza al juez a señalar plazo para el pago del precio por el exceso hallado de más en la venta de cosas por extensión o cabida, cuando el vendedor se negase a acordar un plazo al comprador; y, por último, al art. 1426, que no existía en el Código anterior, tomado del proyecto franco-italiano, y que permite al juez reducir, según las circunstancias, la amplitud de la indemnización de perjuicios convenida en los contratos de venta al crédito para el caso de que se rescinda la venta por no haberse pagado totalmente el precio. Esta facultad responde a la misma idea que la de reducir la cláusula penal, reconocida en el art. 1227, y confiere claramente al juez el poder de intervenir para modificar las condiciones de un contrato. Saludable poder si se consideran—como lo expresa la Exposición de Motivos—“las prácticas dañosas para el pueblo que la usura pone en juego tratándose de las formas de contratación sobre objetos de utilidad común”.

Se ha criticado el mantenimiento por el Código del pacto de retroventa. Realmente, en la práctica, el pacto se ha utilizado para eludir prohibiciones legales o para encubrir préstamos usurarios y muy pocas veces obedeciendo a las razones que podrían justificarlo. Nada se habría perdido, por eso, con su supresión. Sin embargo el Código lo conserva, en nombre del principio de la libertad de contratar y teniendo en cuenta que tanto los códigos clásicos como los modernos, con excepción del portugués y de la ley rumana de 1931, reglamentan la institución.

Es plausible, en cambio, la supresión del retracto gentilicio o de familia, anacrónica institución, que merece el juicio desfa-

vorable de casi todos los autores. En frente de su escasa aplicación y discutible ventaja de servir para evitar que los bienes salgan de las familias, en nombre de vínculos muchas veces desvanecidos, se tenía el inconveniente de que constituía una traba a la libertad de contratar y a la circulación de la propiedad y hasta un motivo de fraudes, cuando se quería eludir el ejercicio del derecho de retracto por algún pariente del vendedor.

Merece también aplauso la adopción del retracto litigioso, al influjo de consideraciones sociales, y el de las nuevas formas de retracto tendentes a procurar una mejor organización de la propiedad, como son el de colindantes, el de propietarios de predios urbanos que aunque divididos materialmente en partes no pueden ejercer sus derechos sin someter a las otras partes a servidumbre, y el de propietarios de los diferentes pisos de un edificio.

Precisa el Código el concepto legal de la promesa unilateral de comprar o de vender que se diferencia de la promesa sinagmática equiparable a la compraventa. Se dispone que la venta de cosa ajena es simplemente anulable, si el comprador ignoró que la cosa no pertenecía al vendedor. Se reglamenta como pactos susceptibles de agregarse a la compra-venta, el de retroventa, el de mejor comprador y el de preferencia.

Son éstas las notas más características del contrato de compraventa que interesa aquí destacar, desde el punto de vista en que nos hemos situado. El contrato discurre, como no podía dejar de ser, dentro de sus cauces tradicionales; pero con más rigor técnico que en el Código derogado. Adquiere mayor firmeza al contrato y se facilita la circulación de la propiedad con la supresión del retracto gentilicio; con la abolición de la reapertura del remate en la venta de los bienes nacionales, de Beneficencia y de menores; con la reducción de los plazos de la promesa de venta de inmuebles (de 3 a 2 años), del pacto del mejor comprador (de 3 a 1 año), del pacto de retroventa (de 3 a 2 años); con la reducción del plazo para ejercitar la acción por lesión, de 2 años a 6 meses, reconociéndola únicamente al vendedor; y con la limitación a 3 meses del plazo para reclamar diferencias en las ventas por extensión o cabida. Se enuncia con más precisión los bie-

nes que no pueden ser objeto del contrato y se reconoce más amplitud al arbitrio judicial, advirtiéndose en suma, una sistematización superior, asentada en los postulados de la libertad para contratar y de la fuerza obligatoria del contrato.

Pero estos principios del derecho común en materia de compraventa, reconocidos por el Código, están siendo gravemente afectados por obra de una legislación de excepción, que cada día se hace más frondosa y que, al impulso de tendencias socializadoras o de consideraciones de orden económico, suprime el juego de la ley de la oferta y la demanda para la fijación del precio, sujeta a trámites especiales la venta de determinados bienes, modifica los contratos en curso, impone su revisión o suspende sus efectos. A esas medidas han venido a agregarse, hace poco, las dictadas por razones de política internacional contra los súbditos alemanes, italianos y japoneses.

2.—LEYES ESPECIALES QUE AFECTAN AL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

a) *Fijación del precio de venta.*—La fijación por el poder público del precio de venta de ciertos artículos, es la primera expresión con que uno se encuentra de *dirigismo* económico que trasciende a lo jurídico. Hemos dicho ya que las intervenciones estatales en esta materia son, en todas partes, de las más numerosas e importantes. Entre nosotros las medidas gubernativas para fijar los precios, contrariando el libre juego de las fuerzas económicas en presencia, forman un conjunto apreciable, que está lejos, por lo demás, de ofrecer el espectáculo de una concepción metódica.

La ley 1967 del 10 de agosto de 1914, que autorizó al Poder Ejecutivo para que dictara las medidas que juzgara indispensables con el fin de impedir el alza indebida de los precios de los artículos de primera necesidad, o su acaparamiento injustificado, puede considerarse como el punto de partida de una copiosa legislación que restringe sin cesar el campo de la libertad contractual. El concepto de lo que son artículos de primera necesidad se hace cada vez más amplio y, casi a diario, vienen a agregarse ahora, con motivo de la guerra, nuevos artículos al régimen de restricciones.

Como un exponente de esa política que, por razones de ne-

cesidad o de seguridad públicas, sustrae la compra-venta de ciertos objetos, al sistema de libertad de comercio e industria proclamado por el art. 40 de la Constitución, pueden citarse las siguientes disposiciones: el decreto supremo de 16 de julio de 1936, que sujeta al control del Estado los precios de venta de las drogas y productos farmacéuticos y crea el Consejo Técnico de Química Aplicada y Farmacia, sancionando con multas las infracciones; el decreto supremo del 24 de noviembre de 1936, complementario del anterior, que fija en un 20 % el recargo máximo que los importadores de productos farmacéuticos podrán imponer en sus ventas a los minoristas, y en el mismo 20 % el máximo de recargo con que los minoristas podrán vender esos artículos al público; el decreto supremo del 28 de diciembre de 1936, que prohíbe el alza de los precios de los materiales de construcción, mientras ella no sea aprobada por la Comisión de Control que por ese mismo Derecho se crea. El decreto primeramente citado, de 16 de julio de 1936, se justifica de la siguiente manera: "Que si bien es cierto que el art. 40 de la Constitución del Estado reconoce la libertad de comercio e industria, también lo es que dispone que la ley señalará los requisitos a que se sujeta su ejercicio y que podrá la ley establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca cuando lo exijan la seguridad o la necesidad públicas; que la ley N.º 1967 autoriza al Poder Ejecutivo para dictar las medidas que juzgue indispensables con el objeto de impedir el alza indebida de los precios de los artículos de primera necesidad . . . etc."

Producida la guerra europea en septiembre de 1939, se expidió, como inmediata providencia, el día 3 de ese mes, la ley N.º 8951, en la que se autoriza al Gobierno, en términos generales, a establecer limitaciones o reservas a la libertad del comercio o industria y a dictar las medidas necesarias para el abaratamiento de las subsistencias. Al mismo tiempo y por el término de la guerra, se prohíbe el aumento del precio de los artículos de primera necesidad y subsistencias, de productos manufacturados en el país y materiales de construcción, sin la correspondiente autorización. Se imponen penas corporales a los infractores de las disposiciones de la ley.

Con el objeto de ejecutar y hacer cumplir la ley 8951 se creó, por la N.º 8952 expedida en la misma fecha, un nuevo organismo, la Superintendencia de Bienestar Social, al que se dotó de

los más amplios poderes "para preservar y aumentar el bienestar social y coordinar y armonizar los factores que intervienen en la producción, la circulación y el consumo, en relación con el interés social" (art. 2.º ley 8952). Específicamente se atribuye, además al Superintendente, el control de los precios de los artículos de primera necesidad, de los manufacturados en el país y de los materiales de construcción producidos en el país.

La Superintendencia de Bienestar Social, creada por la ley 8952, tuvo corto funcionamiento. Se extinguió, sin derogarse la ley referida, al no proveerse partida para su sostenimiento en el Presupuesto General de la República de 1940. Pero se ha encomendado a otras dependencias el control de los precios y la facultad de señalarlos. El de los víveres, a la Dirección de Alimentación Nacional, dependencia del Ministerio de Fomento; el de los artículos y mercaderías indispensables para el uso común, a la Inspección Fiscal de Precios, creada por decreto supremo del 5 de diciembre de 1941 como una repartición del Ministerio de Hacienda.

Con igual propósito que las anteriores providencias se dictó en el año 1940, la ley 9047, que autoriza al Poder Ejecutivo para adoptar las medidas necesarias para conseguir el abaratamiento de las subsistencias, cuando lo exijan las circunstancias extraordinarias y la necesidad social. Para estos fines—dice el art. 3.º de la ley—"quedarán en suspenso todas las disposiciones legales que se opongan a su cumplimiento, incluyendo las *contractuales*, previa la observancia de las formalidades de este carácter".

Vivimos pues, desde hace unos años, bajo un régimen de emergencia, agravado por la actual guerra, que elimina todo debate sobre el precio de venta de determinados artículos, imponiendo severas sanciones a los infractores y que puede llegar—en virtud de la ley 9047—a enervar o suspender los efectos de los contratos legítimamente concluidos. Las subsistencias en general, las aguas gaseosas, el acero en barras, el alambre, los arseniatos, los azulejos, los aparatos sanitarios, el cemento y otros materiales de construcción, los clavos, la calamina, el crudo y los sacos de yute, el fierro en barras y en planchas, la hojalata, las herramientas para la agricultura, el jabón de pepita, las llantas y cámaras, la madera, los productos químicos para uso industrial, los productos farmacéuticos, los tubos de hierro, el trigo nacio-

nal, etc., son bienes cuyos precios de venta quedan hoy sujetos a estrecho control. Continuamente se agregan nuevos artículos a la lista de los ya reglamentados. En la situación por la que atraviesa el mundo difícilmente podrían impugnarse estas medidas, Pero la facilidad con que se imponen y se aceptan, descubre, con elocuencia, el cambio que se va operando ante nuestra vista, en los principios de la libertad contractual. (130)

b) *Restricciones para la venta de determinados bienes.*— Al lado de las anteriores medidas relativas a la fijación de precios cabe también citar, como manifestaciones de las restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad en materia de compraventa, las que prohíben la venta de ciertos bienes o sujetan su enajenación a normas o taxativas. Por razones de salud pública, de higiene, de seguridad, o fiscales, se sujeta a condiciones el tráfico de drogas, estupefacientes, explosivos, etc. Otras veces, al influjo de consideraciones sociales tendentes a impedir las especulaciones usurarias, ha intervenido el poder público en las ventas a plazos de muebles e inmuebles por los sistemas de clubs cooperativos o de sorteos. El decreto supremo del 3 de abril de 1936 establece, en efecto, una serie de normas a las que deberán sujetarse las cooperativas, en resguardo de los derechos de los compradores, y organiza, al mismo tiempo, la Inspección Fiscal de Cooperativas. En el art. 19 de ese decreto se autoriza al accionista que haya abonado el 33 % del valor total de las cuotas previstas, a exigir la entrega de la cosa o unidad correspondiente al Club, pudiendo el comerciante, a su vez, demandar una garantía a su satisfacción por el importe del saldo pendiente.

Informado en análogas consideraciones, de defensa del público consumidor expuesto a ser explotado con el recargo de los precios por el sistema de ventas a plazos, se expidió un decreto supremo con fecha 17 de julio de 1936, que prohíbe, en toda la República, la venta por intermedio de vendedores ambulantes de toda clase de mercaderías, excepto artículos comestibles y baratijas.

(130) Más radical que todas las anteriores medidas sobre regulación de precios por el Estado, el decreto supremo del 27 de agosto de 1943—expedido con posterioridad a la presentación de esta tesis—dispone, en uso de la facultad conferida al Ejecutivo por la ley 8951, que el precio de venta máximo de todo artículo de comercio, será el precio "básico" que tenía cada artículo en el período comprendido entre el 1.º y el 30 de abril de 1943. La aplicación de esta norma general, que el mismo Decreto reglamenta, se encomienda a la Contraloría de Precios, dependencia del Ministerio de Hacienda que ha sustituido a la Inspección Fiscal de Precios.

Para el mejor control de la observancia de los reglamentos sobre urbanizaciones se ha dispuesto, por resolución suprema del 9 de julio de 1940, que todo contrato de compraventa de terrenos urbanos o de quintas-huertas, deberá ser previamente visado por la Dirección General de Fomento y Obras Públicas, requisito sin el cual no podrá ser tramitado por la Caja de Depósitos y Consignaciones ni por los Notarios Públicos. El mismo requisito se impone a los contratos mencionados para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Significa también una restricción al principio de la libertad de contratar en materia de compraventa, la autorización que debe prestar el Gobierno por conducto de la Dirección de Minas y Petróleo, a los contratos de transferencia de propiedades mineras y petrolíferas, requisito sin el cual no tendrá validez el convenio ni podrá elevarse a escritura pública (ley 4452), art. 10.; dec. sup. de 17 de junio de 1932; res. sup. de 18 de dic. de 1934; res. sup. de 14 de junio de 1940; res. sup. de 22 de marzo de 1941).

Debemos también considerar entre este género de restricciones las que prohíben las transferencias de propiedades rústicas a extranjeros en las provincias limítrofes del territorio y otras de la misma naturaleza en materia de minas; (131) las que sujetan la compraventa de algodón al régimen de la Cámara Algodonera, etc.

La guerra ha traído también una racionalización en la venta o distribución de ciertos artículos indispensables para la economía nacional y que escasean en el mercado. Así, para la venta de llantas y cámaras se ha establecido un sistema de prioridades cuyo control se encomendó, primero, a una Comisión creada por resolución suprema del 21 de enero de 1942, y, más recientemente, a otro organismo en sustitución del anterior, conforme a

(131) En materia de concesiones auríferas de explotación, acordadas a trabajadores nacionales de las respectivas regiones, en conformidad con el art. 18 de la ley 7601, la resolución suprema del 5 de agosto de 1941 ha venido a establecer que esas concesiones no pueden ser objeto de contratos de arrendamiento, ni de cesión de derechos.

Por razones de defensa nacional, el decreto supremo del 22 de junio de 1941 prohíbe la adquisición o arrendamiento por extranjeros de propiedades inmuebles en las vecindades de los establecimientos y defensas militares.

las resoluciones supremas del 17 de septiembre y del 17 de octubre de 1942. (132)

La venta de materiales y demás artículos cuyas existencias y precios se encuentran sujetos al control del Gobierno, solamente puede ser efectuada por establecimiento comercial debidamente constituido. Así lo ha establecido la resolución suprema del 2 de junio de 1942, que reputa clandestinas las ventas de esas mercaderías que se realicen de otro modo e impone como sanción a los compradores multas que equivalgan al doble del valor de compra (arts. 1.º y 2.º).

Cabe mencionar asimismo, dentro de este orden de intervenciones restrictivas de la soberanía de la voluntad para comprar o vender, la nutrida legislación dictada a propósito de los contratos de compraventa celebrados por las compañías urbanizadoras, la que unas veces coacta la autonomía de la voluntad y otras suspende o modifica los efectos de los contratos ya celebrados. Merece esta legislación sobre urbanizaciones una referencia especial, porque ella vulnera, como ninguna otra, los principios de soberanía de la voluntad, intangibilidad del contrato e irretroactividad de las leyes; y porque ha introducido en la legislación peruana el de revisión en materia de ventas inmobiliarias.

c) *Legislación sobre compraventa de terrenos en urbanizaciones.*—El problema de las urbanizaciones fué uno de los que más agitaron a la opinión pública a partir del año 1930. Se pusieron entonces en evidencia los abusos cometidos por ciertos urbanizadores que, sin haber cumplido con efectuar todas las obras a que estaban obligados conforme a los reglamentos vigentes, habían, no obstante, vendido terrenos a plazos, con pacto de reserva de dominio, en condiciones muchas veces usuarias e insertando cláusulas leoninas, como aquella tan común que autorizaba a las empresas a apropiarse de las cuotas pagadas y de las fábricas verificadas por los compradores de lotes, en caso de incurrir éstos en mora en el pago de las cuotas.

(132) Dentro de este mismo orden de medidas, y obedeciendo al especial propósito de asegurar los servicios de transporte en el país, se han dictado por el Gobierno, con posterioridad a la primera edición de esta tesis, las disposiciones siguientes: a) el decreto del 20 de noviembre de 1942, que prohíbe la venta de vehículos motorizados, nuevos o usados, sin permiso del Ministerio de Gobierno; b) el decreto del 7 de mayo de 1943, ampliatorio del anterior, que impone declarar el destino que se va a dar al vehículo, al solicitar la autorización de compra, y prohíbe mantener el vehículo inactivo, bajo pena de multa igual al décuplo del precio pagado; y c) la resolución suprema del 23 de marzo de 1944, que sujeta los contratos de venta de camiones a la autorización de una Comisión creada al efecto.

Los compradores de terrenos, afectados como todo el mundo por la honda crisis económica que entonces prevalecía y en dificultades, muchos de ellos, para continuar satisfaciendo el pago de sus cuotas y en riesgo, por tanto, de perder los terrenos y sus fábricas, hicieron causa común, y empezaron a elevar memoriales a los poderes públicos, para denunciar unas veces los abusos e infracciones de los urbanizadores y para pedir, otras, suspensiones o moratorias en el pago de las cuotas.

La reclamaciones encontraron fácil eco en los poderes públicos, siempre dispuestos a favorecer a los deudores, y a poco comenzaron a dictarse una serie de medidas, "ómnibus", simplistas y unilaterales, que favorecían por igual a todos los compradores, ya procedieran de buena o mala fe, y que afectaban a todas las compañías urbanizadoras, hubieran cumplido o no sus compromisos.

La ley fundamental en esta materia, promulgada el 28 de septiembre de 1933 bajo el N.º 7844, y todavía vigente en la mayor parte de sus disposiciones, autoriza la revisión de los contratos de compraventa y de promesa de venta, celebrados entre las empresas urbanizadoras y los compradores de lotes de terreno en las urbanizaciones de Lima y aledaños. Su art. 2.º faculta al Poder Ejecutivo para que nombre Juntas, compuestas de tres magistrados jubilados, un ingeniero y un médico, estos últimos al servicio del Estado, con el fin de que procedan a la revisión de los contratos, sujetándose a las leyes vigentes sobre urbanizaciones, a las normas de la justicia y a las prescripciones de la misma ley. Conforme al art. 5.º, en la revisión que se practique se dispondrá el pago de los saldos que adeuden los compradores en plazos prudenciales, y el precio de venta deberá rebajarse en una suma que represente el precio de tasación con más una utilidad que no pase del 40 %, tomando como base el arancel del Cuerpo Técnico de Tasaciones. Esta ley, en cuanto autoriza la revisión, de pleno derecho, de los contratos de compraventa y en cuanto impone reglas para la fijación o rebaja del precio, significó un atentado, sin precedente en nuestra legislación, contra el principio del respeto a los contratos.

Contiene, además, la ley 7844, otras disposiciones no menos osadas, como el art. 3.º que suspendía por el término de un año los juicios interpuestos ante el Poder Judicial a mérito de los contratos mencionados; el art. 6.º que declara nulos los intereses pe-

nales y los pactos que permiten a las empresas apropiarse de las cuotas pagadas y de las fábricas verificadas por compradores de lotes, en los casos de demora de estos en el pago de las cuotas adeudadas; y el art. 7.º según el cual, en el caso de encontrarse el comprador del lote en la condición de desocupado, la empresa urbanizadora estaba obligada a conceder una moratoria por todo el tiempo que durase la desocupación, no pudiendo prolongarse esta concesión por más de seis meses. En un artículo final se dice que la ley no tendrá efecto en el caso de que las empresas urbanizadoras y los compradores de lotes verifiquen particularmente arreglos convencionales.,

La ley 7844 ha sido seguida de otras, complementarias o de prórroga de sus disposiciones eventuales. Así, la ley 7967, promulgada el 3 de enero de 1935, dispone que la revisión de los contratos contemplada en la ley 7844 deberá efectuarse hasta que sean totalmente resueltas todas las reclamaciones pendientes en esa fecha o las que se interpusieran hasta seis meses después de su promulgación. Prorrogó, asimismo, por un año más, los efectos del art. 3.º de la ley 7844 que suspendía los juicios contra el Poder judicial. Finalmente comprende en los efectos de dicha ley, los contratos de compraventa o de promesa de venta de casas-huertas y terrenos edificados por los mismos urbanizadores.

La suspensión de los juicios fué nuevamente prorrogada, por otro año más, por la resolución legislativa N.º 8247 promulgada por el Ejecutivo el 17 de abril de 1936. Y como al vencimiento de este y otros plazos, sucesivamente fijados, no se hubieran solucionado todavía los conflictos surgidos entre las entidades vendedoras y los compradores de lotes, se promulgó, con fecha 12 de junio de 1939, la ley 8903 que suspendía hasta el 31 de agosto de ese año la tramitación de los juicios seguidos por las empresas urbanizadoras a mérito de los contratos de venta o promesa de venta. Pareció que esta suspensión iba a ser la última. Sin embargo no quedaron allí las cosas. La ley 9112, del 15 de mayo de 1940, yendo más lejos que todas las anteriores, *suspende por tiempo indeterminado* y hasta que el Congreso dicte la ley que resuelva el problema de las urbanizaciones, las acciones judiciales iniciadas como consecuencia de los contratos de compraventa de terrenos en las urbanizaciones. El Congreso no ha dictado aún esa ley y, mientras tanto, continúan sujetas las empresas a ver revisados sus contratos por las Juntas creadas al efecto, e impedidas, en

todo caso, de ejercitar acciones judiciales de cobro contra los compradores morosos.

Al cúmulo de leyes citadas ha venido a agregarse, finalmente, la resolución suprema del 9 de julio de 1940, en la que se dispone que todo contrato de compraventa de terrenos urbanos o de quintas-huertas, deberá ser previamente visado por la Dirección General de Fomento y Obras Públicas, condición sin la cual no podrá ser tramitado por la Caja de Depósitos y Consignaciones, ni por los Notarios Públicos, ni inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble. (133)

d) *Restricciones a la compraventa por razones de política internacional.*—La ley 9586 a que ya nos hemos referido, dictada el 10 de abril de 1942 en cumplimiento de los acuerdos de Río de Janeiro, contra los súbditos de los países miembros del pacto tripartito, declara nulas, en su art. 5.º, las transferencias, trasposos, ventas y enajenaciones en general, verificadas por los nacionales de los indicados países, o por personas jurídicas en que esos nacionales tengan interés predominante a juicio del Gobierno, en los casos en que el acto o contrato no haya sido aprobado por la autoridad correspondiente. Las sociedades anónimas, incluso, quedan, pues sujetas a estas restricciones si se establece que en ellas tiene interés predominante un súbdito del Eje. Los actos y contratos anteriores a la ley 9586 y celebrados con posterioridad al 8 de diciembre de 1941, fecha en que se decretó la inmovilización de los fondos de los japoneses en los Bancos, serán anulables a solicitud del Gobierno, en caso de acreditarse su simulación.

(133) Con posterioridad a la presentación de esta tesis el Congreso aprobó, el 30 de enero de 1943, la ley que había venido elaborando para resolver el problema de las urbanizaciones. Promulgada por el Ejecutivo el 19 de febrero de 1943 bajo el No. 9807, dispone la ley lo necesario para que las empresas urbanizadoras de las provincias de Lima y Callao lleven a cabo las obras pendientes de ejecución, y somete al conocimiento de un Tribunal Arbitral de jure que crea al efecto (art. 5.º), los juicios promovidos y los que se promuevan dentro del término de seis meses a partir de la promulgación de la ley, tanto por los vendedores como por los compradores de lotes, y que traten de la existencia de dolo o lesión en los contratos, o del incumplimiento del pago de cuotas por parte de los compradores. Autoriza la ley al Tribunal Arbitral para revisar el precio pactado en los contratos de compraventa o de promesa de venta, teniendo en cuenta el valor de los terrenos y de las obras de saneamiento en el momento en que se celebró el contrato, a juicio de los peritos que designe el Cuerpo Técnico de Tasaciones (art. 16.º). Finalmente, y reproduciendo lo dispuesto en la ley 7844, declara la ley 9807 que son nulos los pactos sobre intereses penales y capitalización de intereses, así como los que permiten la apropiación por los vendedores de las cuotas abonadas y de las construcciones hechas por los compradores, en el caso de mora o suspensión en el pago de las respectivas cuotas. También manda la ley tener por nulas las cláusulas que establecen rescisiones extrajudiciales.

La autoridad designada para aprobar los contratos (la Superintendencia de Economía creada por decreto supremo del 15 de abril de 1942) podrá exigir que toda cantidad que corresponda a un contratante sujeto a restricciones por acción de algún Estado participante en la conferencia de Río de Janeiro (vale decir, el precio que corresponda a un contratante que figure en las listas negras), queda empozada en un Banco. Asimismo, podrá exigir la Superintendencia de Economía la inserción en los contratos de los pactos y condiciones que los decretos reglamentarios establezcan (art. 12. ley 9586).

La ley 9592, complementaria de la anterior, y promulgada el 26 de junio de 1942, dispone la enajenación forzosa en subasta pública y a juicio del Gobierno, de los negocios comerciales, industriales, mineros y de otra naturaleza pertenecientes a personas naturales y jurídicas incursas en la aplicación de la ley 9586 (art. 9.º) El art. 2.º del Decreto reglamentario de 26 de junio de 1942 establece que por resolución suprema se fijará los negocios que deban ser objeto de administración y traspaso.

Estas intervenciones en los contratos de compraventa que hayan celebrado o celebren los nacionales de los países miembros del pacto tripartito, o las personas sujetas a restricciones por acción de algún Estado participante en la conferencia de Río de Janeiro, deben ser consideradas aparte, dentro del estudio que hacemos, por las razones particulares a que obedecen. Pero ellas denotan, de cualquiera manera que sea, el desmedro creciente que experimentan las concepciones en que descansa el derecho contractual tradicional y la facilidad con que se las pone de lado.

Son estos los más notables exponentes, entre nosotros, de la legislación de excepción o del "dirigismo", en lo que respecta al contrato de compraventa. Las intervenciones de las poderes públicos han afectado gravemente, aquí como dondequiera, los principios de la autonomía de la voluntad y del respeto de los contratos. Cuando se ha considerado que estaba de por medio la paz pública, el orden económico, los intereses de determinada categoría de ciudadanos y, por último, la seguridad nacional, no se ha vacilado en sacrificar esos principios imponiendo restricciones, prohibiciones o formalidades a la celebración de los contratos o interviniendo en su ejecución, modificando sus condiciones o suspendiendo sus efectos.

II. LOCACION-CONDUCCION

I.—OBSERVACIONES GENERALES A LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL. —El Código Civil vigente, lo mismo que el derogado y siguiendo el precedente romano, engloba en el Título del contrato de locación-conducción, las distintas modalidades de la *locatio-conductio*, a saber: de cosas, de servicios y de obra o industria.

Es objetable el mantenimiento de esa agrupación, bajo un rubro común, de contratos que presentan caracteres diferentes. Los alemanes la encontraron falta de fundamento científico y práctico, y por eso su Código trata de los contratos de servicios y de obra como tipos contractuales independientes; y a la locación-conducción de cosas la subdivide en arrendamiento de uso y en arrendamiento de uso y disfrute, según que se otorgue solamente el uso o, además del uso, el goce de los frutos.

Los códigos de obligaciones suizo y polaco, a semejanza del alemán, individualizan los contratos de prestación de servicios y de empresa, y reglamentan en capítulos separados el arrendamiento mediante alquiler (*bail à loyer*) y el arrendamiento de tierras (*bail à ferme*). La prestación de servicios ha de sujetarse, según el Código polaco, al régimen del contrato de trabajo siempre que el servidor se obligue a trabajar para otro, bajo la dirección y riesgo del patrón, mediante un salario. Las obras materiales o servicios intelectuales que se ejecutan para otro, pero independientemente y a su propio riesgo, por un precio convenido caen, en el mismo código, bajo el régimen del contrato de obra o empresa.

También el proyecto de Código Civil argentino del año 1936, siguiendo la corriente que lleva a la especialización de las figuras contractuales, erige en categorías autónomas desprendidas de la *locatio-conductio* romana, a los contratos de aparcería, trabajo, obra y corretaje; elimina de la nomenclatura contractual a la locación de servicios, con un criterio análogo al que ha presidido la redacción del Código polaco; y se ocupa en capítulo separado dentro del Título de la locación, del arrendamiento de predios rústicos, conceptuando que ofrece particularidades que exigen reglas propias, sin perjuicio de someterse, en lo general, a las comunes de la locación de cosas.

Por último, el Código italiano de 1942, excluye igualmente

del contrato de locación a las prestaciones de servicios, cuyas diversas modalidades legisla dentro del Libro Quinto, consagrado al Trabajo.

No puede pues decirse que en este punto, el nuevo Código se haya puesto a tono con las tendencias que prevalecen en la materia.

En cuanto al plazo de duración del arrendamiento de cosas, el Código no establece limitación sino tratándose de la locación de bienes del Estado o de corporaciones o personas que no tienen la libre disposición de sus bienes, o de menores incapaces (art. 1494). No se ha hecho sino mantener las disposiciones que ya existían.

Esta libertad para fijar la duración del contrato no se encuentra en otras legislaciones modernas. El Código argentino reduce el plazo máximo a 10 años; el alemán a 30; el polaco, en su art. 375, considera como de duración indeterminada las locaciones de inmuebles por más de 25 años y las de locales comerciales por más de 10 años. El Código suizo de obligaciones permite, en su art. 269, rescindir las locaciones de inmuebles a término fijo, antes de su expiración, si sobrevienen circunstancias graves que hacen la ejecución intolerable para uno de los contratantes. Son estos, claros signos de la inclinación del legislador moderno a impedir que las partes en un contrato de locación se encadenen por una duración muy larga.

Nuestros codificadores le han impreso, en cambio, al Código un sello de los más avanzados, en materia de sub-locación. La cláusula que le prohíbe al conductor subarrendar sin consentimiento del locador, no le impide al conductor subarrendar, aún contra la voluntad del locador, si el subarrendatario propuesto ofrece todas las calidades requeribles de solvencia y buen crédito (art. 1524). Solamente en presencia de una prohibición expresa y absoluta estará impedido el conductor de subarrendar.

La fórmula de nuestro Código, tomada del argentino, constituye una de sus más discutidas innovaciones, que la Exposición de Motivos justifica debidamente cuando dice: "...la irrazonada negativa del locador a prestar su asentimiento, puede ser una expresión del abuso de su derecho. La solución que adopta el Código se afirma intensamente en el vínculo de solidaridad que establece entre el conductor y el subarrendatario y en la necesidad de que intervenga un fallo judicial que califique la idoneidad moral y la capacidad financiera del subarrendatario propuesto. Es-

tos requisitos amparan hasta la extremidad el derecho del propietario caviloso". Al amparo de las nuevas ideas que limitan el absolutismo de los derechos individuales, se ha considerado que se prestaba a una especulación condenable la facultad de calificar al subarrendatario librada al locador, en los casos de existir la llamada cláusula de aceptación. Ha ido en esto nuestro Código más lejos que el alemán. Conforme a éste (art. 549) el conductor no puede subarrendar, como regla general, sin permiso del locador; pero si el locador rehusa ese permiso, sin que exista causa seria referente a la persona del tercero, puede el conductor, no forzar el subarrendamiento, sino denunciar el contrato de locación y pedir su rescisión.

Significa, pues, la facultad reconocida al conductor, una plausible aplicación del principio sentado en el Título Preliminar de que la ley no ampara el abuso del derecho. Y abusaría evidentemente de su derecho el locador que, no obstante haber consentido en principio en que su conductor subarrendara, se opusiera a que se llevara a cabo el subarrendamiento cuando el subarrendatario ofrece todas las condiciones de solvencia y buen crédito. El Código ofrece, de otro lado, al locador, como adecuada contrapartida al menoscabo de su derecho—y conforme lo subraya la Exposición de Motivos—la responsabilidad solidaria de conductor y subarrendatario, establecida en el art. 1526.

En relación con el derecho del conductor a pedir rebaja en la renta por calamidades que menoscaben la cosecha, se ha introducido otra importante limitación, a la que ya nos hemos referido al ocuparnos de la teoría de la imprevisión: establece que el conductor únicamente puede renunciar al derecho de pedir rebaja de la renta por los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente, siendo nula la renuncia si se refiere a los casos *fortuitos extraordinarios*. "Resplandece—dice la Exposición de Motivos—la profunda equidad en que se inspira esta limitación legal".

El campo del arbitrio judicial queda ampliado por el Código, en el contrato de locación-conducción. Aparte de la facultad implícitamente atribuida al juez en el art. 1542, de calificar al 1545—también reconocida por el Código derogado—que deja al subarrendatario observado por el locador, se encuentra la del art. criterio del juez el resolver, según las circunstancias la rescisión del contrato de locación de cosas por incumplimiento del pacto de mejoras y la del art. 1548,—completa novedad—que autoriza al

juez para fijar la retribución, en el contrato de locación de servicios—cuando no se estipuló esa retribución—ateniéndose a la costumbre y circunstancias del caso.

En materia de locación de obra, permanece el Código adherido a las antiguas reglas, y no contempla la modificación del contrato por cambio de circunstancias. Otros Códigos modernos, como el suizo y el polaco, sí las toman en cuenta. El art. 373 del Código suizo, prescribe que, en el caso de empresa a destajo, el juez puede en virtud de su poder de apreciación, acordar sea un aumento del precio estipulado, sea la rescisión del contrato, si la ejecución de la obra es impedida o hecha difícil al extremo por circunstancias extraordinarias, imposibles de prever o excluidas por previsiones que no han admitido las partes. El Código polaco, tomando la disposición del suizo, autoriza en su art. 490, inc. 2.°, la revisión del contrato por el juez en provecho del empresario, en el caso de cambio de circunstancias. No se requiere en el cambio carácter de acontecimiento excepcional: debe el juez servirse del criterio señalado en el art. 269 del mismo Código, para aumentar la prestación o rescindir el contrato.

Conclúyese de lo dicho que la reglamentación del contrato de locación-conducción se mantiene en el Código sin otras innovaciones importantes que la facultad de subarrendar contra la voluntad del locador, reconocida al conductor, y la responsabilidad solidaria impuesta a conductor y subarrendatario. La soberanía de la voluntad no sufre mayores restricciones. Se aumenta la protección al conductor con el reconocimiento en su favor de la facultad indicada, y con la nulidad de la renuncia que hiciera a pedir rebaja por casos fortuitos extraordinarios; pero, en compensación, se acrecienta la garantía del locador con la responsabilidad solidaria instituída.

2.—LEYES ESPECIALES QUE AFECTAN AL CONTRATO DE LOCACIÓN CONDUCCIÓN DE INMUEBLES URBANOS.

a) *Leyes de inquilinato*.—El contrato de locación de inmuebles urbanos ha sido objeto en el Perú, como en todas partes, de las más numerosas intervenciones del legislador. Las relaciones entre propietarios y locatarios, se encuentran hoy regidas más que por el Código Civil y por las convenciones que ligan a las partes, por el buen querer de los poderes públicos. En ningún otro con-

trato han sido más frondosas, desordenadas y atentatorias las medidas legislador que ha intervenido, ora para prorrogar los plazos, ora para prohibir las acciones de desahucio, para reducir los alquileres o para impedir su alza. Esas medidas han arraigado en todas partes. La cuestión en la legislación comparada es de las mas tupidas, pues las leyes son tan complejas y flotantes que se las pierde de vista.

A pesar de la aridez del tema, Gaëtan Aubèry lo trata lucidamente. Encuentra antecedentes históricos de esta legislación en Roma y luego en Francia, bajo Luis VII, y en Avignon, bajo el Pontificado de Juan XXII. No sorprende, pues, que ningún país haya escapado a la necesidad de adoptar, en materia de alquileres, medidas que desbordan el derecho común.

Puede decirse que la legislación moderna sobre alquileres arranca de la guerra de 1914. El desequilibrio económico que provocó esa conflagración produjo, entre mil efectos, el de la carestía de casas habitación y locales comerciales. Los aumentos inesperados de fortuna promovieron un éxodo de gentes enriquecidas a las grandes ciudades en donde, tanto por razón del alza de los materiales de construcción como por la escasez de mano de obra, sobre todo en los países beligerantes, no se construían nuevos locales para satisfacer a la creciente demanda. Ello trajo consigo un alza inmoderada en los alquileres y, en todo caso, escasez de casas.

El problema fué mundial y el Estado intervino en todas partes para aliviarlo. Al absoluto predominio de la libertad individual, y de la santidad de los contratos, sucedió, al amparo de las nuevas tendencias socializadoras, una creciente intervención del Estado que derogaba el derecho común. Las principales medidas consistieron en prórrogas en el uso o disfrute; en fijación de precios límites o prohibición de alzarlos; y en la revisión de los arrendamientos en curso.

Esa legislación derogatoria del derecho común tuvo sus manifestaciones más extremas en los países beligerantes, en los cuales bajo la presión de factores económicos a la vez que de místicas sociales, se elaboró, sin plan preconcebido, muchas veces cediendo a tendencias demagógicas, una copiosísima legislación de emergencia que transitoriamente—pero con una transitoriedad que gracias a las prórrogas se ha hecho crónica—suspendía los principios hasta entonces tenidos como intangibles de la fuerza obli-

gatoria de los contratos, el carácter inviolable y sagrado de la propiedad, el dogma de la libertad contractual, la autoridad de la cosa juzgada y el principio de la irretroactividad de las leyes. En ninguna parte fué esa legislación más abundante que en Francia. Asumió allí—según hemos visto anteriormente—en mayor medida que en otras partes, los caracteres de una legislación de clase, en favor de los conductores que expoliaba sin misericordia a los locadores, fácilmente presentados como sujetos odiosos para la sociedad; y solo excepcionalmente contempló los intereses de los propietarios cuando en vista de la depreciación monetaria, se autorizaron alzas en los alquileres celebrados antes de la caída de la moneda. En Italia, atendiendo al mismo fenómeno, se crearon comisiones arbitrales que debían fijar los alquileres de los comerciantes según la equidad y teniendo en cuenta la depreciación de la moneda.

Entre nosotros la crisis de la habitación también se presentó en Lima, con caracteres agudos, a consecuencia de la pasada guerra. La intervención de los poderes públicos se inició con la célebre ley 4123 del año 1920, la primera de una larga serie, que prohibió el alza de la merced conductiva de las casas cuyo alquiler no pasara de S/. 100.00 al mes. A esa ley siguieron la 4226, la 4524 y otras hoy caducas, que prohibían el aviso de despedida, prorrogaban los contratos etc., y que nos limitamos aquí a mencionar como una indicación de que entre nosotros se reflejó, tempranamente, el cambio profundo que en esta materia ha experimentado el derecho contractual contemporáneo.

La legislación llamada del inquilinato, iniciada en 1920 mantúvose en vigor, mediante prórrogas sucesivas, durante casi diez años. Sobrevino después una época en que recobraron su imperio el derecho común y la fuerza obligatoria de los contratos hasta que, el año 1938 en presencia de nuevos signos de crisis de la habitación en Lima y Callao se dictó, el 20 de octubre, la ley 8766, iniciándose con ella lo que podemos denominar el segundo período de la legislación peruana de inquilinato.

Concierne la ley 8766 a las casas habitación de las provincias de Lima y Callao cuya renta no sobrepase de la cantidad de S/. 150.00 mensuales, y establece dos tratamientos distintos, según que esa renta exceda o no de S/o. 100.00.

En su art. 1.º dispuso dicha ley que, a partir del 20 de octubre de 1938 y hasta el 31 de octubre de 1940, la renta de las casas

o departamentos ya alquiladas o que se alquilaran durante su vigencia no sería superior a la corriente el 1.º de enero de 1938 tratándose de viviendas cuya renta no excedía en aquella fecha (1.º de enero 1938, de S/. 100.00 al mes o hubiese sido posteriormente rebajada a esa cantidad u otra menor. Así quedaron sin valor para lo sucesivo y por autoridad de la ley, los aumentos legítimamente convenidos entre el 1.º de enero y el 20 de octubre de 1938, en las casas cuya renta no excedía de S/o. 100.00 mensuales.

Con respecto a las viviendas cuya renta excedía el 1.º de enero 1938, de S/. 100.00 al mes o hubiese sido posteriormente 150.00, establece la ley en su art. 3.º que los alquileres solo podrán ser aumentados cuando se hipoteque el inmueble en garantía de una deuda superior a S/o. 5.000.00 o cuando se introduzcan mejoras, no pudiendo representar en este caso el aumento una renta mayor del 5 % del costo de las mejoras ni exceder en total, durante la vigencia de la ley, del 10 %.

Estas disposiciones son de orden público y se imponen de pleno derecho. El art. 6.º dice, en efecto, que el beneficio irrenunciable que la ley concede, no podrá ser materia de convenio entre locador y conductor. Y el art. 7.º sanciona las infracciones con multa y devolución de lo indebidamente cobrado.

En el art. 8.º limitanse las demandas de aviso de despedida y desahucio para la desocupación de las viviendas objeto de la ley, a los casos de falta de pago de la renta, incumplimiento por el conductor de las obligaciones que le incumben, o necesidad de reparar la casa para que no se arruine. Se disponía, al mismo tiempo, la paralización hasta el 31 de octubre de 1940, de las acciones de aviso de despedida o desahucio no comprendidas en los casos especificados. Mientras tanto, el vencimiento del plazo en los contratos a plazo fijo no ponía, pues, término al contrato si el ocupante de la vivienda decidía permanecer en ella.

Se impone, finalmente, en el art. 9.º, multa al locador que obtenga la desocupación basándose en la necesidad de reparar la casa cuando no inicie la reparación dentro de treinta días a partir de la desocupación, o, si iniciada paralizare los trabajos durante el indicado tiempo. Invierte esa multa el carácter de una sanción al abuso del derecho del locador.

La ley 8766 tiene particular importancia, tanto porque se encuentra todavía vigente mediante prórrogas sucesivas, cuanto por el hecho de que ha servido de punto de partida a una nutrida

legislación de emergencia. Vale la pena, por eso, transcribir aquí los considerandos en que se funda y que constituyen inmejorable expresión del espíritu y razones que informan, entre nosotros, a las leyes de excepción, derogatorias del derecho común, los cuales dicen a la letra:

“Que la **vivienda de la clase media y popular** reclama imperiosamente, por la especial naturaleza de la necesidad que satisface la misma permanente y firme atención con que el Estado considera los problemas relacionados con los artículos de primera necesidad;

“Que es público y notorio que la renta de las indicadas viviendas ha experimentado, sin ninguna razón atendible, un **aumento inmoderado**, con las inevitables y graves consecuencias económicas que trae consigo toda violenta alteración de los presupuestos familiares;

“Que este fenómeno, **artificialmente producido** puede y debe ser corregido por la acción oficial en defensa del **interés general**;

“Que la Constitución del Estado declara en su artículo 34 que la **propiedad debe usarse en armonía con el interés social** y que la ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad;

“Que el artículo 49 de la Constitución encomienda a la ley cautelar la **baratura de las subsistencias, concepto que abarca a la habitación** que es uno de los medios necesarios para el sustento de la vida humana;

“Que si el propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley, conforme al art. 850 del Código Civil, él también está sujeto, de acuerdo con el art. 851 del expresado Código, a las restricciones que la ley establezca por interés público entre las cuales se incluye la relativa a la renta de los predios destinados a la habitación de las clases media y popular por la **trascendencia social del costo de este alquiler en la economía de esas clases**, sin que tal restricción pueda ser modificada ni suprimida por acto jurídico, a tenor de la parte final del citado artículo 851 del mismo cuerpo de leyes;

“Que las disposiciones constitucionales y de la legislación puntualizadas fundamentan suficientemente la norma legal que transitoriamente limite el ejercicio pleno del derecho de propiedad en cuanto a la libre determinación por el propietario de la renta de los bienes urbanos destinados a la habitación de las clases sociales que requieren la acción tutelar del Estado”.

Interesantes considerandos imbuidos todos de una clara tendencia socializadora que se esfuerza en justificar, con razones jurídicas y buscando apoyo en los textos legales, la protección

que se dispensa a una categoría de ciudadano, en detrimento de otra. Encontramos en ella los signos característicos del derecho contractual de nuestro tiempo. Invócanse el interés público, el interés general. El derecho del propietario de determinar libremente la renta de sus predios, debe sufrir limitaciones cuando están de por medio clases sociales que requieren la acción tutelar del Estado. Se conceptúa que el aumento de la vivienda de las clases media y popular es inmoderado y artificial y debe ser corregido por la acción oficial, por la trascendencia social que el costo del alquiler tiene en la economía de esas clases. El concepto de subsistencias abarca a la habitación.

La acción tutelar así asumida por el Estado ha seguido haciendo desde entonces nuevos avances.

Por decreto supremo del 17 de marzo de 1939 se ha reglamentado el art. 8.º de la ley 8766 en el sentido de que, cuando se aduzca la necesidad de refección de las viviendas sujetas a dicha ley, como causa de rescisión del contrato para los efectos de la acción de desahucio, los jueces únicamente admitirán como prueba el certificado respectivo de la Inspección de la Vivienda Obrera, el cual sólo se expedirá cuando, de conformidad con el inc. 4.º del art. 1529 del C. C., sea preciso que el arrendatario deje la casa para repararla y que no se arruine. Del certificado que expida la Inspección de la Vivienda Obrera deberá notificarse al inquilino, el que podrá acudir en revisión ante la Dirección de Previsión Social.

La ley 876, llamada a regir hasta el 31 de octubre de 1940, fué adicionada por la 9095 del 6 de mayo de 1940 que comprende, sin razón valedera, dentro de las prescripciones de la ley 8766, a los locales o fincas destinadas a colegios y escuelas en toda la República y manda cortar los juicios de desahucio que no sean por falta de pago de arrendamiento, seguidos por los locadores de dichas fincas o locales.

Encontrándose en vigencia las dos leyes anteriormente citadas, sobrevino en Lima el terremoto del 24 de mayo de 1940, que provocó una crisis de habitación sin precedente. Para conjurar el alza de los alquileres, natural efecto de la escasez, se tomaron nuevas medidas excepcionales. El decreto supremo del 31 de mayo de 1940 prohibió en Lima y Callao, y durante el plazo de 60 días, el alza de los alquileres en las casas habitación, sin atender esta vez a la cuantía de la renta, así como el remate de los inmuebles hipo-

tecados. La ley 9159, del 23 de agosto de 1940, vino luego a ratificar el decreto precedente y a prorrogar sus efectos hasta el 31 de diciembre de 1940.

Con motivo del mismo terremoto, la autoridad comunal creyóse también autorizada para intervenir en los contratos de locación, y fué así como, por decreto de la Alcaldía de Lima del 31 de mayo de 1940, se dispuso que, para dar en arrendamiento casas habitación en la capital, se requería la autorización previa de la Inspección de Obras de la Municipalidad. Inspirado en el laudable propósito de velar por la seguridad del vecindario y dictado al calor de la primera impresión del sismo, ese decreto tuvo escasa aplicación y sin necesidad de haber sido derogado, es hoy letra muerta.

Todas las leyes de inquilinato hasta aquí mencionadas, circunscribían sus efectos a las provincias de Lima y Callao, con excepción de la 9095 que concierne a los locales o fincas destinadas a colegios y escuelas en toda la República. Nadie había pensado en hacer extensivas las demás leyes a otras provincias. Pero he aquí que en el año 1940 se puso de manifiesto que la crisis de la habitación existía también en Arequipa. El legislador prestó solícita atención al clamor del vecindario y expidió una ley, la N.º 9186, que disponía que a partir de su promulgación, efectuada el 5 de octubre de 1940 y durante un año, la renta de las casas habitación en la provincia de Arequipa no sería superior a la vigente el 31 de diciembre de 1939. Hizo extensivas la ley 9186 a la provincia de Arequipa la mayor parte de las disposiciones de la 8766 y estableció, además, que cuando la renta vigente el 31 de diciembre de 1939 no pudiera conocerse, así como en el caso de inmuebles recién construídos, *la renta sería fijada por el Concejo Provincial de Arequipa*, el cual, para determinarla, tendría en consideración el valor de la finca y la renta correspondiente. Como en el caso de mejoras se autorizaba un aumento del 5 % del capital invertido, implícitamente resultaba que el cálculo de la renta por el Concejo Provincial, llegado el caso, debería hacerse a base de ese rendimiento del capital. Fué ésta, seguramente, la medida más avanzada de toda nuestra legislación de inquilinato, hasta ese momento; la más atentatoria al derecho de los propietarios y al principio de la libertad de contratar. También la menos acertada. No es con restricciones e intromisiones de ese género como

se estimula la construcción de nuevos inmuebles para vivienda de las clases media y popular.

La ley 8766, relativa a las provincias de Lima y Callao, caducó el 31 de octubre de 1940. Cuando ya habían transcurrido cerca de cuatro meses de su expiración se promulgó, el 26 de febrero de 1941, la 9348 que, sin hacer caso alguno del principio de la no retroactividad de las leyes prorrogó, por dos años más a partir del 1.º de noviembre de 1940, tanto a la 8766 que había caducado, como a su ampliatoria N.º 9095, haciéndolas extensivas a todo el territorio de la República. Para salvar la solución de continuidad entre la expiración de la ley 8766 y la dación de la nueva, se encontró que nada era más fácil que retrotraer los efectos de esta última.

Contiene, además, la ley 9348, otras innovaciones importantes. Prohíbe en su art. 3.º y durante su vigencia, el alza de los arrendamientos de casas-habitación que excedan de S/o. 150.00, a menos que ocurran los casos de los incs. 1.º y 2.º del art. 3.º de la ley 8766; esto es, que se hipoteque el inmueble en garantía de una deuda superior a S/o. 5,000.00 y que se introduzcan mejoras por el locador. El aumento no podrá exceder, en tal supuesto, de un 10 %. Agrega el art. 4.º que si la renta del inmueble no alcanza a cubrir el servicio de la hipoteca, podrá elevarse dicha renta hasta un monto no mayor del 8 % del valor de tasación que le asignó el Banco Hipotecario del Perú al inmueble al conceder el préstamo. Se añade, finalmente, una nueva causal de desahucio a las contempladas en la ley 8766, en cuanto se le acuerda dicha acción al propietario que, careciendo de otra casa habitación de su propiedad, necesite ocupar la propia (art. 5.º). No llega a establecerse una sanción contra el propietario que hace uso de su derecho de recobrar el inmueble para ocuparlo y que no lo ocupa. En otras legislaciones de excepción sí se han establecido penas para ese caso, fundadas en la idea del abuso del derecho. Nos hemos referido en el Capítulo Quinto a la ley francesa del año 1927. La ley 8766 solamente impone multa al locador que obtenga la desocupación basado en la necesidad de reparar la casa, cuando no inicia la reparación dentro del término de treinta días a partir de la desocupación.

La ley 9348 se complementa con la N.º 9349, promulgada el mismo día 26 de febrero de 1941, y que exceptúa de lo prescrito en la ley primeramente citada, a los inmuebles de la ciudad de

Lima afectos al pago de mejoras o de "plus valía", por razón de apertura de avenidas, conforme a lo previsto en la ley de expropiación N.º 9125.

Son éstas las principales disposiciones de la llamada legislación de inquilinato, que prevalece en el Perú desde el año 1938 sobre las reglas del derecho común en materia de locación de predios urbanos. Lejos de amenguar, parece que esa legislación fuera a hacerse crónica y a fortalecerse con nuevas medidas. Anticipándose a la expiración, el 1.º de noviembre de 1942, del plazo de vigencia de la ley 9348, se han presentado en la Cámara de Diputados y Senadores, sendos proyectos, por los representantes Castro Agustí y Zapata, respectivamente, para prorrogar por dos años más esa ley. El del diputado Castro Agustí contempla también, a semejanza de la ley francesa acotada, la imposición de una multa al propietario que recobra su casa para ocuparla y no la ocupa. Al mismo proyecto han propuesto una adición, los diputados Andrade y Luna, en el sentido de que los locatarios que dejen casas en Lima, Caillao y Balnearios, deberán entregar en el Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social, los recibos primero y último para el efecto del control por el Gobierno del precio del alquiler. (134)

Nos hemos referido en otra parte de este trabajo—a propósito de las medidas de protección a los deudores—al proyecto de ley, aprobado desde el año 1940 por la Cámara de Diputados y sometido ahora al Senado, que prohíbe estipular en los contratos de arrendamiento de casas habitación, el empoce de dinero o la entrega de prenda, como garantía del cumplimiento de las obligaciones del locatario, bajo pena de multa del décuplo del depósito; y que dispone, asimismo, que si en el contrato se pacta fianza, ésta se limitará al importe de tres mensualidades de la renta estipulada, no pudiendo el locador, en caso de existir tal garantía, embargar los sueldos o jornales del locatario, en la proporción que el proyecto permite. En un Memorial presentado al Se-

(134) Estas iniciativas parlamentarias han tomado cuerpo en la ley No. 9779, aprobado por el Congreso el 20 de enero de 1943 y promulgada por el Ejecutivo el 22 del mismo mes. Prorroga la ley 9779, hasta el 26 de febrero de 1943, las leyes 8766, 9095, 9348 y 4949. Dispone además, acogiendo la iniciativa del diputado Castro Agustí, que si el propietario que obtiene la desocupación de una casa no la habita dentro del término de sesenta días a partir de la desocupación sufrirá una multa a favor del inquilino desahuciado, igual al décuplo de la merced conductiva mensual, siendo de competencia del Ministerio de Salud Pública y Previsión Social, la aplicación de la multa.

nado por la Asociación de Propietarios Urbanos de la Provincia de Lima con motivo de este proyecto, se observa, con razón, que la prohibición legal de constituir prenda o garantía en efectivo por el inquilino, lejos de simplificar los contratos de arrendamiento los dificultará o frustrará en muchos casos, porque la fianza personal de tercero con la que se quiere reemplazar la garantía efectiva, de seguro muchos inquilinos ni podrán conseguirla con la debida solvencia; por lo que la mayor parte de ellos, según lo demuestra la práctica, prefiere empozar tres meses de alquiler antes que importunar a un amigo o comerciante para que les sirva de fiador y firme con ellos el respectivo contrato. Para salvar la situación de injusticia que supone el que el locador se prive del importe depositado durante el contrato, sugiere la referida Asociación que se permita a los inquilinos que no puedan ofrecer fianza personal, que constituyan el depósito en una institución de crédito, debiendo percibir los depositantes los intereses correspondientes.

El carácter del contrato de locación de inmuebles tiende indudablemente a transformarse con todas estas medidas que restringen cada vez más el ejercicio del derecho del locador y que suspenden, prorrogan o modifican, con la mayor facilidad, los efectos o las condiciones de los contratos ya celebrados. El abandono de las reglas jurídicas tradicionales parece que fuera a hacerse permanente. Hay en ello claros signos de la transformación a que nos hemos referido en otra parte de este trabajo, y que lleva a sustituir al contrato, entendido como un conjunto de reglas voluntarias que crean un derecho para el uno y una obligación para el otro, por la institución, esto es, un conjunto de reglas permanentes y de orden público que persiguen repartir las ventajas y los riesgos.

Con todo, estamos lejos de haber llegado a los extremos de otras legislaciones. La nuestra se circunscribe, hasta ahora, a las casas-habitación y locales escolares. En varios países europeos han sido también objeto de leyes de excepción, los contratos de locación de predios rústicos y de locales comerciales. La ley francesa sobre propiedad comercial, del año 1926, incorporada al Código Civil, introduce a título definitivo en la legislación de ese país la regla de que "el locatario comerciante puede oponerle al propietario su locación, aún expirada". Se marca así una co-

riente que lleva a reconocerle al comerciante un derecho directo sobre el local en que funciona su negocio.

b) *Legislación sobre las condiciones de las viviendas que se alquile a los obreros.*—A las leyes hasta aquí expuestas y que son las que gobiernan los contratos de locación de casas-habitación en la República, cabe agregar otras, informadas en el mismo espíritu socializador y que persiguen asegurar los necesarios requisitos de higiene y seguridad en las viviendas obreras, condicionando el ejercicio del derecho de dar en locación, a la satisfacción previa de ciertas exigencias señaladas por la ley. Tiene una importancia trascendental, por los principios que la informan, por las reglas que sienta y por los derechos que afecta, la ley 8487, promulgada el 29 de diciembre de 1936, que crea el servicio de la Inspección de la Vivienda Obrera.

El derecho de alquilar casas habitación a obreros se condiciona, por la ley 8487, a que las viviendas satisfagan los requisitos de habitabilidad, a juicio de la Inspección de la Vivienda Obrera; y se autoriza a ésta a llevar a cabo, por cuenta del propietario, las obras necesarias, o a clausurar el local. Los considerandos en que se funda esta ley tienen particular importancia y merecen ser transcritos, porque denotan la implantación en nuestra legislación de las más avanzadas ideas en el derecho contractual. Dicen así esos considerandos:

“Que la estrechez, mala distribución, carencia de luz, aire y ventilación, así como otros defectos sanitarios de las habitaciones, son peligrosos para la salud de los inquilinos de las propias casas insalubres como para la de los que habitan las construcciones vecinas, y constituyen evidentes factores predisponentes a toda clase de enfermedades;

“Que la insolvencia o estrechez económica de algunos propietarios de callejones y casas de vecindad no son motivos aceptables para que se mantengan las defectuosas condiciones que arriba se expresan; y

“Que según el art. 50 de la Constitución, el Estado tiene a su cargo la sanidad pública y cuidado de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario que sean necesarias, así como las que favorezcan el perfeccionamiento físico, moral y social de la población”.

Esta intervención del Estado para asegurar las condiciones de habitabilidad de las viviendas objeto de arrendamiento, fué juzgada intolerable y revolucionaria por algunos propietarios. Afecta, es cierto, derechos adquiridos, en cuanto declara prefe-

rente la hipoteca que se constituya en favor del Estado por las obras que la Inspección lleve a cabo por cuenta del propietario reacio o insolvente; pero no hay duda de que, por otra parte, esa intervención responde a una concepción más esclarecida de las exigencias e higiene sociales.

En opinión de Menger, toda sociedad bien organizada debería exigir, en el contrato de arriendo, la cláusula de que la habitación esté en condiciones de higiene necesarias; y el propietario que alquilara locales peligrosos para la vida, la integridad física o la fuerza productora del inquilino o sus allegados, debería ser obligado a responder como si de los defectos de la habitación hubiese resultado efectivamente un daño.

Sin haber llegado a ese extremo, el Código suizo de las obligaciones contiene un laudable precepto, digno de imitarse (art. 254), con el cual se pone coto a la explotación de que puedan ser víctimas los inquilinos, permitiéndoles desistirse del contrato cuando los defectos de lo alquilado constituyen un serio peligro para la salud, la de los que viven con él, o la de sus obreros; y esto aún cuando en el acto de celebrarse el arriendo hubiese conocido esos defectos o renunciado a prevalerse de ellos.

3.—OTRAS RESTRICCIONES LEGALES A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE COSAS Y DE SERVICIOS.—La legislación minera es pródiga en restricciones no solamente a las transferencias de derechos y concesiones, sino también a los contratos de arrendamiento. Las mismas disposiciones ya citadas a propósito del contrato de compraventa prohíben, por lo general, arrendar, sin sujetarse a los requisitos por ellas establecidos. Así, la resolución suprema del 18 de diciembre de 1934, en aplicación del art. 10.º de la ley 4452 y del art. 4.º del decreto supremo del 17 de junio de 1922 que someten al permiso del Gobierno, bajo pena de nulidad, las transferencias de concesiones petrolíferas, dispone que la Caja de Depósitos y Consignaciones, Dpto. de Recaudación, no otorgar el pase a las minutas de transferencia, promesa, opción o *arrendamiento* sobre concesiones petrolíferas, y los Notarios no elevarán esas minutas a escrituras públicas, mientras no hayan sido visadas por la Dirección de Industrias Minera y Fabril y no se haya expedido la resolución suprema que conceda permiso para la celebración y validez del convenio. Requisitos semejantes se encuentran en otras medidas dictadas con motivo de la guerra europea, en defensa de la economía o seguridad del país.

La resolución suprema del 14 de junio de 1940, invocando el art. 35 de la Constitución que autoriza, por razones de interés nacional, a establecer restricciones y prohibiciones para adquirir y transferir determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza, por su condición o por su situación en el territorio, reserva para el Estado los yacimientos carboníferos de libre disposición existentes en el país, y prohíbe transferir, *arrendar* o dar en usufructo, las concesiones o los denuncios de minas de carbón, sin la previa autorización de la Dirección de Minas y Petróleo. La resolución suprema del 22 de marzo de 1941 ha ampliado los efectos de la anterior a todos los denuncios en trámite y a las concesiones de minerales situadas en zonas reservadas, cuya traslación de dominio o *arrendamiento* sólo podrá realizarse con la autorización previa del Gobierno.

En materia de concesiones auríferas de explotación, acordadas a trabajadores nacionales de las respectivas regiones, en conformidad con el art. 18 de la ley 7601, la resolución suprema del 5 de agosto de 1941 ha venido a establecer que esas concesiones no pueden ser objeto de contratos de *arrendamiento*, ni de cesión de derechos.

Por razones de defensa nacional, el decreto supremo del 22 de julio de 1941 prohíbe la adquisición o *arrendamiento* por extranjeros, de propiedades inmuebles en las vecindades de los establecimientos y defensas militares. Tratándose de sociedades o entidades colectivas, es indispensable que sus miembros sean peruanos de nacimiento y sus capitales nacionales; quedando absolutamente excluidos de todo contrato sobre los bienes referidos, los extranjeros aunque estuviesen nacionalizados, ya se trate de personas físicas o entidades jurídicas (art. 2.º). Los terrenos a que el decreto se refiere, que estaban ocupados por arrendatarios extranjeros, debían ser devueltos a sus propietarios dentro del plazo de 60 días, si éstos eran peruanos; o expropiados por el Gobierno en caso de pertenecer a extranjeros (art. 3.º). Se basa este importante decreto en los arts. 35 y 36 de la Constitución, que establecen restricciones a la propiedad por causa de interés nacional; y en los arts. 12 y 13 de la ley N.º 7864 de Organización General de la Nación para el tiempo de guerra.

Denota este conjunto de taxativas o prohibiciones para dar en locación cierto género de cosas, la facilidad con que se abre paso la idea de que el derecho de propiedad debe sufrir restric-

ciones cada vez que esté de por medio el interés público o social.

En nombre de aquellas nociones no solamente se limita y condiciona el derecho de dar cosas en arrendamiento: también la locación de servicios es objeto de medidas "dirigistas" que coactan la libertad del dador de los servicios para determinar su precio. La fijación de ese elemento de contrato por acto de autoridad, resulta evidente en materia de servicios públicos. Las empresas que explotan los de transporte, alumbrado, agua, etc., en virtud de concesiones o de simples autorizaciones de los poderes públicos, suelen estar sujetas al cobro de esos servicios según tarifas que deben aprobarse por el Gobierno. Mas otras veces ha bastado la simple consideración del carácter del servicio, para prohibir modificaciones en los precios o tarifas. Demostrativo de la extensión que va tomando este control, un decreto supremo del 13 de febrero de 1942 prohibió, bajo pena de multa la elevación de las tarifas de los servicios que proporcionan las agencias de lanchas al comercio, y dejó sin efecto las alzas efectuadas sobre las tarifas que regían el 31 de diciembre de 1940. (135)

Informado en el propósito de salvaguardar los intereses de la industria establecida en el país, evitando ciertos actos de competencia desleal, otro reciente decreto supremo del 27 de octubre de 1942, ha venido a agregar una nueva taxativa a la libertad contractual en materia de locación de servicios, en cuanto prohíbe a las empresas industriales utilizar los servicios de técnicos extranjeros cuando éstos se hallen comprometidos con entidades similares, por contratos vigentes. Los que a sabiendas tomasen a su servicio técnicos en esa situación, incurrirán en el acto re-

(135) El decreto supremo del 2 de marzo de 1943 —expedido con posterioridad a la presentación de esta tesis— fundándose en la consideración de que los planteles de enseñanza particular deben cooperar al propósito del Gobierno de aliviar el desequilibrio económico que sufren los hogares como consecuencia de la guerra, prohíbe a los colegios y escuelas particulares elevar las pensiones de enseñanza "mientras dure la actual situación".

También se ha producido —después de publicado este trabajo— la limitación por el Estado del monto del arrendamiento de determinadas tierras agrícolas, en forma que significa la suspensión de los pactos contractuales. El decreto Supremo del 12 de febrero de 1943, invocando la facultad concedida al Ejecutivo por la ley 9047 que lo autoriza para adoptar todas las medidas necesarias a conseguir el abaratamiento de las subsistencias, dispuso, en efecto, que la merced conductiva correspondiente a las áreas segregadas al cultivo del algodón y cuyo arrendamiento se paga en productos, no podría ser superior a S/. 400.00 por fanegada al año en los fundos del departamento de Lima, durante la campaña 1942-43, siempre que esas áreas fueran sembradas con productos alimenticios. Esta disposición se hizo extensiva luego, por decreto del 5 de agosto de 1943, a todas las zonas agrícolas del país sujetas a la reducción del área algodonera en un 20 %, im-

primible de competencia desleal. Los empresarios están, por lo tanto, obligados a investigar los antecedentes de los técnicos que desearan tomar a su servicio y a cerciorarse de que no se hallan vinculados por contratos a otras entidades industriales.

4.—NUEVAS RESTRICCIONES Y DEROGACIONES A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO IMPUESTAS POR LAS LEYES 9586 Y 9592.—La ley 9586 del 10 de abril de 1942, dictada en cumplimiento de los acuerdos internacionales de Río de Janeiro, deroga, según hemos dicho, los principios de derecho común en materia contractual. En relación con los contratos de arrendamiento, el art. 5.º declara nulos los verificados por los nacionales de los países miembros del Pacto Tripartito, y por personas jurídicas en que esos nacionales tengan interés predominante a juicio del Gobierno, cuando el acto o contrato no haya sido aprobado por la autoridad correspondiente. Los actos y contratos anteriores a la ley y posteriores al 8 de diciembre de 1941, serán anulados a solicitud del Gobierno en caso de acreditarse su simulación.

La Superintendencia de Economía, autoridad designada por el decreto supremo del 15 de abril de 1942 para aprobar los contratos, podrá exigir que toda cantidad que en concepto de renta de la cosa arrendada corresponda a un contratante sujeto a restricciones por acción de algún Estado participante en la conferen-

puesta por el Decreto Supremo del 24 de julio de 1942 y la resolución suprema del 24 de agosto del mismo año.

Al término de la campaña agrícola prevista en los anteriores decretos se ha expedido, el 14 de abril de 1944, otro decreto en el que se dispone que durante el plazo de dos años, que se extenderá hasta el año agrícola de 1944-45 o el año natural de 1945, la merced conductiva de las tierras dedicadas a cultivos alimenticios en el departamento de Lima y provincia del Callao, no podrá ser mayor que la que rigió para el año agrícola 1942-43 o para el año natural 1943, tanto en los casos de arrendamiento y sub-arrendamiento, como en las distintas formas de aparecería. Durante el mismo plazo susperde el decreto en dichas tierras las acciones de desahucio que no sean motivadas por falta de pago, y encarga al Ministerio de Agricultura la revolución de los casos dudosos que se presenten, autorizándolo para conceder alzas equitativas de la merced conductiva, con anuencia de los interesados.

De esta manera ha usado el Ejecutivo de la autorización contenida en la precitada ley 9047, cuyo art. 3.º lo faculta expresamente para poner en suspenso todas las disposiciones legales o pactos contractuales que se opongan al propósito de la ley de conseguir el abaratamiento de las subsistencias. Las medidas dictadas son una manifestación más en el Perú de la tendencia a sacrificar el principio de la intangibilidad de los contratos, cuando está de por medio el interés de la colectividad. Siendo la merced conductiva un elemento importante del costo de producción, elemento que en los últimos años mostró fuerte subida tanto por efecto del proceso general de elevación de precios cuanto por el alza en especial del precio de venta del algodón, que es el cultivo dominante en Lima, se consideró la limitación del monto de la merced conductiva como una medida esencial para conseguir el abaratamiento de las subsistencias.

cia de Río de Janeiro, quede empozada en un Banco. Así mismo, podrá exigir la Superintendencia la inserción de los pactos y condiciones que los decretos reglamentarios establezcan (art. 12, ley 9586).

La ley complementaria N.º 9592 y su decreto reglamentario, refiérense especialmente a los contratos de locación de fundos rústicos. Dando como fundamento que los convenios celebrados con los Estados Unidos de Norte América para la compra de nuestros productos de exportación, pueden verse perturbados en su ejecución por la nacionalidad de los arrendamientos y productores de dichos artículos, declara la ley 9592 *rescindidos* los contratos de locación de fundos rústicos y obligatorio el traspaso; en todas las negociaciones en que figuren como arrendatarios o propietarios personas naturales o jurídicas incursas en la aplicación de la ley 9586. A fin de que no se paralice la explotación de los fundos agrícolas se dispone que se pongan en administración hasta que termine la campaña agrícola en curso y se recoja la cosecha (art. 3.º); debiendo luego inventariarse y valorizarse por peritos los capitales y demás bienes de los arrendatarios, a fin de proceder a su traspaso o remate en la forma que determina la ley.

También autoriza la ley 9592 la venta en remate de los negocios comerciales e industriales en general, de los súbditos del Eje; y dispone que el comprador de los bienes en remate se sustituirá en las obligaciones y derechos correspondientes al propietario de dicho negocio, en el contrato de *arrendamiento* que se hubiese celebrado sobre el local respectivo, cuyo contrato quedará vigente en las mismas condiciones pactadas (art. 9.º).

Del rápido análisis que antecede de la legislación de excepción que afecta al contrato de arrendamiento, aparece que este Contrato no discurre entre nosotros, desde hace algunos años, dentro de sus cauces tradicionales. Al margen del Código Civil existe un cúmulo de preceptos que, cualesquiera que sean las razones a que obedezcan subvierten las reglas del derecho común y los principios de la soberanía de la voluntad y fuerza obligatoria de los contratos.

III. CONTRATO DE TRABAJO

I.—OBSERVACIONES GENERALES A LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL.—La exuberancia de la legislación sobre el trabajo ha hecho de este contrato el más reglamentado de cuantos hay en el derecho positivo contemporáneo. En ningún otro la autonomía de las voluntades individuales sufre más restricciones, ni se ha hecho sentir con más fuerza el intervencionismo o dirigismo del Estado. Ya sea por efecto de esta reglamentación previamente elaborada por el poder público, ya por el de las convenciones colectivas celebradas entre las organizaciones patronales y obreras, el contrato de trabajo se hace, cada vez más, un contrato de adhesión, de doble adhesión si se quiere, pues ésta funciona tanto del lado del patrón como del obrero. El derecho colectivo prepara y domina aquí las situaciones individuales. Los contratos individuales de trabajo tienen que sujetarse a reglas de orden público trazados por el Estado o a las de las convenciones colectivas. A manera de supercontratos, instituyen éstas un régimen jurídico durable y permanente.

Nuestra Constitución dispone en su art. 43 que el Estado legislará sobre el contrato colectivo de trabajo; pero hasta ahora no existe ley sobre la materia. Los contratos de trabajo continúan siendo individuales, aunque son los más socializados de todos los contratos. El elemento social, que se encuentra en toda convención, tiene en ellos un papel dominante que no le deja al elemento individual sino un lugar estrechamente subordinado. De este doble carácter resultan en el contrato de trabajo, de una parte, disposiciones de interés público, necesariamente imperativas y que no se pueden derogar y, de otra, disposiciones de interés privado, y de consiguiente permisivas y dispositivas, donde la libertad de las partes puede ejercerse.

Los codificadores peruanos, sin dejar da advertir que el contrato de trabajo regula un orden de relaciones que, en cierto modo, pertenece a la categoría del derecho público, lo han erigido como una entidad jurídica autónoma y diferente de las formas comunes de locación de servicios. Se ha tenido en cuenta para ello—según lo expresa la Exposición de Motivos—que el sector de relaciones jurídicas encerradas dentro del concepto de locación de servicios, considerados éstos como un objeto de comercio, no abarca o no debe abarcar el trabajo, “porque el *trabajo* desde el

punto de visto social no es una mercancía, ni el trabajador o el obrero, manual o intelectual, puede ser clasificado en su actividad profesional como el poseedor o el traficante de una mercancía. La tendencia moderna de la dignificación del trabajador en su eminente posición de persona humana, debe inducirnos a contemplar el contrato de trabajo como una categoría jurídica diferente de las formas comunes de locación de servicios". (E. de M.).

He aquí las razones por qué el Código de 1936, sin dejar de reglamentar la locación de servicios, legisla sobre el contrato de trabajo. Y al hacerlo, no ha pretendido abarcar las múltiples relaciones que engendra el trabajo, y que requieren su reglamentación constante a medida de las transformaciones industriales. Se ha limitado el Código, por eso a incorporar en el art. 1572 los principios fundamentales o bases de orden público sentadas en diversas leyes especiales, y a las que necesariamente tienen que sujetarse los contratos individuales o colectivos que se celebren. "El contrato de trabajo—dice el art. 1572—sea *individual o colectivo*, supone el pago del salario en dinero efectivo; la jornada máxima de ocho horas de labor; el descanso semanal; la prohibición del trabajo de menores de catorce años; la limitación del trabajo de los menores de dieciocho años, condicionada a la educación y desarrollo físico; la igualdad de salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidentes; los seguros obligatorios; y *la intervención del Estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes*". En los términos de esta parte final del art. 1572, se reconoce la eficacia de todas las leyes vigentes y venideras que reglamenten el trabajo, las que no pueden ser derogadas por los contratos individuales o colectivos que se celebren.

El Código limita en el art. 1571 el concepto del contrato de trabajo a sólo el que se celebre entre el obrero que contribuye a la producción y el patrón o empresario industrial que le paga el salario respectivo. Resulta de allí que todas las otras formas de locación de servicios, los que prestan los empleados y los profesionales, y hasta los mismos obreros cuando no están al servicio de un patrón o empresario industrial, quedan sujetas al régimen de la locación de servicios.

Esta disociación, que la Exposición de Motivos justifica con

las razonesse precitadas, hay que reconocerlo, se presta a confusiones, por lo que no es observada en otras legislaciones contemporáneas. Los códigos suizo, brasileño, polaco y los proyectos franco-italiano y argentino comprenden bajo un solo rubro—contrato de trabajo o contrato de servicios—toda convención por la cual una persona promete a otra su trabajo por un tiempo determinado o indeterminado contra el pago de un salario. Se ha considerado por estas construcciones legislativas que no había razón suficiente para desvincular la relación jurídica según que se trate de obreros dedicados a la producción al servicio de patrones, y de otras formas de prestación de servicios en condiciones de dependencia. Los servicios prestados sin esa relación de dependencia, como son los de las profesiones liberales, pueden, según esto, ser considerados dentro del contrato de obra. El proyecto argentino comprende en la figura “Contrato de Trabajo” a todos los servicios continuos que presta una persona, por tiempo determinado o no, bajo la dirección de otra, mediante el pago de un salario (art. 1073). Las prestaciones de servicios excluidas de este concepto, encuentran cabida dentro del contrato de obra, que abarca todo género de obras, incluso las que se llevan a cabo en el ejercicio de las profesiones liberales (136). En el código polaco, según hemos visto, caen también bajo el régimen del contrato de empresa o de obra, los servicios intelectuales que se ejecutan para otro pero independientemente y por un precio convenido.

El Código italiano, por último, apartándose de los sistemas anteriores y adoptando una distinción basada tanto en la noción de dependencia como en el carácter del empleador, regula como categorías separadas, dentro del Libro Quinto que gobierna todo lo relativo al Trabajo, las diversas clases de prestación de servicios, según que se trate de actividades profesionales, de trabajo en empresas, de trabajadores autónomos, o de trabajadores subordinados a particulares.

2.—LEGISLACIÓN REGULADORA DEL CONTRATO DE TRABAJO.
—Carece de objeto y no entra dentro de nuestro plan, intentar aquí una enumeración de todas las disposiciones legislativas o gubernativas que, de algún modo, dirigen y condicionan el contrato de trabajo y las obligaciones de las partes. Nos remitimos a las ideas generales expuestas anteriormente sobre el ca-

(136) v. Informe de la Comisión Reformadora sobre el art. 1087 del proyecto, en “Reforma del Código Civil”, ob., cit., p. 129.

rácter del intervencionismo del Estado en esta relación jurídica.

Queremos destacar, sin embargo, el más importante aspecto de la reglamentación del contrato de trabajo: el relativo a la intervención legal y gubernativa en materia de salario. Hay que distinguir en ella dos manifestaciones: de una parte, las medidas relativas a las modalidades del salario, distintas de su tasa; de otra, la legislación que determina la tasa misma del salario.

La reglamentación de las modalidades y condiciones de percepción del salario, hecho general, inspirase en la idea de que, para la mayoría de los asalariados, el salario forma su escasa y única renta para vivir. Asegurar su abono regular, apartar lo que podría disminuirlo en el momento en que la suma debida pasa del empleador al asalariado, proteger a éste contra los abusos a que pueden exponerlo su inexperiencia y debilidad, he aquí cuánto la ley se esfuerza en obtener. Con tal objeto, se pone el crédito por salarios en el rango de los créditos privilegiados (art. 112, inc. L. P. de Q. N.º 7566, modificada por la ley 7607); se protege al asalariado contra sus propios acreedores, declarando el salario inembargable, sea en su totalidad, sea en parte (leyes 2760 y 8562); se ordena el pago del salario en efectivo, su adecuación a las necesidades de la vida del obrero y su igualdad en ocupaciones iguales, sin distinción de edad o sexo (art. 1572 C. C.).

Al contrario de la reglamentación de las condiciones y modalidades del salario, que es un hecho de orden general en todos los países, la intervención del poder público para fijar la tasa misma del salario—o sea, el elemento más importante del contrato de trabajo—ha sido, hasta hace poco, una cosa excepcional. Pero al influjo de las consideraciones sociales que presiden la política intervencionista, se están haciendo esas intervenciones más frecuentes y pronunciadas. El salario es un precio, y de la misma manera que el Estado interviene en la fijación de los de las mercaderías, se ha atribuido la facultad de señalar los salarios. Sólo que el fin perseguido por el Estado, en uno y otro caso no es el mismo, pues mientras a las mercaderías se esfuerza en determinarles un precio máximo, cuando se trata del salario el Estado interviene para fijar un mínimun.

La intervención oficial para fijar la tasa del salario se realiza, en la práctica, unas veces directamente y otras indirectamente. La institución del arbitraje obligatorio, regida en el Perú por el decreto supremo del 23 de marzo de 1936, proporciona un me-

dio de reglamentar indirectamente los salarios, cuando el árbitro llamado a resolver un conflicto colectivo recibe el poder de fijar el salario que deberá ser pagado por el empleador. Existen otros procedimientos, como el de los comités mixtos, en los que participan representantes de los empleadores, de los asalariados y, lo más a menudo, miembros oficiales, generalizados en Inglaterra, Francia y los EE. UU. Hemos visto cómo en Italia, gracias a la organización corporativa, y en Francia, se han creado organismos y procedimientos para asegurar la adecuación del salario en función del costo de la vida, tal como lo revelan los índices de precios. Tiende a este mismo propósito un proyecto de Ley de Salarios presentado a nuestra Cámara de Diputados, desde el año 1940, por el representante señor Luna, en el que se persigue organizar la regulación de los salarios en función de los índices del costo de la vida.

El modo en apariencia más simple de adecuar la tasa del salario a las necesidades de la vida, parece ser su fijación directa por la autoridad, al margen de los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos para la solución de los conflictos colectivos. En el Perú se ha entrado resueltamente por esta vía, aún cuando la Constitución solamente prevé la fijación por el Estado de los salarios mínimos (art. 46). Fundándose en la ley 8951, del 3 de septiembre de 1939, que autoriza al Poder Ejecutivo a establecer limitaciones o reservas a la libertad de comercio y de industria, mientras dure la guerra mundial y subsista, por efecto de ella, "la anormalidad de la vida económica y social", se han dictado últimamente una serie de decretos supremos (de 7 de nov. y 19 de dic. de 1940; 13 de enero, 19 de febrero, 6 de marzo, 25 de abril, 20 de junio, 14 de julio y 27 de agosto de 1942) que han impuesto, defiriendo a peticiones de parte, diversos aumentos y bonificaciones transitorias en los jornales de los trabajadores textiles y los de panaderías, en las provincias de Lima y Callao. (137)

El poder de que se ha investido el Estado, de fijar por sí mismo y directamente los salarios, prescindiendo del régimen legal establecido para resolver los conflictos, es un hecho grave y

(137) En uso de las mismas atribuciones conferidas al Ejecutivo por la ley 8951, se ha expedido un decreto supremo el 7 de octubre de 1943—complementado por el de 24 de diciembre de ese año—en el que, normando disposiciones anteriores, señala salarios mínimos para los obreros de la industria textil en Lima y Callao.

de trascendencia, que arrebató al juego normal de los factores que intervienen en el contrato de trabajo, la fijación de su principal elemento.

La misma ley 8951, con la que se justifican estas medidas, prohíbe en su art. 2.º inc. d), la disminución sin causa justificada, de los sueldos y jornales de los empleados y obreros y la despedida de los mismos. Amparándose en esa disposición, la resolución suprema del 5 de julio de 1941 le impidió a una empresa, "Transportes Unidos S. A." disminuir los sueldos y salarios de su personal obrero.

Finalmente, y como una expresión más del progresivo sometimiento del contrato de trabajo a las prescripciones y dirección del Estado, debemos referirnos nuevamente a la formalidad de carácter general ordenado por la importante resolución suprema del 27 de octubre de 1936, en la que se dispone, con el fin de evitar que en los contratos de trabajo se eluda el cumplimiento de las leyes, que los que se celebren no tendrán valor ni efecto, si no están refrendados por la Dirección de Trabajo. Igualmente reputa nulos la resolución, los contratos que establezcan renuncia de parte de los servidores a gozar de los beneficios que las leyes y disposiciones gubernativas de carácter social les otorgan.

Demuestran elocuentemente todas estas intrusiones del poder público, la reducción progresiva que experimenta en el contrato de trabajo la esfera de las voluntades privadas y la influencia poderosa que ejercen las consideraciones sociales en el derecho contemporáneo.

IV. CONTRATO DE MUTUO EN DINERO

He aquí otra figura contractual en la que los principios de la autonomía de la voluntad y del respeto de los contratos, suelen ser puestos de lado en nombre de razones superiores de orden público. El Código la reglamenta dentro del marco de la dogmática clásica; pero el legislador ha prodigado sus intervenciones para prohibir o declarar sin efecto las cláusulas de garantía monetaria, para limitar el tipo de interés o rebajar el estipulado, para conceder moratorias a los deudores, para suspender, en fin, las ejecuciones. En ningún otro contrato ha adquirido tanta importancia el derecho económico como en el de mutuo en dinero, hasta el punto de que, en algunos casos sobrepasa la esfera del

derecho civil. La deuda de dinero plantea, en efecto, complejas y trascendentales cuestiones jurídico-monetarias que muchas veces llevan al jurista más allá de su propio terreno.

Nos proponemos examinar aquí las principales intervenciones del legislador en la economía de este contrato y, al mismo tiempo, la manera cómo la jurisprudencia y la ley han intentado resolver los problemas jurídico-monetarios que el contrato de mutuo ofrece. Se presenta como la más importante, la debatida cuestión de la moneda de pago frente a las alteraciones monetarias.

I.—LA CUESTIÓN DE LA MONEDA DE PAGO Y LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA; JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.—El Código resuelve esta ardua cuestión en el art. 1581 en el que establece que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse *en la especie pactada*, y no siendo posible entregarla, en la moneda que tenga curso legal en el Perú. Se ha adoptado, con este texto, la concepción nominalista. La depreciación que pueda sufrir la moneda del contrato entre el día del préstamo y el de su cancelación, no es tenida en cuenta cuando se trata de cancelar un mutuo en dinero; lo que viene a significar que los riesgos de la operación son, en tal supuesto, de cargo del acreedor. El codificador no ha querido que la moneda pueda ser tratada como mercadería. Ha supuesto un patrón inmutable e infalible, que se baste así mismo y que opere en el absoluto.

El carácter de generalidad que inviste el art. 1581, ya que se refiere al pago de las "deudas de dinero" sin ninguna taxativa, no se aviene con su colocación en el Título del Mutuo. La misma observación se ha hecho al artículo 1817 del Código anterior, y al art. 1895 del Código francés, ubicados ambos en los títulos del Mutuo. La gran mayoría de la doctrina francesa conceptúa que la regla del art. 1895 es de un alcance general y aplicable, por lo mismo, a todo pago de una obligación de dinero, cualquiera que sea su fuente. Bajo el régimen del antiguo Código nuestros tribunales aplicaron también, con un criterio extensivo, el art. 1817, tratándose de obligaciones que no eran mutitarias. Una Ejecutoria Suprema del 28 de agosto de 1880 y otra del 1.º de septiembre de 1885 invocaron, en efecto, ese precepto para negar la demanda de un locador que, sin pacto alguno que se le permitiera, pretendía que se le pagara en billetes el equivalente del alquiler

pactado en plata. (138) De acuerdo con este criterio que expresa el verdadero alcance de la regla del art. 1581 este texto, por su importancia fundamental para resolver cuestiones que atañen a los pagos pecuniarios en general, debió haberse incorporado al Título del pago, a fin de hacerlo extensivo, sin provocar dudas, a todas las obligaciones de sumas de dinero. En los códigos alemán (arts. 244 y 245), suizo de obligaciones (art. 84), polaco, italiano de 1942 (arts. 1277 a 1281), y en los proyectos franco italiano y argentino (arts. 623 y 624), el pago de las deudas pecuniarias encuéntrase reglamentado en la parte general de las obligaciones.

Dice la Exposición de Motivos que la regla del art. 1581 es *de derecho público*. No es posible según esto sustraerse a su imperio. Ella rige tanto los préstamos civiles como los mercantiles, por la aplicación de lo estatuido en la segunda parte del art. 1823 del Código Civil. (139). Las llamadas cláusulas de salvaguardia o de garantía monetaria, como la cláusula oro no tendrán eficacia frente al curso forzoso. De nada valdría que se dijera, por ejemplo al tiempo de concederse un mutuo en moneda nacional, que se devolverá, en moneda corriente el equivalente del valor en oro del sol' en la fecha del préstamo. Para el nominalismo las obligaciones pecuniarias son de cantidad, de número, y no de calidad. La teoría nominalista desconoce efecto al divorcio que pueda producirse entre el valor legal o nominal de la moneda y su valor de cambio. "Las leyes que rigen la circulación monetaria son de orden público,—declara la Exposición de Motivos—y respecto de ellas nadie puede alegar derechos irrevocablemente adquiridos".

No excluye, ciertamente, el art. 1581 el mutuo en especies nacionales de oro ni el mutuo en moneda extranjera; pero uno y otro se encuentran sujetos a ser cancelados—lo mismo que en el Código alemán, arts. 244 y 245—en la moneda que tenga curso legal al tiempo del pago. De tal suerte, el préstamo en especies de oro podrá ser devuelta en moneda de papel según la equivalencia que fije la ley de curso forzoso; y el préstamo en moneda extranjera podrá devolverse en moneda nacional al tipo de cambio del

(138) Anales Judiciales, t. IV. 1880-1887, pág. 203.

(139) Art. 1823 C. C., segundo párrafo: "Las disposiciones del Código de Comercio y otros Códigos especiales no se considerarán derogadas por las de éste, sino cuando expresamente se haga referencia a materias comprendidas en dichos Códigos y que estén en oposición a ellas".

día del pago, conforme a la facultad reconocida en el art. 1249 del Código Civil. (140).

El Código anterior consagraba también el nominalismo como principio general, en el art. 1817 del Título del Mutuo; pero permitía los pactos en que se estipulara el pago, en moneda corriente del valor de la moneda al tiempo del mutuo. Igual sistema adoptan los códigos holandeses, argentino, el polaco de 1933, el italiano de 1942 y nuestro Código de Comercio a propósito del préstamo mercantil (art. 307). A una solución parecida llega el Código suizo de obligaciones en cuanto permite determinar el valor de la suma prestada (arts. 84 y 317). El Código francés, en cambio, y la mayor parte de las codificaciones que de él proceden, establecen el nominalismo como regla general y de orden público, que no admite derogaciones.

Prevalece la teoría nominalista, sancionada por nuestro Código vigente con carácter imperativo e ineludible. Donde no la proclamaban las leyes codificadas, la han declarado la jurisprudencia o la legislación sobre el curso forzoso. Los tribunales franceses, negándose a seguir a los administrativos la mantuvieron rigurosamente. Fué menester de la intervención del legislador para que las situaciones contractuales afectadas por la depreciación monetaria pudieran ser revisadas.

En Alemania y en Polonia los tribunales, más atrevidos, en presencia del catastrófico derrumbe de las estructuras monetarias se anticiparon a la obra del legislador, y encontraron el medio de rescindir o revisar los contratos afectados por la depreciación monetaria, consintiendo revaloraciones de los créditos, apoyándose en diversos textos y, fundamentalmente, en el principio de la buena fe.

Nos hemos referido también a los litigios promovidos en Inglaterra y en los Estados Unidos, a raíz del abandono de la convertibilidad por esos países en los años 1931 y 1933 respectivamente, por acreedores que pretendían se les pagara el equiva-

(140) Esta solución se afirma si se consideran los términos del art. 46 de la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, promulgada por decreto supremo del 29 de diciembre de 1941, en uso de la autorización conferida al Poder Ejecutivo por la ley 9187. Dice el artículo acotado: "Los billetes del Banco Central de Reserva del Perú son moneda de curso legal ilimitado para el pago de toda deuda pública o particular". Queda así suprimido el aditamento del artículo correlativo del decreto ley 7137, de creación del Banco Central de Reserva (art. 60), que decía: "A menos que se pacte expresamente lo contrario, los billetes... etc."

lente en moneda corriente del valor de sus créditos. En Inglaterra la eficacia de las cláusulas valutarias ha sido sancionada solamente en contratos de carácter internacional y en los Estados Unidos se ha resuelto, en observancia de la ley conjunta del Congreso de junio de 1933, que tratándose de contratos celebrados entre nacionales y sin carácter internacional, procedía el pago en moneda corriente en el mismo número o cantidad pactada, sin atender a la depreciación sufrida y cualquiera que fuesen los términos de las cláusulas de seguridad monetaria. Se dijo que esto era un fenómeno que afectaba a todos por igual y que no se justificaban soluciones de privilegio.

En el Perú se han suscitado igualmente numerosos litigios a consecuencia de los frecuentes cambios monetarios que han afectado al país, y no sólo con motivo de contratos de mutuo, sino también de arrendamiento, cuenta corriente, depósito, etc. Se hace difícil deducir una regla uniforme de la jurisprudencia, a veces contradictoria, de la Corte Suprema. Existen ejecutorias anteriores al nuevo Código Civil informadas en el principio valorista que, reconociendo la trascendencia de la alteración de las circunstancias, declaran que la devolución de la suma mutuada o depositada debe hacerse en el equivalente en moneda corriente del valor de la moneda al tiempo del contrato. (141) Pero con todo, el criterio dominante durante la vigencia del Código anterior ha sido el del mantenimiento integral de los contratos, negando revaluaciones de los créditos, cualesquiera que fuesen los perjuicios originados por la depreciación monetaria.

En cuanto a las cláusulas de protección contra las oscilaciones monetarias, su uso ha sido relativamente frecuente; habiéndose visto, sin embargo, contrariada su eficacia por repetidas prohibiciones legales, cuando no por acción de la jurisprudencia.

Las fórmulas de garantía más usuales y generalizadas han sido las siguientes: a) la estipulación de pago en moneda de oro o "valor oro"; b) la estipulación en una moneda extranjera; c) las cláusulas de escala móvil, referidas al curso de una divisa extranjera, al precio de una mercadería o al índice general de los

(141) Véase ejecutorias citadas en la pág. 151.

precios; y d) la cláusula alternativa, en la que se estipula el pago en dos monedas o en dos lugares diferentes, a elección del acreedor. Esta clase de pactos se han ideado para crear deudas valutarias, es decir de *valor* por oposición a la deuda pura o simple de dinero. Aun cuando la convención se cumpla entregando moneda de curso legal, la cantidad que deberá librar el deudor para satisfacer su obligación variará siguiendo las fluctuaciones del valor adoptado como standard.

Veamos ahora, rápidamente cómo han funcionado esas distintas cláusulas, cuál es su campo de aplicación y cuál su eficacia frente a nuestra legislación.

1.º—DE LA CLÁUSULA ORO O VALOR ORO.—Esta cláusula puede ser de “valor oro” o de “pago en oro efectivo”, según que las partes fijen el *quantum* de la obligación de acuerdo con el valor del oro, o que estipulen el cumplimiento de la misma mediante la entrega de oro amonedado. El principio nominalista instituido en el art. 1581 es opuesto al empleo de la primera fórmula de la cláusula oro; pero no excluye, en cambio, según hemos dicho, los préstamos en oro efectivo con la obligación de devolver la misma especie prestada. Sólo que la eficacia de esta garantía se torna ilusoria bajo un régimen de curso forzoso que equipare la moneda legal de papel a la metálica desaparecida de la circulación.

La cláusula oro, en sus dos aspectos, siempre se ha visto frustrada en el Perú en las convenciones civiles y mercantiles, por las leyes de curso forzoso.

Durante el régimen de las libras peruanas de oro amonedado que subsistió hasta 1914, y como un rezago de nuestras incertidumbres monetarias, se introdujo la práctica de insertar en los contratos de mutuo una cláusula de protección concebida, poco más o menos, en los términos siguientes: “... A. se compromete a hacer la devolución a Z. de la suma de en libras peruanas de oro, del peso y ley de fino establecidas en la ley del 14 de diciembre de 1901, con exclusión de toda clase de moneda de plata, papel, etc. creada o por crearse, aunque sea de curso forzoso, renunciando expresamente a todo beneficio que en este orden pudiera favorecerle”. Mientras se mantuvo en circulación el oro, esas cláusulas de nada sirvieron y no suscitaron problema alguno. Pero desde el momento en que desapareció el oro de la circulación, alcanzando prima sobre los cheques circulares creados por la ley 1986 del 22 de agos de 1914, se intentó hacer valer dichas

estipulaciones contractuales. La cuestión fué resuelta adversamente a la vigencia de los pactos, en vista del principio de orden público enunciado en el art. 1.º de la ley 1986, que decía así: "Estos cheques tendrán poder cancelatorio *al igual de las libras peruanas de oro, aunque en los contratos se halle estipulada la exclusión de toda moneda fiduciaria*". Los términos de este precepto no hubieran permitido otra interpretación.

Nuevamente se declararon sin efecto las cláusulas de protección al implantarse, por ley 6746 del 11 de febrero de 1930, como unidad monetaria de la República, el sol de oro de 60.185 centigramos de oro fino. El artículo 11 de esa ley decía, en efecto: "Las obligaciones contraídas en libras peruanas, cheques circulares o billetes del Banco de Reserva, serán canceladas a razón de diez soles por cada libra. *Declárase nulo, sin ningún valor ni efecto, todo convenio o transacción de cualquier género que sea contrario a esta disposición*".

Al adoptarse más tarde, por decreto-ley N.º 7126 del 18 de abril de 1931, como nueva unidad monetaria, el sol de oro sin acuñar de 42.126 centigramos de oro fino, se estableció en el art. 2.º que "Toda deuda contraída en libras peruanas será pagada a razón de diez soles por libra".

El restablecimiento del patrón de oro y de la convertibilidad en el año 1931, en virtud del decreto-ley aludido, y la experiencia de la ineficacia de las cláusulas de oro, no eliminaron a éstas del uso contractual, como pudo haberse creído. Continuaron insertándose en ciertos contratos de mutuo con garantía hipotecaria, estipulaciones según las cuales al vencimiento del plazo se debería devolver "soles de oro del peso y ley a que se refiere el decreto ley del 18 de abril de 1931, con exclusión de cualquiera otra moneda, y aún cuando esta última tuviese poder cancelatorio ilimitado".

Al declararse la inconvención de los billetes por ley 7526 del 18 de mayo de 1932, ha sido finalmente desvirtuado el valor de esas cláusulas por el art. 6.º que dice: Art. 6.º "Los billetes del Banco Central de Reserva tendrán poder cancelatorio a la par para el pago de toda deuda pública o particular contraída en moneda nacional, *sin que obste ningún pacto en contrario*".

Del carácter de orden público que invisten estas declaraciones contenidas en nuestras últimas leyes monetarias, ha resultado, pues, la insubsistencia de las estipulaciones que habían pre-

visto el pago en oro o en su valor, de la moneda objeto del préstamo. Esa solución se impone hoy con mayor fuerza si cabe, en vista del sistema nominalista consagrado por el art. 1581 del C. C. y según el cual deben considerarse nulas las estipulaciones por las que el mutuuario se obligue a responder por la depresión de la moneda corriente que recibe. Así lo ha entendido la Corte Suprema en una reciente ejecutoria del 16 de diciembre de 1940, en el juicio Terry con Romero. (142)

II.—DE LA CLÁUSULA EN MONEDA EXTRANJERA.—La estipulación en moneda extranjera es una forma indirecta y muy vecina del pago en oro, cuando se tiene en cuenta una moneda a la par del oro y convertible. La deuda resulta entonces de valor, porque considera el contenido oro de la moneda pactada.

Si la moneda extranjera ha perdido su contacto con el oro y se ha tornado inconvertible, la cláusula "moneda extranjera" es una deuda simple de dinero, sujeta a las fluctuaciones de valor que experimente el signo monetario. Hoy todas las estipulaciones en moneda extranjera son de esta naturaleza, desde que el régimen de curso forzoso se ha hecho universal. Como cláusula de garantía ha perdido gran parte de su eficacia y sólo la conserva en tanto que las monedas internacionales, el dólar o la libra esterlina, continúen siendo los signos monetarios cuya estabilidad inspire más confianza.

Las estipulaciones en moneda extranjera han sido, frecuentemente, objeto de prohibiciones legales; y su validez se ha visto diversamente juzgada por los tribunales de los países que han pasado por crisis monetarias. La jurisprudencia francesa, invariablemente, declaró nulas éstas y otras cláusulas que estipulaban monedas distintas a la que tenía curso forzoso en el país.

La adopción de estas cláusulas denota, evidentemente, desconfianza en la moneda nacional; y su generalización, en aquellos casos en los que se persigue el pago efectivo en moneda extranjera, puede traer un aumento inmoderado en la demanda de divisas extranjeras, con el consiguiente envilecimiento de la moneda nacional. De allí la aprehensión con que suele ser vista por los poderes públicos.

El art. 1581 del Código Civil permite, implícitamente, las operaciones de mutuo en moneda extranjera. La "espécie pacta-

(142) Anales Judiciales, t. XXXVI, año 1940, pág. 159.

da" a que alude, bien puede ser una divisa extranjera. Infiérese del texto del mismo artículo que en defecto de la especie extranjera, el pago deberá hacerse en su equivalente en la moneda que tenga curso legal en el Perú, solución que consagra expresamente el art. 1249, reconociendo al deudor la facultad de pagar en moneda nacional una deuda en moneda extranjera, "al tipo de cambio del día y lugar del pago". Resuelve así el Código la debatida cuestión sobre el momento en que debe calcularse la conversión cuando el pago se hace en moneda distinta a la del contrato y, al mismo tiempo, reduce los efectos peligrosos para la economía nacional de los pactos a moneda extranjera.

Siempre se han realizado en el país contratos y operaciones de moneda extranjera. Préstamos y habilitaciones agrícolas; emisiones de bonos; compras del comercio de importación; venta de productos de exportación y pago de impuestos al Estado por ese concepto; fletamentos; seguros, etc. El Estado ha contraído obligaciones en moneda extranjera no solamente en empréstitos externos, sino también en empréstitos internos, como los autorizados en libras esterlinas, por las leyes 4545 y 4574.

De otro lado, varios textos de la legislación peruana, aparte de los artículos citados del Código Civil (1581 y 1249) autorizan o regulan operaciones en moneda extranjera, a saber: el art. 307 del Código de Comercio, relativo al préstamo de dinero, que faculta a pactar la especie de moneda en que habrá de hacerse el pago; el art. 479 del mismo Código, conforme al cual la letra de cambio deberá pagarse en la moneda que en la misma se designe, y si la designada no fuere efectiva, en la equivalente según el uso y costumbre en el mismo lugar del pago; el art. 766 del mismo Código, concerniente a los seguros marítimos que dispone que "la reducción del valor de la moneda nacional, cuando se hubiere fijado en extranjera, se hará al curso corriente en el lugar y en el día en que se firmó la póliza; el art. 23 inc. f) de la ley 6126, de creación del Banco Central Hipotecario del Perú según el cual los préstamos podrán hacerse tanto en moneda legal peruana como en dólares de los EE. UU. o en libras esterlinas inglesas. (143) Finalmente, el art. 608 del Código de Procedi-

(143) La facultad de hacer préstamos en dólares o en libras esterlinas, que fuera acordada también, expresamente, al Banco Agrícola del Perú, por el art. 46 del decreto-ley de su creación, del 16 de agosto de 1931, no se mantiene en la nueva ley orgánica del Banco. No. 9576, promulgada el 11 de marzo de 1942.

mientos Civiles, referente al juicio ejecutivo por deudas de dinero, estatuye que cuando la deuda se ha contraído en moneda extranjera o que no circula, la reducirá el acreedor a moneda nacional, con el objeto de facilitar el despacho de la ejecución por la cantidad líquida que resulte.

Pero no obstante la amplitud con que la legislación y la práctica contractual admiten los pactos u operaciones en moneda extranjera, éstos han sido objeto de prohibiciones con ocasión de nuestras crisis monetarias. En diciembre de 1929, en circunstancias en que se acentuaba la depreciación de la libra peruana, el Gobierno creyó poder detener la caída de la divisa nacional adoptando una serie de medidas de coacción. Entre otras, se dictó un decreto supremo el 12 de diciembre, prohibiendo a los Bancos hacer inversiones por cuenta propia en valores extranjeros y al público, en general, la emisión de valores nacionales cuyo pago estuviera estipulado en moneda extranjera. Otro decreto de 14 del mismo mes y año, ampliatorio del anterior, fué más radical y prohibió los pactos en moneda extranjera en los contratos de mutuo y venta y en las operaciones comerciales que se celebraran en el país y que sólo en él debieran surtir sus efectos. Habiéndosele llamado la atención al Gobierno por la Cámara de Comercio de Lima, sobre los alcances del decreto de 14 de diciembre, el cual de haberse interpretado estrictamente habría traído la paralización del comercio internacional, se expidió un decreto aclaratorio, el 13 de enero de 1930, para colocar fuera de las limitaciones establecidas, a una serie de operaciones comerciales de aspecto internacional, como son los contratos de compra-venta de artículos de exportación, los de habilitación para la producción de esos artículos, los de fletamento y los correspondientes a la importación de mercancías extranjeras.

Por otro decreto de la misma época, expedido el 4 de enero de 1930, se dispuso, como preludeo del próximo cambio de la unidad monetaria, que, en adelante, el pago de los intereses y amortización de los Bonos hipotecarios emitidos dentro de la República en moneda extranjera, se haría en moneda nacional al tipo fijo de una libra peruana por cada cuatro dólares o su equivalente en moneda inglesa.

Los decretos supremos del 12 y 14 de diciembre de 1929 y el del 13 de enero de 1930, que prohibían la contratación en moneda extranjera, han caducado. Ellas se dictaron en uso de la autoriza-

ción conferida al Poder Ejecutivo por la ley 5196 del 7 de septiembre de 1925, en cuyo art. 1.º se dice: "Autorízase al Poder Ejecutivo para que adopte las medidas que estime necesarias a fin de evitar la depreciación de nuestra moneda. *Dichas medidas quedarán sin efecto cuando no exceda del 10 % el premio del dólar y la libra esterlina sobre la libra peruana*". Ahora bien, la ley 6746 del 11 de febrero de 1930, que instauró como unidad monetaria de la República el sol de oro de 60.185 centigramos de oro fino, deroga las leyes monetarias anteriores en cuanto se le opongan y contiene un artículo transitorio en el que prorroga *por un año* los efectos de la N.º 5196, aunque derogando la segunda parte de su artículo primero transcrito. De tal suerte, al expirar el 11 de febrero de 1931 el plazo de prórroga de la ley 5196, fenecieron irremediamente los decretos gubernativos aludidos que se habían expedido por virtud de ella. A mayor abundamiento, habrían quedado automáticamente derogados todos esos decretos gubernativos por el decreto-ley 7126 del 18 de abril de 1931 que restauró la convertibilidad a base del nuevo sol de oro de 42.126 centigramos de oro fino; porque no se explicaría que, una vez implantada la estabilidad monetaria, subsistieran medidas circunstanciales y de emergencia que estuvieron destinadas a proteger a nuestro antiguo signo monetario, la libra peruana.

El régimen de libertad para los pactos en moneda extranjera, así restablecido, se mantuvo incólume por poco tiempo. Las condiciones nada propicias, de crisis política y económica, en que se restauró la convertibilidad, comprometieron desde un principio la estabilidad del nuevo sistema monetario. La progresiva reducción que empezó a experimentar el encaje del Banco Central de Reserva hizo ver pronto que no sería posible mantener la convertibilidad. Queriendo con todo, sostener el bello sistema monetario elaborado por la Misión Kemmerer, el Congreso Constituyente aprobó una moción, el 18 de abril de 1932, en la que se autorizó al Poder Ejecutivo para que adoptara las medidas necesarias que evitaran la especulación y favorecieran la estabilidad monetaria. En uso de aquella autorización se dictó el 27 de abril de 1932 un decreto supremo que contiene cuatro disposiciones, referentes todas a las operaciones en moneda extranjera. Por el art. 1.º se prohíbe los depósitos judiciales y administrativos en moneda extranjera, salvo que se constituyan para el cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera, caso en el cual deberá

acreditarse previamente este hecho: por el art. 2.º se grava con un impuesto del 25 % sobre los intereses que devenguen, a los depósitos en moneda extranjera en los Bancos; por el art. 3.º se impone un recargo del 25 % en los impuestos que los afecten, a todos los contratos que se celebren en el país en moneda extranjera; y por el art. 4.º se recarga con el mismo 25 % a los impuestos que afectan las transmisiones por donación, legado o herencia, de los bienes muebles e inmuebles en el extranjero y los valores o dinero en moneda extranjera.

El decreto del 27 de abril de 1932 no impedía, pues, ni invalidaba los contratos u obligaciones pecuniarias en moneda extranjera, las que conservaban su eficacia, aunque sufriendo un recargo en los impuestos que las afectaban. Simplemente prohibíase la constitución de depósitos judiciales y administrativos en moneda extranjera, cuando se tratara del cumplimiento de obligaciones contraídas en moneda nacional.

La impremeditación con que se dictaron estas medidas aparece manifiesta cuando se considera que una parte de ellas fué derogada a los pocos días; y las otras, jamás se han aplicado. Los recargos en los impuestos que debieron afectar a los depósitos en los Bancos y, en general, a los contratos en moneda extranjera, fueron abolidos, en efecto, por un decreto expedido el 7 de mayo del mismo año, fundándose en la consideración de que dichos recargos transitorios resultaban innecesarios en vista de que se habían producido, con posterioridad a su establecimiento, algunas operaciones de habilitación agrícola e industrial en moneda extranjera "que convenía estimular para vitalizar las industrias del país".

Los artículos 1.º y 4.º del decreto del 27 de abril, relativos a los depósitos judiciales y administrativos en moneda extranjera y al recargo en las transmisiones por donación, herencia o legado, quedaron subsistentes y no han llegado a ser expresamente derogados. Pero nunca han sido aplicados. Dado el carácter transitorio y de emergencia que investían esas disposiciones, expedidas para defender el régimen convertible—según lo declara el decreto del 7 de mayo—debe entenderse que caducaron al suspenderse la convertibilidad del billete y al implantarse el curso forzoso en virtud de la ley 7526 del 18 de mayo de 1932. Cesó,

desde aquel momento, la razón de ser de todas las medidas con las que se procuró evitar el curso forzoso. (144).

No existen, pues hoy disposiciones especiales o transitorias que impidan la celebración de contratos de mutuo u otros en moneda extranjera. Antes bien, varios preceptos legales prevén o autoriza dichas especulaciones. Debe tenerse presente, eso sí, que el pago efectivo en moneda extranjera no podrá exigirse cuando no sea posible procurarse las especies pactadas, debiendo en tal supuesto liberarse el deudor entregando el equivalente en moneda de curso legal (art. 1581 C. C.) En todo caso el deudor puede hacer uso de la facultad que le acuerda el art. 1249 del C. C. de pagar en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago. Esta regla tiene el carácter de un principio de orden público y contra ella no podría prevalecer los pactos en contrario que excluyeran esa facultad del deudor y desconocieran el poder liberatorio de la moneda nacional.

Tampoco tendría fuerza obligatoria, por el mismo carácter de orden público expresamente atribuido por la Exposición de Motivos al art. 1581 del C.C., el pacto posterior a un contrato de mutuo en el que se transformara la obligación contraída en moneda nacional, en una obligación en moneda extranjera. Esto era, sin embargo, permitido bajo el régimen del antiguo Código y hasta que se iniciaron, con el decreto del 12 de diciembre de 1929, las medidas contra las estipulaciones en moneda extranjera. La Corte Suprema de Justicia, en una resonante ejecutoria del 9 de agosto de 1938, recaída en el juicio Descalzi con Oneto, ha declarado que al amparo del antiguo régimen de libertad procedía variar a moneda extranjera la obligación primitivamente contraída en moneda nacional, sin infringir las leyes que rigen nuestro sistema monetario. (145) La conversión a libras esterlinas de la suma mutuada en moneda nacional, se había efectuado con anterior-

(144) La legislación referente a los contratos u operaciones en moneda extranjera tuvo su última manifestación en una ley de carácter reservado, encaminada al establecimiento del control de cambios, que promulgó el Ejecutivo el 20 de abril de 1933, con el No. 7742. En ella se autorizaba al Gobierno para sustituirse en los derechos de los vendedores de productos de exportación en moneda extranjera, y a vender las divisas que de esa manera se procurase, a quienes necesitaran hacer pagos en el extranjero. Esta ley, que no ha sido publicada y de la que nunca se hizo uso, fué expresamente derogada por el art. 8.º de la ley No. 7760, también reservada, que promulgó el Ejecutivo el 9 de junio de 1933.

(145) Rvta. de los Tribunales.—t. VIII, año 1938, pág. 249.

ridad al decreto mencionado del 12 de diciembre de 1929. (146) Expresa la ejecutoria que, por tal circunstancia, la operación no podía impugnarse; y que no importaba esa conversión novación del contrato, sino simple modificación que no extinguía la obligación existente. En el dictamen del Fiscal señor Muñoz, acogido en parte en la Resolución, se sostiene la tesis de la novación, rechazada por la Corte, de la siguiente manera: "La operación efectuada por Descalzi y Onetto (el 5 de diciembre de 1929) para reducir a moneda extranjera la suma mutuada, pudo efectuarse, y se hace con frecuencia con los Bancos convirtiendo los depósitos de moneda nacional a moneda extranjera al tipo de cambio del día, novándose en esta forma la obligación y el Banco depositario se obliga al pago en moneda extranjera".

El criterio sentado en la ejecutoria en referencia no puede considerarse, en razón de la discordia producida, como la adopción por el Supremo Tribunal de un punto de vista definitivo sobre el particular. En el voto disidente suscrito por los vocales señores Barreto y Zavala Loaiza se sitúa la cuestión frente al curso forzoso, conceptuándose que el contrato de conversión es ilícito, por las consideraciones siguientes: "que habiendo Descalzi entregado moneda nacional, y no inglesa, no tiene derecho de exigir otra distinta, sea cual fuere el tipo de cambio que prefiera; que el contrato es, en consecuencia, opuesto a la realidad y a la naturaleza del contrato y ha hecho mas onerosa la obligación del mutuuario, triplicando el capital adeudado; que si la Constitución y las leyes fijan un interés máximo para los préstamos en dinero, bajo pena de nulidad, en resguardo de la moral social, no es lícito el pacto por el que se infla desmesurada y caprichosamente el capital prestado, paliando la infracción de una ley de orden público; que esta situación no se modifica por la aplicación de las leyes de la novación, porque ésta presupone dos obligaciones válidas, de las cuales una reemplaza a la otra, y *siendo radicalmente nula la nueva deuda*, la novación es imposible y la antigua obligación no se ha extinguido legalmente".

(146) En la Ejecutoria se reputan derogados los decretos supremos del 12 de diciembre de 1929 y del 13 de enero de 1930, por la resolución expedida el 27 de abril de 1932. Hay en esto un error; en primer término, porque aquellos decretos caducaron desde antes, conforme a lo que hemos expresado en páginas precedentes; y, en segundo lugar, porque el decreto—y no la resolución—del 27 de abril de 1932, es uno que impone recargos y prohibiciones a las operaciones en moneda extranjera, sin contener derogatoria alguna de disposiciones anteriores.

La posición adoptada por la Corte Suprema en la Ejecutoria analizada, respecto de un contrato celebrado en el año 1929, no parece que podría mantenerse para juzgar situaciones nacidas con posterioridad al Código Civil de 1936, en vista de la regla de orden público contenida en el art. 1581, que afectaría de nulidad las convenciones de transformación de la moneda en los mutuos. Aparte de esta limitación, no se encuentra en nuestra legislación ninguna otra a las estipulaciones en moneda extranjera. Su eficacia en un mutuo civil ha sido recientemente refrendada por la Corte Suprema en una interesante ejecutoria del 12 de abril de 1941, pronunciada en el juicio seguido por don Pablo Casinelli con don José M. Báscones y Hnos. (Causa N.º 1242).

Casinelli prestó a los hermanos Báscones, por escritura del 3 de diciembre de 1932 y cuando nada se oponía a los contratos en moneda extranjera, la cantidad de cuatro mil libras esterlinas, que fueron entregadas en un cheque bancario a la vista sobre Londres. Los deudores se obligaron a devolver el préstamo en la misma moneda que recibieron, estipulándose además, con el exclusivo objeto de proteger al acreedor Casinelli de una eventual baja de la libra esterlina con respecto a la moneda peruana, que el acreedor podría exigir, en tal supuesto, el pago en moneda peruana, si así convenía a sus intereses, de la suma de S/o. 76,000.00 en concepto de capital, que era el equivalente en la fecha del contrato, de las cuatro mil libras esterlinas objeto del préstamo. Importaba, por tanto, esta apreciación de la moneda extranjera, una garantía en beneficio del acreedor, a quien se facultaba en virtud de ella, para exigir de dos maneras alternativas, la prestación del deudor).

Pues bien, interpuesta demanda ejecutiva por Casinelli, en marzo de 1940, para obtener el pago de la cantidad de cuatro mil libras esterlinas más intereses, reservándose el derecho de exigir el pago en moneda peruana al tipo de cambio del día de la cancelación de la deuda (art. 1249 C. C.), los demandados se opusieron a la ejecución, sosteniendo que ésta sólo procedía por la cantidad de S/o. 76,000.00, que era el valor de las libras esterlinas en moneda peruana a la fecha del contrato. La sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte Superior y ejecutoriada por la Suprema, desestimó la oposición y mandó llevar adelante la ejecución por las cuatro mil libras esterlinas demandadas. Contiene además la sentencia una parte relativa a los intereses, sobre la

que llamamos la atención mas delante. En la Corte Suprema prodújose discordia y el vocal señor Zavala Loaiza emitió un voto disidente opinando en el sentido de que los mutuuarios sólo estaban obligados o devolver la suma de S/o. 76,000.00 en que fué fijado el valor de las cuatro mil libras esterlinas objeto del préstamo.

Cabe atribuir una gran importancia al criterio sentado por la Suprema en su precitada ejecutoria del 12 de abril de 1941, que impone el cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera en la misma especie que fué objeto del préstamo, pues seguramente cerrará el camino a todo debate ulterior sobre el cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera, cuando ésta ha sido efectivamente el objeto del contrato. No parece que el vocal señor Zavala Loaiza hubiera estado en lo cierto al hacer valer en favor del deudor la apreciación que se hizo de las libras esterlinas en moneda nacional, para la eventualidad de una baja en la libra esterlina, pues de los términos del pacto resulta claro que esa apreciación se efectuó en beneficio del acreedor, a quien se le reconoció la facultad de exigir la prestación de dos maneras alternativas, a opción suya, en el supuesto previsto.

III.—CLÁUSULAS DE ESCALA MÓVIL.—Las cláusulas llamadas de escala móvil son de las más interesantes que se han puesto en práctica para corregir los malos efectos de la inestabilidad monetaria. Consisten en hacer depender el monto de la moneda nacional por entregar en virtud de una obligación pecuniaria, del valor actual de un standard determinado, que puede ser el curso del cambio de una moneda extranjera, el valor de una mercadería, o los índices del costo de la vida. En otros términos estriban como enseña Geny, "en estipular como contrapartida de la prestación suministrada en un contrato, en lugar de una suma fija e inmutable, una suma cuyo monto variaría siguiendo diversas eventualidades aceptadas y precisadas por los contratantes, y que éstos escogen de manera a compensar los efectos de la inestabilidad monetaria" (147). El objeto del pago será siempre la moneda del país, cuyo valor se mide en forma distinta a la corriente.

Estas cláusulas han penetrado también en nuestra realidad jurídica, y no solamente en contratos de mutuo, sino asimismo, en contratos de compraventa, arrendamiento, etc. Veamos cómo

(147) François Géný.—La validité juridique de la clause payable en or.—Paris 1926, pág. 74.

han funcionado, con referencia a las distintas eventualidades en que se basan, y en que forma son tratadas por la legislación y la jurisprudencia nacionales.

A. *Cláusulas referidas al curso de una divisa extranjera.*— De igual naturaleza que las estipulaciones en oro o en moneda extranjera, deferénciándose de ellas, sin embargo, en que el objeto de la obligación será siempre la moneda del país, debiendo el deudor liberarse, en todo caso, entregando moneda nacional de curso legal. Se introdujeron entre nosotros para protegerse de las fluctuaciones que experimentaron en su valor de cambio los cheques circulares creados en el año 1914. Adoptaba la cláusula, en los contratos de mutuo, la forma de estipulaciones, no siempre bien precisadas, en las cuales se establecía la equivalencia de nuestros billetes con la libra esterlina en el momento del contrato, obligándose el mutuuario a responder por el premio que pudiera alcanzar la libra esterlina al tiempo del reembolso del préstamo sobre el tipo de cambio tomado como base (148). De esta manera se apreciaba el valor de la divisa nacional objeto de contrato, en términos de una divisa extranjera. Como se pensara que la generalización de los pactos de este género comprometía la confianza en el circulante, la ley 2755 del 13 de junio de 1918 dispuso en su art. 15 que quienes establecieran en sus transacciones premios o descuentos entre la libra peruana o inglesa de oro y el cheque circular, serían castigados con una multa igual al 50 % del valor de la transacción, en provecho del Fisco y del denunciante. Igual prohibición se reprodujo en el art. 13 de la ley N.º 2776, del 14 de septiembre de 1918, que autorizó una nueva emisión de cheques circulares.

Al derogarse las leyes que regían a los cheques circulares, por la N.º 4500 del año 1922, de creación del Banco de Reserva,

(148) Como muestra de la complejidad a que pueden llegar estos pactos, transcribimos uno tomado de un contrato de arrendamiento de fundo rústico celebrado en el año 1917: "Con el objeto de poner a cubierto al locador de los perjuicios que podría ocasionarle una depreciación excesiva de la moneda peruana, se conviene en tomar como base para estimar el valor de la moneda peruana, la de una libra peruana por libra esterlina. La merced conductiva de Lp. 200.000 trimestrales será inalterable si la libra peruana alcanza un valor superior al que se toma como base. Tampoco se alterará mientras la libra esterlina se coticie entre diez y doce soles; pero si la libra esterlina llegara a cotizarse a más de doce soles, o lo que es lo mismo, si el sol (décima parte de la libra peruana) valiera menos de 20 peniques, el arrendatario está obligado a aumentar la cantidad que debe pagar trimestralmente abonando un suplemento por depreciación de la libra peruana que baste para indemnizar dicha depreciación en cuanto exceda de 20 peniques por sol".

caducaron las prohibiciones del año 1918. Pero nuestros tribunales no siempre lo han entendido así, existiendo al respecto una interesante jurisprudencia contradictoria. Mientras algunas ejecutorias supremas han negado validez a las estipulaciones que fijaban el valor en cambio de la moneda nacional en relación con la extranjera, invocando la prohibición de las leyes del año 1918; otras han reconocido eficacia a dichas cláusulas.

Pertenecen a la primera categoría las ejecutorias del 27 de julio de 1923 y del 2 de julio de 1925, concernientes al cumplimiento de contratos de mutuo, y la ejecutoria del 13 de enero de 1936, concerniente al pago del precio en un contrato de compraventa. Sientan las dos primeras resoluciones el principio de que en el mutuo civil el deudor solo puede ser obligado a devolver la misma clase de moneda que recibió, aunque se hubiere estipulado el pago del capital en moneda distinta.

Se dice en la ejecutoria del año 1923 (149) que "en los contratos de mutuo, aunque se fije en 24 peniques el valor del sol de plata, la devolución del préstamo debe hacerse sin tener en cuenta las fluctuaciones del cambio internacional y de conformidad con las leyes que dan estabilidad a la moneda". En el dictamen fiscal en que se fundamenta la ejecutoria del año 1925 (150) se lee:

"La libra peruana tiene el mismo poder cancelatorio que la libra esterlina inglesa según la ley de 13 de octubre de 1900, mantenida por el art. 13 de la ley 2776. Y si bien es lícito en las relaciones comerciales establecer la clase de moneda del contrato en mira a su valor en el cambio internacional, esto solamente puede tener lugar cuando se hacen operaciones de cambio en las que el valor de la moneda entra como elemento esencial, para apreciar la equivalencia de lo que se da por lo que se recibe, y por consiguiente para juzgar también de la justicia y de la equidad de los contratos. Pero el mutuo de que se trata no tiene o no parece tener siquiera los caracteres de mercantil ni los interesados le han dado o alegado esta calidad, por lo que tampoco es de aplicación el art. 307 del C. de Comercio, conforme al cual "si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, la alteración que experimenta su valor sería en daño o en beneficio del prestador".

(149) Anales Judiciales, t. XIX, año 1923, pág. 72.

(150) Anales Judiciales, t. XXI, año 1925, pág. 67.

Finalmente, en la ejecutoria del año 1936, (151) recaída en una acción sobre el pago del precio de un bien, se reproduce el criterio sustentado en las dos anteriores, en cuanto se expresa "que la cláusula referente a la reducción de la deuda a moneda extranjera, al tiempo del pago, es opuesta a las leyes".

En contraposición a las ejecutorias citadas, se han expedido otras por la Corte Suprema en las que se reconoce eficacia a la estipulación que fija, en contrato de mutuo, el valor en cambio de la moneda nacional en relación con la moneda extranjera, en la fecha del préstamo. Tales, las ejecutorias del 5 de septiembre de 1923, del 4 de agosto de 1924 y del 8 de enero de 1937.

La primera, (152) ya no toma en cuenta la prohibición del año 1918, que caducó en 1922, y considera que "es válida en el contrato de mutuo, para el pago de la cantidad mutuada, la estipulación por la que el mutuuario garantice la depreciación que pueda sufrir la moneda corriente respecto de otra moneda extranjera determinada". En los considerandos de este fallo se dice: "que la obligación del mutuuario de devolver, por efecto del contrato, la misma suma de dinero prestada, no se opone a la estipulación expresamente concertada de responder por la depreciación de la moneda corriente con relación al cambio internacional, porque la esencia del mutuo consistente en dinero, se refiere al valor del numerario mas que a la cantidad de éste, según lo dispuesto en el art. 1817 del Código Civil; etc.... Declararon que doña J. P. está obligada a pagar a don H. S. conforme al contrato el importe del prenio que la moneda inglesa tuvo sobre la corriente el DÍA DEL PAGO".

En análogo sentido se pronunció luego la Corte en la ejecutoria mencionada del año 1924. (153) En los considerandos del dictamen fiscal en que se fundamenta el fallo, se lee: "porque la esencia del mutuo consistente en dinero, se refiere al valor del numerario, más que a la cantidad de éste, según lo dispuesto en el art. 1817 del C. C.; que en esta virtud debe cumplirse lo pactado lícitamente en la cláusula... etc". Declararon que doña M. R. se halla obligada a pagar al ejecutante conforme al contrato, el importe del premio que la moneda inglesa tuvo sobre la corrien-

(151) Rvta. de los Tribs., t. VI, año 1936, pág. 31.

(152) Anales Judiciales, t. XIX, año 1923, pág. 103.

(153) Anales Judiciales, t. XX, año 1924, pág. 90.

te, *el día del pago* en letras a la vista, según el tipo de cambio bancario”.

Invocan estas dos resoluciones, para justificarse, el art. 1817 del Código anterior que permitía, según sabemos, las estipulaciones para responder de la depreciación de la moneda del contrato. La ejecutoria del 8 de enero de 1937, (154) por una vía distinta, llega también a declarar lícita, en un contrato de mutuo, la estipulación que fija el valor en cambio de la moneda nacional en relación con la moneda extranjera en la fecha del préstamo; pero frustra la ventaja que pudiera derivarse para el acreedor de semejante declaración en cuanto dispone que, para el cumplimiento de la obligación contraída, debe tomarse en cuenta el valor o tipo de cambio con relación no al día del pago, *sino al tiempo del contrato*. En el caso sub-litis resuelto por este fallo, se había celebrado un contrato de mutuo en el año 1923, entre don Ricardo Gutiérrez como mutuante y don Manuel Abelardo Ibarra como mutuuario, por la cantidad de Lp. 11,050.0.00, estipulando las partes como valor en cambio del mutuo el equivalente de L.E. 10.000.—Amparándose en esta estipulación, Gutiérrez reclamó la restitución de L.E. 10.000—o su equivalente en moneda nacional al día del pago. El Fiscal del Tribunal Supremo, señor Muñoz, opina en su dictamen por la legitimidad de la demanda, citando en su apoyo la ley 6126 que permite al Banco Hipotecario efectuar préstamos en moneda extranjera entregando letras giradas sobre Nueva York o Londres, o moneda peruana al tipo de cambio fijado por el Banco (art. 25 inc. f). El Tribunal, con lo expuesto por su Fiscal y haciendo abstracción de la legislación monetaria vigente en la época del contrato, fundamenta la legitimidad de la estipulación que fija el valor de cambio de la moneda nacional entregada en préstamo, citando los arts. 1816 del Código Civil anterior y 1580 del Código vigente, según los cuales si fueron apreciadas las cosas al tiempo del mutuo, está obligado el deudor a satisfacer el valor que se les dió, aunque valgan más o menos al tiempo del pago. Pero en vez de deducir de allí que el acreedor Gutiérrez tenía derecho, en el caso juzgado, a reclamar el equivalente en moneda nacional al día del pago, de la cantidad de libras esterlinas en que se estimó el préstamo, manda el fallo adelantar la ejecución por la equivalencia establecida al día del contrato, o sea por la cantidad

de S/o. 110,500.00, con lo que se desvirtuaba los efectos del pacto cuya eficacia se pretendía reconocer.

Esta ejecutoria dictada, bajo el régimen del Código vigente aunque para juzgar una situación nacida anteriormente, no hace sino aumentar la confusión e incertidumbre sobre el verdadero criterio de nuestra jurisprudencia frente a las estipulaciones que fijan el valor en cambio de la moneda nacional en relación con la extranjera. No parece conforme, como lo hace el Supremo Tribunal, buscar la justificación de esas estipulaciones en el art. 1580 que permite apreciar las cosas al tiempo del mutuo. También habría que reconocer como legítimas, entonces, las estipulaciones que señalan el valor en oro de la moneda del contrato, ya que envuelven, tanto como las otras, una apreciación valorativa de la moneda al tiempo del mutuo.

A nuestro juicio, el art. 1580 debe entenderse referido a cosas que no sean dinero. El Código distingue, en el Título del mutuo, los términos cosas y dinero como objetos del contrato. Así aparece del art. 1573. Y para el pago de los préstamos en dinero rige la regla nominalista y de orden público del art. 1581, la que no se opone, según hemos dicho, a los contratos en moneda extranjera, debiendo entenderse como tales no sólo los contratos en que la moneda extranjera es efectivamente entregada por el mutuante, sino también aquellos préstamos pactados en moneda extranjera, pero en los que se entrega el equivalente en moneda nacional de la extranjera objeto del contrato. La ley orgánica del Banco Central Hipotecario del Perú (ley 6126, art. 23, inc. f) autoriza préstamos en moneda extranjera de esta naturaleza.

Lo que el art. 1581 del C. C. no permite es que en los mutuos en dinero se formulen reclamos por las diferencias de valor que sobrevengan en la especie pactada, que las partes se sustraigan a las diferencias que ocurran en el valor de la moneda nacional cuando ésta constituye el objeto del contrato y, en fin, que se transforme a posteriori en una obligación en moneda extranjera el mutuo que tuvo por objeto moneda nacional. No ha querido significar otra cosa la Exposición de Motivos cuando dice: "La reforma más importante que hemos introducido es la que establece que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregarla, en la moneda que tenga curso legal en el Perú. *Este precepto es de derecho público.* Las leyes que rigen la circulación monetaria son de orden público y res-

pecto de ellas nadie puede alegar derechos irrevocablemente adquiridos. Es evidente que cuando el legislador procede en nombre del interés general y traduce una regla de solidaridad, no es posible sustraerse al imperio de sus resoluciones”.

La aplicación de estas reglas de orden público debe entenderse circunscrita al contrato de mutuo y demás contratos civiles o mercantiles de carácter interno, sujetos en su ejecución a las leyes de la República. No las contradice por eso en modo alguno, el reciente acuerdo sobre compraventa de algodón peruano, celebrado en Washington entre el Ministro de Hacienda del Perú y la Commodity Credit Corporation, y en el que se establece que en el caso de una variación sustancial en el tipo de cambio entre la moneda americana y la peruana, se reajustará de común acuerdo el precio base de compra de S/o. 70.50 por quintal de algodón y los premios y descuentos para los distintos grados y variedades.

B. *Cláusula de pago en mercaderías*.—Suele adaptar dos formas: una propia y otra impropia. Es propia la cláusula cuando se estipula el pago de una obligación de ordinario pecuniaria, en determinada cantidad de productos, los que vienen así a constituir el objeto efectivo de la obligación; impropia cuando se hace depender el *quantum* de una obligación pecuniaria del valor que tenga determinado producto el día del pago. Cuando estas cláusulas son la expresión de desconfianza en los signos monetarios, generalmente tienen en cuenta un producto o mercadería cuya cotización en el mercado siga en sentido inverso, las fluctuaciones del cambio, y permita contrarrestar los efectos de una eventual depreciación monetaria entre el día del contrato y el día del pago.

La cláusula de pago en mercaderías entra en el cuadro de las estipulaciones de escala móvil solamente bajo el segundo de sus aspectos, esto es, cuando la obligación pecuniaria se fija en función del valor de un producto. Estas cláusulas—como la advierte el autor argentino Alberto D. Schoo en su notable libro varias veces citado, sobre la cláusula oro—se parecen a las estipulaciones oro, valor oro y en moneda extranjera, en cuanto con ellas se requiere también escapar a los efectos de las alteraciones monetarias, pero se diferencian en que la obligación se expresa en un valor que está ligado no sólo a los movimientos del cambio, sino también a la influencia de otros factores no monetarios, como son la mayor o menor demanda de la mercadería. Además, estas cláu-

sulas no provocan la especulación ni influyen sobre las necesidades del cambio, limitándose a adaptar el monto de la deuda a los valores interiores, con una variedad grande de combinaciones, y por eso la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado favorables, en ciertos países, a su validez. En Alemania las cláusulas de pago en mercaderías y demás de escala móvil nunca fueron contradictorias, habiéndose llegado a emitir empréstitos públicos y privados, algunos de los cuales todavía se cotizan en Bolsa, en los que el capital e intereses se garantizaban sobre la base del curso de productos como la hulla, el trigo, etc.

Bajo su forma propia, las cláusulas de pago en mercaderías son generalmente admitidas en el contrato de locación de predios rústicos. El art. 1501 del Código Civil las autoriza expresamente. Demogue sostiene que aún tratándose de locación de inmuebles urbanos puede estipularse que el locatario entregue como arrendamiento al locador ciertas mercaderías. (155)

El Código Civil vigente no respalda el dispositivo del derogado (art. 1568) que facultaba al arrendatario para pagar en frutos o en dinero la renta estipulada, cuando se había convenido en que ésta se pagase en frutos valuados al precio corriente. Pero nada se opone, en realidad, a un pacto de es género, desde que lo mismo da que sea el acreedor o el deudor quien haga la transformación del producto en dinero.

No tiene aplicación la cláusula de pago en mercaderías en los contratos de compraventa y de trabajo. El comprador debe pagar el precio en dinero (art. 1383). El contrato de trabajo supone el pago del salario en dinero efectivo (art. 1572).

En el contrato de mutuo en dinero la cláusula de pago en mercaderías también se ve excluida, en sus dos formas, por los arts. 1581 y 1582 del Código Civil. El art. 1582 prohíbe prestar una cantidad de dinero en mercaderías (lo que sí está permitido por el art. 317 del Código suizo de obligaciones). Del carácter de orden público del art. 1581, tantas veces citado, se infiere, de otro lado, que no son válidas aquellas cláusulas que contraríen el curso legal de la moneda y su pleno poder cancelatorio. El mutuo en dinero debe ser devuelto en la misma cantidad de la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal. De la misma manera, pues, que no sería legítimo hacer depender la can-

(155) R. Demogue.—*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1926, pág. 416.

tividad a devolver de las variaciones de valor de la especie pactada en relación con una moneda extranjera, tampoco podría sujetarse el *quantum* a reembolsar de la cotización en el mercado de un producto cualquiera.

C. *Cláusula de números indicadores*.—Esta cláusula es la estipulación de escala móvil por excelencia y consiste en hacer depender el monto de un pago, de los índices del costo de la vida. Es pues un pacto tendente a tener en cuenta las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, tales como son registradas por el sistema de números indicadores de precios.

Se concibe la utilización de la cláusula en ciertos contratos, como el de trabajo; mas nó en el de mutuo en dinero. Es verdad que la hipótesis de la devolución de un capital superior a la suma entregada suele realizarse en la práctica, cuando se reembolsa a la par obligaciones emitidas bajo la par; pero en tales casos se está en presencia de obligaciones previamente determinadas en su cuantía por la voluntad de los contratantes y que no dependen de circunstancias ajenas a su voluntad, como ocurriría con la cláusula de números indicadores. Esta se opone a la regla que preside la devolución del mutuo en dinero en nuestro Código Civil.

Las cláusulas de números indicadores, que determinan una obligación en función de un factor variable, se generalizaron bastante en los países europeos durante la guerra pasada, sobre todo en la regulación de los salarios por las convenciones colectivas del trabajo. Hemos visto que en Francia y en Italia se encuentra ya organizada la educación del salario en función del costo de la vida. Capitant y Demogue estiman que las cláusulas no ofrecen nada contrario a las leyes de curso forzoso. Entre los economistas, Germain-Martin y Rist—que preconizan el reconocimiento oficial del franco-oro como moneda de cuenta—reclaman la validación oficial de las cláusulas de escala móvil basadas en las variaciones de los índices de precios al detalle. La jurisprudencia francesa, tan celosa defensora del principio de orden público del curso forzoso, las consideró lícitas cuando las partes buscaban garantizarse recíprocamente contra las variaciones del costo de la vida; pero las declaró nulas cuando aparecían como cláusulas de garantía contra la fluctuación de los cambios y como forma indirecta de evitar los efectos del curso forzoso.

La necesidad que los negocios implican de operar con números redondos y de valerse de factores que no requieran averigua-

ción complicada, ha sido siempre un obstáculo a la mayor difusión de las estipulaciones basadas en los índices de los precios. De allí que en el comercio jurídico sólo sirvan como instrumentos transitorios.

D. *Cláusulas de revisión periódica*.—Estas cláusulas derivan de las dos anteriores, y por ellas se conviene en revisar, a la expiración de períodos señalados, el monto de una obligación en función de la cotización de un producto, del índice de los precios, o de una eventualidad cualquiera.

Por las mismas razones que ya tenemos indicadas, semejantes cláusulas no pueden funcionar en los préstamos en dinero. Pero se han introducido, en cambio, en nuestra vida jurídica, en contratos de arrendamiento de predios rústicos y de minas y en contratos de compraventa de ejecución sucesiva. Las estipulaciones suelen ser complicadas y adoptan diversas modalidades que prevén reajustes en la merced conductiva o en el precio de venta, en relación con el mayor precio que pueda alcanzar, al término de los períodos que se determina, el precio del producto o mercadería de que se trate. Tienen, pues, por objeto estos pactos sustraerse indirectamente a las fluctuaciones monetarias. Nada se opone en nuestra legislación a su admisión en contratos que no sean de mutuo.

IV.—CLÁUSULA ALTERNATIVA.—Debemos considerar finalmente, dentro del género de cláusulas de escala móvil, la hipótesis de que las partes hayan estipulado el pago en dos monedas diferentes o en dos lugares distintos, a elección del acreedor o del deudor.

Estas cláusulas son generalmente estimadas como válidas, siendo frecuentes en ciertos empréstitos extranjeros, así como en algunas obligaciones emitidas por sociedades. Nada se opone a su admisión entre nosotros. Cuando la elección no se haya reservado expresamente al acreedor, corresponde aquélla al deudor, conforme a lo dispuesto en el art. 1192 del Código Civil.

Las cláusulas alternativas hiciéronse de estilo en los contratos de emisión de bonos hipotecarios en libras esterlinas que celebraron entre nosotros algunas empresas agrícolas. Dicen esos pactos, poco más o menos, lo siguiente: "El reembolso del capital, así como también el pago de intereses, se harán en libras esterlinas, en letras sobre Londres a 90 días, y en libras peruanas a la par, es decir, una libra peruana por cada libra esterlina a 90

días vista. La elección entre estas dos formas de pago corresponde exclusivamente a los tenedores de bonos". También se halla inserta una estipulación de este tipo en el empréstito interno emitido conforme a la ley 4979 del año 1924 y en cuyo art. 3.º es estable el pago del servicio de intereses y amortización del empréstito en libras peruanas o en libras esterlinas, a la par, a elección de los tenedores de bonos, disponiéndose, además, que en el caso de que el acreedor elija la esterlina el Gobierno deberá entregar letras sobre Londres o su equivalente en efectivo.

La complicada redacción de algunas de estas cláusulas se ha prestado a interpretaciones, muchas veces fuente de litigios entre acreedores y deudores. Así no obstante los claros términos de la obligación alternativa instituída en la ley 4979, el Gobierno, después de más de quince años de ejercicio regular por los acreedores de su facultad de elección, planteó a los tenedores de bonos del empréstito una singular interpretación de la cláusula, y según la cual el Gobierno podía liberarse entregando una libra peruana—o diez soles en términos de la actual unidad monetaria—como equivalente de una libra esterlina, en el caso de que se optara por recibir libras esterlinas. Semejante interpretación, que aparentemente no desconocía el derecho de opción reconocido a los acreedores, fué impugnada, con razón, por los Bancos tenedores de los bonos del empréstito. No puede sostenerse, en efecto, que con la expresión "a la par" empleada en la ley haya querido fijarse una equivalencia invariable, capaz de permitirle al Gobierno liberarse del cobro que se le hiciera en libras esterlinas, entregando S/o. 10.00 por cada libra esterlina. Ello equivaldría a trasladar al deudor el derecho de elección reservado al acreedor y contrariaría, de otro lado, no solamente el espíritu y recto sentido de la ley—que indujo a la suscripción de los bonos con la seguridad que ofrecía la cláusula alternativa—sino también su texto literal, que prevé el pago de las libras esterlinas en su equivalente en efectivo. Y esta equivalencia, no puede ser otra que la del día del pago, pues de otro modo carecería de sentido y constituiría una garantía ilusoria todo lo relativo a la cláusula alternativa prevista en el art. 3.º de la ley 4979.

2.—LEGISLACIÓN SOBRE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE MUTUO.—El segundo punto que debemos contemplar en este examen del contrato de mutuo en dinero a la luz de las nuevas tendencias, es el tocante a los intereses. En él se aprecian, tanto o

más que en la anterior cuestión relativa a la moneda del contrato o del pago, las intervenciones legislativas que restringen la autonomía de la voluntad o que afectan a los contratos en curso.

Estatuye el Código que no se deben intereses sino en el caso de estar pactados; pero que si el mutuuario los ha pagado espontáneamente, no puede repetirlos, ni tampoco imputarlos al capital (art. 1583).

El debate sobre la legitimidad del préstamo a interés puede decirse que se encuentra hoy cerrado. La discusión sigue girando, sin embargo, alrededor de la tasa: si la debe fijar la ley o la voluntad de las partes. El segundo anteproyecto de nuestro Código Civil, imitando la legislación española, facultaba al juez para reducir el tipo del interés pactado, cuando lo estimase excesivo. Pero esa solución fué luego abandonada y el Código no abordó el punto. Se han tenido en cuenta para ello diversas razones que enumera la Exposición de Motivos: la multiplicidad de las leyes que se dictan al azar de las necesidades; lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución en el sentido de que la ley establecerá el interés máximo para los préstamos en dinero; y, finalmente, que la represión de la usura sale del plano del derecho privado para interesar más directamente al dominio del derecho público.

Nuestras leyes históricas fueron inflexibles para combatir el interés, y sin proscribirlo, llegaron a disponer prolijamente sus tasas, sobre todo respecto de los censos que sustituían la figura del mutuo (E. de M.).

El Código derogado, imbuído del espíritu de su época, expresó la más absoluta libertad en cuanto concierne a la estipulación de intereses. "Los intereses serán los convenidos", decía el art. 1819; y, por otra parte, fijaba una tasa legal del 6 % para el caso de que no hubiera convenio expreso y de que el mutuante incurriera en mora (art. 1821). Esa tasa legal para el caso de mora la reduce el nuevo Código al 5 % (arts. 1324-25).

El régimen de libertad sin medida instituido por el Código de 1852 subsiste hasta el año 1918, en que se lleva a cabo el primer intento para fijar un límite a la voluntad contractual, con la célebre ley 2760, del 26 de junio de 1918, contra el agio y la usura, vigente hasta la fecha. (156)

(156) Anteriormente, se había incluido una limitación a la tasa del interés, condicionada al tipo bancario, en la ley de Prenda Agrícola No. 2402, del 13 de diciembre de 1916, cuyo art. 19 dice: "En los contratos de prenda agrícola sujetos a esta

Fué la ley 2760 una clara y temprana expresión de la penetración en nuestro derecho de las corrientes socializadoras que llevan a impedir la explotación de la ignorancia, del apuro, de la necesidad y que tienden a ampliar el campo de la lesión. Con análogo sentido se han dictado leyes especiales en Alemania y en otros países, para fijar un límite a los intereses dejando al juez una libertad de apreciación, más o menos grande, en ciertos casos particulares. La legislación española todavía mas radical, facultada al juez—ya lo hemos dicho—para reducir el tipo de interés pactado, cada vez que lo estime excesivo.

La ley 2760 no se dió con el carácter de regla general que limitara la tasa del interés en todas las operaciones. Fundamentalmente ley de protección para los empleados que vendían sus sueldos, tiende a proscribir los préstamos de los agiotistas a las personas sumamente necesitadas. Con ese propósito señala un límite de 14 % al interés anual si la cantidad prestada es de quinientos o más soles, y de 18 % si es menor de esta suma. Prohíbe en esta clase de contratos la capitalización de intereses y establece, por último, que sus disposiciones no comprenden a las operaciones bancarias ni a las de otras instituciones análogas.

La estipulación de intereses superiores a los permitidos la sanciona la ley con la nulidad del contrato de préstamo. “Será nulo—dice el art. 7.º—*todo contrato de préstamo* en que se estipule un interés superior al... etc”. Nuestros tribunales, con criterio uniformado por varias ejecutorias supremas, han dejado subsistir los contratos y se han limitado a declarar la nulidad de la cláusula de intereses, disponiendo que los pagos efectuados en concepto de intereses deben aplicarse a la amortización del principal y que por el saldo que resulte sedevengará únicamente el interés legal, a partir de la fecha de la citación con la demanda. En este sentido puede señalarse las siguientes ejecutorias: Ej. de 2 de junio de 1927 A. J. pág. 110; Ej. de 15 de mayo de 1923 A. J. pág. 39; Ej. de 5 de diciembre de 1934 R. de los T. pág. 400; Ej. de 16 de diciembre de 1940 R. de los T. pág. 481; Ej. de 6 de septiembre de 1941 R. de los T. pág. 297; y Ej. de 6 de septiembre de 1941 R. de los T. pág. 309.

La ley 2760 prohíbe, en los contratos a que se refiere, la ca-

ley, no podrá pactarse un interés superior en un cuatro por ciento anual al fijado, como tipo bancario, por las instituciones de esta especie establecidas en el lugar, o en su defecto, en la capital del departamento”.

pitalización de intereses (art. 7.º). El Código Civil no permite el pacto de capitalización de intereses en el momento de convenirse la obligación, pero autoriza el anatocismo en virtud de pactos sucesivos, por escrito, hechos con intervalos no menores de dos años (art. 1586). En esto reside la única limitación del Código a la libertad de contratar en materia de intereses.

Solamente en principio se prohíbe, pues, la capitalización de intereses en materia civil. En cambio, en el orden comercial, como lo advierte la Exposición de Motivos, es lícita y en algunos contratos forma parte de su estructura como ocurre en la cuenta corriente.

La ley 2760 abrió el camino en el Perú a otras leyes y resoluciones gubernativas restrictivas de la tasa del interés en las operaciones comerciales y en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Esa misma legislación ha estado también dirigida a conceder prórrogas o suspensiones en favor de los mutuatarios y afectar de nulidades y prohibiciones a las cláusulas que estipulan intereses penales. Y aún cuando ya no se encuentre en vigencia, juzgamos útil referirnos a ella como una de las más interesantes manifestaciones en nuestro medio de la intrusión del legislador en la vida de los contratos.

Sabemos que la ley 2760 excluye de sus disposiciones a las operaciones bancarias y a las de otras instituciones análogas. Ello no obstante, esas operaciones no se han visto libres de limitaciones, en virtud de varias resoluciones transitorias y de emergencia expedidas durante la crisis del año 1921 y mantenidas hasta el año 1930. Fueron esas disposiciones las siguientes: a) la resolución suprema del 11 de mayo de 1921, que preceptúa que ningún contrato u operación comercial o industrial será obligatorio en cuanto estipule un interés mayor del 12% al año; y que en ningún contrato u operación de Bancos o casas bancarias podrá cobrarse un interés que en conjunto sea mayor del 10 % anual; b) la resolución suprema del 15 de noviembre de 1929, modificatoria de la anterior en cuanto se refiere a las operaciones bancarias, y que dispone que los bancos podrán cobrar en sus operaciones hasta un máximo de 2 % sobre el interés que fije para el redescuento el Banco de Reserva del Perú; c) la resolución suprema del 27 de diciembre de 1929, que estatuye que las limitaciones del tipo de intereses establecidas por las resoluciones supremas del 11 de mayo de 1921 y del 15 de noviembre de 1929 se refieren solo al

descuento original por los Bancos en las ciudades de Lima y Callao, de letras giradas a un plazo no mayor de 90 días; y d) la resolución suprema del 22 de mayo de 1903, que deroga las resoluciones del 15 de noviembre y del 27 de diciembre de 1929 y declara en vigencia, tan solo, a la resolución del 11 de mayo de 1821. No tenemos conocimiento de que la resolución del 22 de mayo de 1930, que restablece en su vigor a la del 11 de mayo de 1921, haya sido expresamente derogada; pero, en todo caso, debe entenderse que ha caducado en la parte que limita la tasa del interés en las operaciones bancarias, desde el momento en que se promulgó la ley de Bancos, el 23 de mayo de 1931, por decreto-Ley N.º 7159, ya que no prescribe esta ley ningún límite al tipo de interés en las operaciones bancarias. Tampoco se encuentra restricción alguna en las sucesivas leyes modificatorias de la Ley de Bancos. Sólo subsistiría de consiguiente, la resolución suprema del 11 de mayo en la parte en que limita al 12 % al año el interés de las operaciones comerciales e industriales. Pero, ciertamente, nadie tiene en cuenta esta limitación ni se le reconoce fuerza compulsoria por el hecho, seguramente, de que emana de una simple resolución suprema. Carece también de interés práctico, desde que el tipo de interés de las operaciones industriales y comerciales no suele sobrepasar la tasa del 12 %.

3.—LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA EN MATERIA DE MUTUOS HIPOTECARIOS.—La legislación de emergencia en materia de mutuos hipotecarios, implantada en todos los países del mundo afectados por la crisis, hizo su aparición en el Perú en el año 1933 con la ley N.º 7683, promulgada el 10 de enero cuando el país se encontraba aún sumido en la crisis iniciada en el año 1929. Consta la ley de dos artículos. Dispone el primero la suspensión en toda la República, durante el plazo de un año, de los remates de inmuebles rústicos y urbanos sobre los cuales graven créditos hipotecarios; y reduce el segundo, durante la vigencia de la ley, los intereses pactados en los préstamos en un 1 %, no pudiendo ser en ningún caso esos intereses superiores al 9 %, ni incluir en el cobro intereses penales. Ley de defensa para los deudores agobiados por la crisis y expuestos a verse despojados de sus propiedades, fué aceptada sin mayores protestas por el carácter transitorio que revestía. Los acreedores debieron también conformarse con su prórroga por todo el año 1934, ordenada por la ley N.º 7876.

Mas a pesar de que la crisis podía considerarse ya vencida al terminar el año de 1934, los deudores incumplidos beneficiados con la suspensión de los remates y que no podían acostumbrarse a la idea del restablecimiento de los pactos contractuales, obtuvieron del Congreso la dación de una nueva ley que mantenía, por un año más, el interés máximo de 9 % para los préstamos hipotecarios y que regulaba el remate de los inmuebles gravados en forma que vulneraba gravemente el derecho de los acreedores. Tal fué la ley N.º 8018, destinada a regir por un año, y que se promulgó el 28 de febrero de 1935.

Reiterando lo dispuesto en las leyes anteriores, ordenó la 8018 en su art. 1.º que el interés máximo que devengarían los préstamos hipotecarios sería el de 9 % anual, cualquiera que hubiese sido el tipo pactado en la escritura de constitución; y que eran nulas las cláusulas de mutuo en que se hubiese estipulado el pago de intereses penales. En los artículos 2 a 9 se establecían las condiciones en que podría llevarse a cabo el remate de los inmuebles gravados con créditos hipotecarios. Solamente se permitía la ejecución si el capital e intereses adeudados llegaban al 60 % del valor del inmueble estimado con arreglo a lo que la misma ley dispone, y en ningún caso podía subastarse el inmueble o adjudicarse al acreedor por menos del 80 % de su valor, bajo pena de nulidad. El art. 10 excluye del alcance de la ley los préstamos efectuados por el Banco Central Hipotecario y por las antiguas Secciones Hipotecarias de los demás Bancos y Caja de Ahorros. Finalmente, en el art. 11 se confiere efecto, hasta el 28 de febrero de 1935, fecha de promulgación de la ley 8018, a la 7683 que, prorrogada por la 7876, había ya expirado el 31 de diciembre de 1934; y se dispone que la ley 8018 no comprende a los contratos hipotecarios que se celebren después de su promulgación.

Pocas veces se habían reunido, como en esta ley 8018, un número tan crecido de atentados contra los principios de la libertad contractual y de la fuerza obligatoria de los contratos ya celebrados. Se imponía la rebaja de la tasa de interés (157); se declaraba la nulidad de las cláusulas penales; se ponía trabas, que no habían existido al tiempo de la celebración de los contratos, al

(157) La Ejecutoria Suprema del 12 de abril de 1941, dictada en el juicio Casinelli c/ Báscones (Causa No. 1242), anteriormente mencionada, declaró que la rebaja en el tipo de interés durante la vigencia de las leyes 7683 y 8018 era imperativa; y que el deudor podía repetir el exceso de interés pagado, y aplicarlo al pago de los intereses devengados.

remate de los inmuebles y, por último, con el fin de que no hubiera solución de continuidad entre la ley 7683 que feneció el 31 de diciembre de 1934 y la nueva que se promulgaba el 28 de febrero de 1935, se le reconoció efectos a la ley ya expirada hasta la fecha de promulgación de la 8018.

El Presidente de la República, en uso de su facultad constitucional, observó la ley aprobada por el Congreso, pero como éste insistiera en ello hubo el Ejecutivo de promulgarla en la fecha indicada.

La ley 8018 puede considerarse como un fruto típico, en nuestro medio, de los excesos legislativos que con singular acierto ha puesto Ripert en evidencia en su libro tantas veces citado sobre el régimen democrático y el derecho civil. Suscitó la ley las críticas y protestas no solo de los acreedores afectados, sino también las de aquellas personas que veían con alarma estas repetidas violaciones del orden jurídico tradicional, en nombre de situaciones de emergencia muchas veces inexistentes. Un hombre representativo de las esferas comerciales, el señor Juan L. Basombrío, en una carta fechada el 6 de febrero de 1935 y publicada en "El Comercio" de Lima, denunciaba la nueva ley aprobada por el Congreso en términos que denotan la inquietud y desconfianza que ese género de medidas provoca. "La ley que se ha dictado—decía el señor Basombrío—contraría la disposición del art. 25 de la Constitución legislando retroactivamente; no protege por igual a los acreedores y deudores, como lo dispone el art. 22; va contra el principio de la libertad de contratar, establecido en el art. 27, sin que al presente existan razones de utilidad pública... Además de pasar por encima de estas claras disposiciones de nuestra Constitución, la ley de que trato está en contradicción con determinados preceptos de nuestro Código Civil, en lo que se refiere a las obligaciones derivadas de los contratos, y asimismo con terminantes disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, que no han sido puestas ni siquiera en suspenso... Bien estaría que se dispusiera que en adelante y a partir de la promulgación de una ley, se restringiera el tipo de los intereses estableciendo el máximo, pero es absolutamente inadmisibles que tal disposición se establezca para los contratos preexistentes, otorgados al amparo de nuestra ley civil, siendo ésta una de las razones que dan a la ley que se acaba de dictar fuerza y efectos retroactivos... En todo caso no hay necesidad de legislar

nuevamente sobre el tipo máximo de los intereses, desde el momento en que, por medio de la ley N.º 2760 ya esto ha sido hecho... Debido a esta, nadie se atreve a hacer inversiones de dinero con la sola garantía de inmuebles”.

Al expirar la ley 8018 el 28 de febrero de 1936, pareció que se restablecería el imperio de los pactos contratuales. Pero el restablecimiento fué efímero. A poco volvió a intervenir el legislador, esta vez con una ley de carácter permanente, que promulga el Ejecutivo el 6 de julio de 1936 con el N.º 8372, y que consta de tres artículos. En el primero se prohíben en los contratos de mutuo e hipotecarios, el cobro de intereses penales, ya sea por particulares o por las instituciones bancarias; en el segundo, se autoriza al acreedor a quien se adeuden tres cuotas trimestrales de intereses y amortización, a pedir, judicialmente, la administración del bien hipotecado, para hacerse pago con su producto de los servicios pendientes; y, en el tercero, se establece que las disposiciones de la ley comprenden a todos los créditos que a su promulgación se encuentren afectos al pago de intereses penales.

Como la ley 8372 no derogaba el art. 1301 del Código Civil entonces vigente, que permitía la cláusula de intereses penales en los contratos en general, se entendió que continuaban siendo lícitas en los contratos que no fueran “de mutuo e hipotecarios”.

A pesar de que la ley comprendía a las instituciones bancarias sin hacer ninguna reserva, se sostuvo que no alcanzaba al Banco Central Hipotecario del Perú por el carácter contractual de su ley orgánica, que solamente podía ser modificada con la anuencia del Banco. En los contratos que celebraba el Banco se estipulaba el pago de intereses penales por las cuotas en mora de amortización e intereses, y la tasa de esos intereses penales era superior a la del préstamo. Para salvar tal situación y en vista del acuerdo tomado al efecto por el Banco, se expidió la ley N.º 8537 de 20 de mayo de 1937, en la que, en sustitución del inciso h) del art. 23 de la ley 6126, se dispone que *las cuotas hipotecarias en mora devengarán un interés igual al estipulado para sus préstamos*.

La ley 8372, en cuanto prohíbe con carácter permanente el cobro de intereses penales en los contratos de mutuo e hipotecarios, quedó derogada al entrar en vigencia el Código Civil el 14 de noviembre de 1936. El Código, en el art. 1223, que concuerda con la última parte del art. 1324, restablece, en efecto, el principio de

la autonomía de la voluntad para estipular el importe de los daños y perjuicios que ocasione la demora en obligaciones de pagar cierta suma y en el incumplimiento de cualquier otra obligación. Y como, de otro lado, el art. 1823 deroga todas las leyes civiles que se le opongan, la cuestión no se presta a debate. Pero deberá tenerse presente, en todo caso, el principio suizo-alemán incorporado por el Código en el art. 1227, que faculta al juez para reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Con respecto al Banco Central Hipotecario del Perú, por la misma naturaleza contractual de la ley 8537, hay que entender que subsiste la limitación por ella impuesta en los intereses que devenguen las cuotas en mora.

Aparte, pues, de esta última restricción de carácter especial, no existe hoy más limitación legal sobre la estipulación de intereses en los contratos de mutuo, que las que resultan del art. 19 de la ley de prenda agrícola y de la ley 2760 de cuya aplicación, según sabemos se encuentran excluidas las operaciones bancarias. (158)

Hemos asistido en el Perú a partir del año 1933—conforme puede apreciarse del análisis que antecede—al fenómeno de la desatentada intervención del legislador en favor de los prestatarios, con lo que no se ha hecho sino seguir, por lo demás, la corriente universal. Sin faltar al sentido de esta política de protección al débil, puede ocurrir, por una singular inversión de las cosas, que se llegue a acordar protección a los prestamistas, como sucedió en Francia, cuando se dictaron medidas para defender a los pequeños suscritores de obligaciones lanzadas al público por las grandes sociedades o corporaciones.

CONCLUSION

La tarea que nos habíamos asignado se encuentra así acabada. No creemos necesario agregar el peso de una recapitulación

(158) No parece, sin embargo, que esta situación fuera a mantenerse por mucho tiempo. En la sesión del Senado del 28 de agosto de 1942 se admitió a debate y pasó a Comisión, un proyecto del senador señor Zapata, por el que se dispone la suspensión de las ejecuciones por créditos hipotecarios, aún cuando esté vencido el plazo para la devolución del préstamos, siempre que el obligado al pago no adeude más de tres meses de intereses.

final a este trabajo, ya bastante largo, teniendo en cuenta, sobre todo, que en la Introducción dejamos bosquejado el cuadro de los puntos desenvueltos. Pero permítasenos destacar aquí, a manera de conclusiones, los rasgos más característicos de la capital evolución que se opera en el dominio contractual y cuyos aspectos principales nos hemos esforzado en presentar en los capítulos precedentes.

Todos los sistemas jurídicos se encuentran en esta hora en un período de transición entre la libertad contractual y el contrato dirigido. La doctrina, la jurisprudencia y la legislación se afanan en adaptar el contrato a un mundo social y económicamente desarreglado, y se niegan a admitir que del libre juego del contrato puedan resultar injusticias chocantes. Un régimen de reglamentación y control se sobrepone, así, al de la autonomía de las voluntades individuales, cuya área de acción se reduce progresivamente. El contrato ha cesado de ser libre. Una legislación de excepción, que tiende a hacerse crónica, paraliza las disposiciones del derecho común y modifica sin cesar, al margen de toda preocupación técnica, las condiciones estipuladas por las partes; enerva, cada vez con mayor facilidad, la fuerza obligatoria de los contratos y abate el dogma de los derechos adquiridos y el de la irretroactividad de las leyes. Coetáneamente, el desarrollo de la teoría de la imprevisión y las nuevas concepciones sobre el abuso del derecho, la buena fe y el orden público, agrandan el poder del juez y ponen en sus manos instrumentos capaces de permitirle rescindir, cuando no revisar, los contratos por cambio de circunstancias. De este modo se instaura poco a poco el régimen de la inestabilidad de los contratos. De este modo desaparece paulatinamente el principio de que las convenciones son ley para las partes. Y obedezca el proceso a una idea de justicia, al influjo de las ideas democráticas o a ambas causas a la par, hay en esta progresiva transformación que se opera ante nuestra vista, un fenómeno jurídico de gran magnitud, cuyo curso era interesante seguir. El contrato se desromaniza. El absolutismo de los derechos individuales ha caducado. La vida social y económica contemporánea se rebela contra los conceptos jurídicos basados sobre el individualismo puro, que pretenden encerrarla.

En este conflicto entre el respeto a la palabra empeñada, de un lado, y la equidad de otro, la primera concepción, que triunfó en el Código Napoleón y en las legislaciones del siglo pasado,

pierde terreno y se bate en retirada. En medio de tal situación el contrato se halla amenazado en su existencia misma. Lamentable realidad que no puede verse sin inquietud, porque el contrato es la expresión jurídica de aquella confianza sin la cual no hay sociedad posible. Socialistas como Emmanuel Lévy y Edo. Herriot así lo reconocen. Pero, al propio tiempo, no se puede negar la necesidad de la evolución y de ajustar las concepciones contractuales a las exigencias de la vida y de la realidad. Corresponde a los juristas adaptar la técnica del derecho privado a la evolución de los hechos y buscar soluciones que sin desquiciar las bases fundamentales de la teoría contractual permitan, empero, la penetración de las razones superiores de orden social que informan el movimiento jurídico contemporáneo.

Las codificaciones civiles promulgadas a partir del Código alemán de 1900, así como los más recientes proyectos sobre la materia, se impregnan del espíritu socializador de la época. Nuestro Código de 1936 habría faltado a su destino si, a su vez, no se hubiese hecho eco del nuevo concepto social del derecho. Mas ha sido principalmente por obra de la jurisprudencia y de las leyes especiales que se han dado los pasos más trascendentales en esta transformación. La política intervencionista del Estado en el régimen contractual se define entre nosotros cada vez con más precisión.

De todo esto ha resultado, como no podía dejar de ser, un innegable desarrollo de la teoría contractual. Así aparece del análisis efectuado de la legislación y de la jurisprudencia nacionales y extranjeras. Dejamos admitidos como consecuencias ventajosas, entre otras, las siguientes: la aparición de nuevas formas contractuales; la extensión de la esfera de influencia de los contratos; el desarrollo de su contenido obligatorio; la *standarización* del contrato, factor de comodidad y de rapidez; las medidas destinadas a proteger al débil frente al fuerte en el curso de los tratos preliminares, y a corregir los efectos del cambio de circunstancias; y, en fin, la importancia adquirida por la regla moral.

Como contrapartida de los anteriores resultados favorables hemos anotado el aumento de las medidas de fiscalización y control, que coactan el comercio jurídico con una constante multiplicación de las trabas y formalidades para contratar, y que reducen y constriñen el campo de acción de la libertad individual. Asimismo

mo hemos hecho presente el riesgo que significan las intervenciones del juez y del legislador cuando relajan el vínculo obligatorio, cuando destruyen el equilibrio establecido por las partes, cuando modifican la duración del contrato y cuando afectan, en suma, las situaciones adquiridas y suspenden las reglas del derecho común.

El problema frente a tantos intereses encontrados, frente a esta propensión cierta en favor de la intervención y del *dirigismo*, reside en conciliar las exigencias opuestas de la equidad y de la seguridad. La sensibilidad de las sociedades contemporáneas se niega a aceptar que el juego mecánico del contrato cause una iniquidad. Reconocemos el peligro de dejarse llevar por este punto de vista, pero no cabe negar el contenido de verdad que encierra. Nadie que atienda a las realidades del orden y la paz social puede condenar a priori el principio del intervencionismo legal y judicial; mas han de buscar medios técnicos y jurídicos para que el dirigismo no sea un factor de inseguridad y desigualdad, que arruine la confianza en la ley y en el contrato, bases indispensables de la convivencia en las sociedades civilizadas.

Creemos posible encontrar esa conciliación de la autonomía de la voluntad con el respeto de la justicia superior. Los códigos contemporáneos intentan realizarla, sin abandonar los moldes tradicionales del contrato, mediante la ampliación del arbitrio judicial y dotando al juez de fórmulas como las del abuso del derecho, la buena fé, la lesión, destinadas a corregir el rigor del derecho contractual y susceptibles, por lo mismo, de ser desenvueltas para poner el derecho al servicio de la equidad.

Muy delicada misión le depara al juez el sentido de este proceso. Hemos visto como algunas jurisprudencias, desde el ángulo de esas grandes nociones directrices, han intervenido para suspender la ejecución de los contratos, para dispensar a una de las partes y, lo que es más grave, para modificar o revisar las modalidades mismas del contrato. Son las jurisprudencias revisionistas. Nuestro régimen civil, al condenar el abuso del derecho en el art. II del Tit. Preliminar y al prescribir la ejecución de los contratos de buena fe, le ha abierto el camino al juez peruano para que ejercite una política intervencionista.

Al juez, "legislador de los casos particulares", corresponde primeramente intervenir, en la medida en que los textos se lo permitan, pues esa intervención comportará la mayor parte de las veces una delicada búsqueda de intenciones, de posibilidades indivi-

duales. La doctrina debe elaborar nuevos conceptos, amplios y flexibles, destinados a orientar a la jurisprudencia. Comprendemos que la nueva misión asignada a los jueces puede estar, en muchos casos, por encima de las posibilidades de la magistratura del país; pero cabe esperar progreso en ese sentido—como en todos los demás órdenes de cosas—y que la función orientadora de nuestro más alto Tribunal permita a los jueces hacer obra progresiva utilizando, sin arbitrariedades, los instrumentos que el nuevo derecho pone en sus manos.

El legislador ve desde arriba; estatuye de una manera general, y no da decisiones matizadas. Por lo mismo, no deberá ser sino cuando existan motivos imperiosos que se impongan a todo el mundo, cuando la jurisprudencia juzgue las textos insuficientes para resolver las situaciones que se le presenten, que el legislador deberá intervenir para suspender o modificar las convenciones de las partes. La intervención que no responda a estas directivas determinará siempre perturbación en las conciencias e inseguridad en los negocios y constituirá una especie de prima a la imprevisión, a la vez que una causa de debilitamiento de la saludable noción de responsabilidad.

La legislación de excepción, reducida al mínimum en los contratos de interés social que de veras la exigen, procurará siempre evitar esa inflación intervencionista que amenaza con destruir los códigos civiles y que se hizo particularmente notable en los países cuyos tribunales se empeñaron más celosamente en mantener intangible la regla *pacta sunt servanda*.

Las intervenciones dirigidas a rescindir o modificar los contratos no pueden encontrar justificación, por eso, sino bajo ciertas condiciones: cuando exista un conjunto de circunstancias bajo las cuales el mantenimiento de determinados contratos que no son de mera especulación, sería capaz de afectar el orden público, la paz social o, por lo menos, una utilidad económica cierta. Una intervención judicial o legislativa que estuviera inspirada por estas normas, haría posible armonizar los contratos con las necesidades de la justicia sin desquiciar los fundamentos mismos de la teoría de los contratos. De otro modo, hallaría justificación la tremenda invectiva contenida en la célebre frase de Laurent: "¡Dios nos preserve de la equidad de nuestros Parlamentos!"

Sería de desear también una reforma en el método de preparación de las leyes. Los textos que se elaboran sin la colabora-

ción de juristas y magistrados, resultan a menudo incoherentes y contradictorios, evidente factor de anarquía jurídica. Ningún *mínimum* de firmas requiere nuestra Constitución para la presentación de proyectos. Cualquier representante—así se trate de un empírico o de un demagogo—puede ocupar a todo el Parlamento con un proyecto, por extravagante que sea, y sembrar la alarma y la desconfianza.

La observación de los hechos demuestra, pues, que se encuentra en gestación un orden jurídico muy diferente no solo del que nos legaron los romanos, sino del salido de la revolución francesa. Nosotros no podríamos pedirle al derecho romano la solución de los graves problemas planteados por las inquietudes sociales y la inestabilidad económica de nuestro tiempo. La contradicción que el sentido de la legislación contemporánea aporta al espíritu del derecho romano, en lo que se refiere a los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato, obedeciendo a las necesidades de la realidad y a las bien conocidas exigencias de la justicia y la equidad, es un hecho histórico de altísima importancia.

Nos ha tocado vivir una de las etapas más dramáticas y decisivas de la historia de humanidad. Las transformaciones de toda clase que seguramente proyectará la actual conflagración mundial, fragua de las próximas formas sociales y económicas, harán imperiosa una revisión de los conceptos jurídicos tradicionales, para adaptarlos a las nuevas situaciones. Mientras tanto, toca a los juristas seguir de cerca la evolución que ya se viene operando en esos conceptos y estar atentos, a fin de preparar las fórmulas destinadas a hacer penetrar técnicamente, en el derecho de los contratos, las exigencias de la realidad y de la vida.

ENRIQUE GARCÍA SAYÁN.

BIBLIOGRAFIA

- Arnholm M.**—La révision des contrats par le juge en Norvège.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Auvernay - Bennetot J.**—La théorie de l'imprévision.—Paris 1938.
- Baudry - Lacantinerie et Barde.**—Traité de Droit Civil.—Paris 1905.
- Bibiloni Juan A.**—El abuso del derecho.—Rvta. de Derecho Civil, T. I, N.º 1.—Bs. Aires.
- Blagoyevitch Vidan O.**—La révision des contrats par le juge en Yougoslavie.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Busso Edo. B.**—A propósito del abuso del derecho.—Rvta. de Derecho Civil, T. I, N.º 1.—Bs. Aires.
- Campion L.**—La théorie de l'abus des droits.—Paris 1925.
- Capitant Henri.**—La régime de la violation des contrats.—Dalloz-Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, 4 janvier 1934.
- Préface au Code des Obligations de la République de Pologne.—Paris 1935.
- Cardini Eugenio O.**—La teoría de la imprevisión.—Bs. Aires 1937.
- Colmo Alfredo.**—La reforma del Código Civil Argentino.—Rvta. de Derecho Civil, T. I, N.º 1.—Bs. Aires.
- Cornejo A. Gustavo.**—Código Civil - Exposición sistemática y comentario.—T. II Derecho de Obligaciones, vols. I y II.—Lima 1938-39.
- Cosentini Fco.**—La reforma de la legislación civil y el proletariado.—Madrid 1921.
- Demogue René.**—Traité des obligations en général.—T. VI.—Paris 1931.
- Demitresco Gr.**—La crise juridique du crédit.—Bull.—Trim. de la Société de Législation Comparée.—Juillet-Septembre 1936.
- Duguit León.**—Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon.—Paris 1920.
- Ennecerus-Kipp-Wolff.**—Tratado de Derecho Civil, T. II; Derecho de Obligaciones, vols. 1º y 2º.—Barcelona 1933-35.
- Fyot.**—Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision.—Dijon 1921.
- Gény Francois.**—Méthode d'interpretation et sources un droit privé positif.—Paris 1919.
- La validité juridique de la cause payable en or.—Paris 1926.
- Gaunot Emmanuel.**—Le principe de l'autonomie de la volonté.—Dijon 1912.
- Gutteridge M.**—La révision des contrats par le juge en droit anglais.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Jenks Edward.**—El Derecho Inglés.—Madrid 1930.
- Jenks-Lee.**—Digest of English Civil Law.—London, Butterworth ed.

- Jonasco Trajan R.**—La volonté dans la formation des contrats.—Recueil d'études sur les sources du droit.—T. II.—Paris 1934.
- Josserand Louis.**—Le contrat dirigé.—Dalloz-Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence.—2 nov. 1933.
- L'essor moderne du concept contractuel.—Recueil d'études sur les sources du droit.—T. II.—Paris 1934.
- Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats.—Rev. Trim. de Droit Civil.—Janvier-Mars 1937.
- Un ordre juridique nouveau.—Dalloz-Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence.—10 juin 1937.
- Cours de Droit Civil Positif Français.—T. II, Théorie générale des obligations.—Paris 1939.
- Lafaille Hector.**—Curso de contratos.—T. I.—Bs. Aires 1927.
- Lagrange Gaudin de.**—La crise du contrat et le rôle du juge.—Grenoble 1935.
- Lavalle Juan B. de.**—El Código Civil de 1936 y la función judicial.—Discurso.—La Rvta. del Foro, T. XXV, Lima 1938.
- Longchamps de Bérrier R.**—La révision des contrats par le juge dans le Droit.—Paris 1937.
- Le nouveau code polonais des obligations.—Bull. de la Société de Législation Comparée.—Paris 1935.
- León Barandiarán J.**—Comentarios al Código Civil peruano.—Derecho de Obligaciones.—Lima, T. I 1938 y T. II 1939.
- Lévy-Ulmann H.**—L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais.—Paris 1922.
- Madray Gilbert.**—Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis.—Paris 1936.
- Martin Germain.**—Le chaos monétaire international.—Annales de la Société d'Economie Politique.—Mai. 1939.
- Montel Alberto.**—La révision des contrats par le juge en Italie.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Morin Gaston.**—La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté.—Paris 1927.
- Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts.—Rev. Trim. de Droit Civil, Juillet-Septembre 1927.
- Morixe Horacio.**—Evolución histórica del principio de la lesión.—Rvta. de Derecho Civil T. I, N.º 1.—Bs. Aires.
- Palmade Maurice.**—La notion de l'imprévision dans les règlements financiers internationaux.—Rev. Politique et Parlementaire.—Oct.-Dec. 1933.
- Patterson Edwin W.**—Judicial Freedom of implying conditions (Columbia University, New York).—Recueil d'études sur les sources du droit.—Paris 1934.
- Perreau E. H.**—Une évolution vers un statut légal des contrats.—Recueil d'études sur les sources du droit.—Paris 1934.
- Planiol et Ripet.**—Traité pratique de droit civil français.—T. VI, VII, X y XI.

- Ripert George.**—Le régime morale dans les obligations civiles.—Paris 1927.
 —Le régime démocratique et le droit civil moderne.—Paris 1936.
 —L'ordre économique et la liberté contractuelle.—Réueil d'études sur les sources du droit.—T. II, Paris 1934.
 —Le droit de ne pas payer ses dettes.—Dalloz-Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence.—8 oct. 1936.
- Riva Agüero J. de la.**—Memoria.—La Rvta. del Foro.—Lima 1937.
- Roussel Gaston.**—Le contrat.—De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution.—Paris 1937.
- Salle de la Marnière.**—L'évolution technique du contrat.—Paris 1930.
- Saravia Manuel.**—Crisis del principio de la libertad de contratar.—Rvta. de Derecho Civil.—T. I.—Bs. Aires.
- Savatier René.**—Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats.—Rev. Trim. de Droit Civil.—Juillet-Septembre 1934.
- Szladits.**—Les tendances modernes du droit des obligations.—Bull. Trim. de la Société de Législation Comparée.—Avril-Juin 1937.
- Schoo Alberto D.**—La cláusula oro.—Bs. Aires 1937.
- Simonius A.**—La révision des contrats en Suisse.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Stoicesco M.**—Les mesures prises en faveur des débiteurs pour l'exécution de leurs obligations a la suite de la crise économique.—Bull. de la Société de Législation Comparée.—Janvier-Mars 1938.
- Cugiyama Naojiro.**—La révision des contrats par le juge en droit japonais.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Thedy Horacio R.**—A propósito del arbitrio judicial.—Rvta. de Derecho Civil, T. I, N° 1.—Bs. Aires.
- Toulemon André.**—La mépris des contrats et la crise.—Paris 1937.
- Volkmar M.**—La révision des contrats par le juge en Allemagne.—Travaux de la Semaine Internationale de Droit.—Paris 1937.
- Williston Samuel.**—On contracts.—New. York 1936.
- Zaki.**—L'imprévision en droit anglais.—Paris 1930.

Códigos civiles de Alemania, Argentina, Francia, Italia, Polonia, Suiza; proyectos franco-italiano y argentino. — Colecciones de Anales Judiciales y de la Revista de los Tribunales.