

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA INFLACIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN LOS CONTRATOS. ALGUNAS NOCIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

LIC. ROY SANTANA OTT

	Pág.
Introducción	50
A. La cláusula de intereses.	54
B. La cláusula mercancía y valor mercancía.	58
C. La cláusula oro y valor oro.	60
D. La cláusula moneda extranjera y valor moneda extranjera.	63
E. Las cláusulas índice o de escala móvil.	68
F. La cláusula de revisión y la cláusula de variación mínima.	72
G. A modo de conclusión.	73

INTRODUCCIÓN

No en todos los contratos coincide la generación, perfección y consumación del mismo, pues según las circunstancias y el tipo de contrato del que se trate, pueden emplear distinto tiempo. Es el tiempo, entre otros, el que introduce el factor riesgo dentro de los contratos. Bien decía Spengler *"la vida es un peligro"*.¹ En este sentido, Dualde afirma que en el caso específico de los contratos, el problema *"estriba en que hay una cosa que no se mueve: el contrato y otra en la que se producen inesperadas mudanzas: la vida; y en que esas dos cosas deben ir acordes"*.²

El fenómeno económico de la inflación inserta en las obligaciones dinerarias sucesivas, a tracto y a plazo un cierto carácter aleatorio, pues nadie puede saber con certeza cuál será el valor real de los mismos en el momento de su consumación. Sin embargo, si bien no existe certeza en el acontecer futuro, sí existe una noción de la forma en la que éste se producirá. Las personas siempre forman, de una u otra forma, expectativas acerca del futuro.

El problema de la inflación ha cobrado recientemente mucha importancia en el análisis jurídico, y se ha tratado de solucionar desde un punto legal, judicial y convencional. El problema adquiere especial relevancia cuando el deudor de uno de estos tipos de obligaciones entra en mora, por lo que se produce un daño aún mayor al acreedor.³ No obstante, y sin restar importancia a estos otros temas, este artículo analiza exclusivamente el aspecto convencional preventivo del problema.

A través del tiempo, y conforme se generaliza la información acerca de la inflación, los agentes económicos han buscado mecanismos con los cuales preservar el valor real de sus obligaciones. *"Mediante el pacto de flexibilidad a las circunstancias, el contrato deja de ser una cristalización, una forma rígida, para convertirse en un mecanismo sensible a la temperatura económica"*.⁴ Es más, se ha afirmado que el legislador debe, evitando en lo posible las intervenciones directas en el contrato, favorecer su flexibilidad en un medio monetario móvil.⁵ Dichos mecanismos de flexibilización se conocen como las cláusulas de estabilización, y obedecen a lo que podríamos llamar un *valorismo convencional*.⁶

En términos generales, Gurfinkel de Wendy define a las cláusulas de estabilización como *"una fórmula convencional, que inserta en un contrato conmutativo, tienden a acentuar tal carácter, y proteger a las partes de un proceso inflacionario que es por ellas conocido y cuyas consecuencias jurídicas dañosas desde el punto de vista patrimonial no encuentran solución por vía legal ni jurisprudencial"*.⁷ Igualmente, se pueden definir como las cláusulas que *"las partes, al contratar, previendo el riesgo de una posible desvalorización monetaria, determinan el precio o contenido de la prestación pecuniaria, no mediante la determinación de una cifra fija, sino en función de un coeficiente que se aplica a una unidad de valor distinta del dinero propiamente dicho"* (sic).⁸ Es decir, ante el conocimiento de las partes de que

1. SPENGLER, citado por DUALDE GÓMEZ (J.), *Cláusula "pago en oro"*, en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXI, No. 358, enero de 1947, p. 2.

2. DUALDE GÓMEZ (J.), *ibidem*.

3. En este sentido, ver CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op. cit.*, p. 153; y GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op. cit.*, p. 40.

4. DUALDE GÓMEZ (J.), *op. cit.*, p. 3.

5. TRABOT, *La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé*, en *Mélanges Ripert*, París, 1950, tomo II, p. 178, citado por DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *Cláusulas de escala móvil*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXIX, enero a diciembre, 1955, p. 963.

6. En este sentido, ver CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op. cit.*, p. 43.

7. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *Depreciación monetaria. Revaluación de deudas monetarias*, Segunda Edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 159.

8. DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *Cláusulas de escala móvil*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXIX, enero a diciembre, 1955, p. 964.

un proceso aleatorio ajeno a ellos puede volver inciertas sus prestaciones, éstas optan por mecanismos que mantengan poco más o menos constante su valor real.

Las cláusulas de estabilización encuentran su fundamento en el principio de la *autonomía de la voluntad*,⁹ según el cual los particulares pueden hacer cualquier cosa que no les esté expresamente prohibida, siempre y cuando no vaya en contra de la ley, de la moral ni del orden público. Dejando de lado el análisis de dicho principio, basta con decir para nuestros propósitos que éste faculta a los contratantes a incluir cláusulas que ajusten los contratos a sus intereses. Bien dice Hirschberg que *"cuando en épocas de depreciación monetaria no se brinda una solución de carácter general, la libertad contractual, en lo referente a cláusulas de valor, puede ser muy beneficiosa e importante, especialmente si el nominalismo rige en forma absoluta"*.¹⁰

En otro sentido, cierta parte de la doctrina afirma que las cláusulas de ajuste implican una derogación expresa del principio nominalista, ya que las partes no pagarán con el valor nominal impreso en el signo monetario nacional.¹¹ Sin embargo, dicha afirmación no parece ser correcta. El deudor sí pagará en el valor nominal impreso en el signo monetario cumpliendo con el principio de identidad del pago. Lo que ocurre es que los contratantes idearon mecanismos que, tomando en cuenta el proceso inflacionario al que se enfrentan, actualiza el valor real de dicha obligación.

Tiene razón Ascarelli al afirmar que *"en la obligación pura y simple de dinero, el objeto se*

vincula con la unidad monetaria nacional y corre la misma suerte que ésta; la cláusula de estabilización no implica cambiar el objeto, ni siquiera la forma de pago, que podrá hacerse en moneda del Estado que tenga curso legal; en consecuencia, la naturaleza jurídica de la deuda de dinero no cambia".¹² De tal suerte, aceptado el principio nominalista y en ausencia de normas generales al respecto, creemos que se debe aceptar el principio liberal de *iura sunt vigilantibus*: el derecho protege a los que están prevenidos.¹³ Contrario sensu, parece viable que el Derecho deba proteger a aquellos individuos que, conscientes de que la inflación afectaría a las obligaciones que contraían, no tomaron ninguna previsión al respecto. Ripert y Roca Sastre afirmaban que *"contratar es prever"*.¹⁴

La doctrina, principalmente la francesa, ha diferenciado dos grandes tipos de mecanismos de estabilización en los contratos. Por un lado se encuentran las llamadas *cláusulas de estabilización monetaria*, las cuales son todas aquellas que excluyen como medio de pago la moneda dotada de curso legal o forzoso, en favor de metales preciosos u otra moneda extranjera.¹⁵ Dentro de este tipo de cláusulas se ubicaban la cláusula oro y valor oro, junto con las cláusulas moneda extranjera y valor moneda extranjera. Fue tendencia común prohibirlas, especialmente en Europa,¹⁶ pues se consideraba que atentaban contra el orden público, justificación que tendía más a lo nacionalista que a lo racional. De tal suerte, la "blasfemia al signo monetario nacional", la desconfianza en la estabilidad y el interés nacional eran los argu-

9. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 48.

10. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op.cit.*, p. 85.

11. En este sentido, ver GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.* p. 160; y LORÍA COTO (Douglas), *Aportes al estudio de la corrección monetaria en el Derecho Laboral*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991, p. 88.

12. ASCARELLI, citado por GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.* p. 161.

13. Para una opinión en contrario ver HATTENHAUER (Hans), *op.cit.*, p. 88.

14. RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, Edit. Librairie générale, p. 155; y ROCA SASTRE (Ramón), *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Obligaciones y Contratos, p. 251, citados por CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op.cit.*, p. 105.

15. En este sentido, ver DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 964.

16. Ver CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op.cit.*, p. 44.

mentos que se solían esgrimir en defensa de la prohibición de este tipo de cláusulas.¹⁷ Ripert y Boulanger argumentaban que *"tales cláusulas deben ser condenadas como ilícitas por razón de su causa (causa final), pues acusan una desconfianza hacia la moneda nacional como instrumento monetario, y por ello tiende a deteriorar el valor de esa moneda... las cláusulas contribuyen a su caída haciendo aparecer muy claramente la crisis de confianza y como el valor cancelatorio de la moneda hace al orden público, la finalidad perseguida por los contratantes contraviene ese mismo orden público"*.¹⁸

El argumento de la blasfemia al signo monetario nacional y de la desconfianza en la estabilidad nacional no resisten el análisis. La desconfianza de los particulares se funda en hechos, y no puede el Estado obligar a los acreedores a empobrecerse, y menos aún cuando ese signo monetario nacional no ha probado brindar las condiciones de estabilidad necesarias para una adecuada contratación. De hecho, la inflación es un hecho tan notorio que ni siquiera requiere prueba de su existencia,¹⁹ sino tan sólo de su cuántum.

Se debe recordar que el Estado es uno de los mayores beneficiados con la inflación debido a lo que en economía se suele denominar como el impuesto inflacionario. Así, contrario a la opinión de Ripert y Boulanger, creemos con Busso que este tipo de cláusulas no tienen como fin el provocar el deterioro de la moneda legal, lo cual sí podría eventualmente constituirse como una causa final ilícita. En su lugar,

estas cláusulas tienen como causa final el preservar a las partes de las nocivas consecuencias patrimoniales que el fenómeno inflacionario, ajeno a su voluntad, produce.²⁰

El principal argumento en contra de este tipo de cláusulas se fundó en el Orden Público. En Francia ya se utilizaba este argumento desde el siglo XIX, y en Estados Unidos una resolución conjunta del Congreso del 5 de junio de 1933 abolió las cláusulas referidas al oro por oponerse a la política pública.²¹ Igualmente, en Argentina se dieron dos fallos de la Corte Suprema que se pronunciaron contra la validez de estas cláusulas.²² El argumento consiste en decir que, constituyendo la depreciación monetaria una calamidad nacional, debe ser ésta soportada por todos los ciudadanos, sin que se pueda permitir ninguna tentativa individualista de sustraerse de dicho fenómeno.²³ Demogue afirmaba que *"une monnaie est une sorte de drapeau national"*.²⁴

Sin embargo, el orden público no sirve como argumento invalidante de este tipo de cláusulas, pues éste se encuentra por debajo de los principios constitucionales del derecho a la propiedad y de la libertad de empresa. Así, *"el aspecto primordialmente patrimonial en juego en las obligaciones puramente pecuniarias, brindan amplio campo de acción, en principio, a la autonomía de la voluntad. Se trata de derechos 'disponibles' de los particulares"*.²⁵ Sería absurdo pretender que existe un deber ciudadano de los acreedores de soportar esa clase

17. Para una descripción geográfica de la aplicación de dichas prohibiciones, ver DUALDE GÓMEZ (J.), *op. cit.*, pp. 4-5; DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op. cit.*, p. 965.

18. RIPERT y BOULANGER, *Traité de droit civil*, París, Tomo II, p. 578, citado por DE GASPERI (Luis), *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Obligaciones en General, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, p. 618.

19. CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op. cit.*, p. 248.

20. BUSSO, *Código Civil Anotado*, Tomo IV, p. 238, citado por DE GASPERI (Luis), *op. cit.*, p. 619.

21. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXIV, marzo, 1980, p. 274.

22. RIVERA (Julio César), *op. cit.*, p. 88.

23. En este sentido ver DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op. cit.*, p. 973; ROCA SASTRE (Ramón), *Eficacia de la cláusula valor oro*, en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXIV, No. 394, enero, 1950, p. 6; y RIVERA (Julio César), *op. cit.*, p. 100.

24. "Una moneda es una especie de bandera nacional". DEMOGUE, en *Journal des Notaires*, 1923, p. 101, citado por ROCA SASTRE (Ramón), *op. cit.*, p. 19.

25. CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op. cit.*, p. 45.

de riesgo como si se tratara de un servicio militar obligatorio o el pago de impuestos.²⁶

No se ve cómo su prohibición hace que todos los individuos soporten la depreciación monetaria en forma igual. Al prohibirlas se crea una desigualdad a favor de los deudores en perjuicio de los acreedores. Es más, no resulta extraño que el propio Gobierno se valga de este tipo de cláusulas en sus relaciones contractuales.²⁷ Así, *"cuando la depreciación monetaria es tan notoria, sentida y reconocida que hasta llega a confesarla el Estado, es algo ingenuo hablar de aquel deber ciudadano o patriótico de tener confianza en la moneda nacional, el cual, en definitiva, entrañaría el deber de disimular con falso optimismo una realidad que afecta a todos e incluso obligaría a no aumentar el precio de las cosas"*.²⁸

Por el otro lado se tienen las llamadas cláusulas de estabilización económica, las cuales se suelen definir como aquel tipo de cláusulas donde *"se escoge el valor de una determinada mercancía como referencia para la actualización o reajuste de un determinado crédito"*.²⁹ Dentro de este tipo de cláusulas de estabilización se suele ubicar a la cláusula mercancía y valor mercancía, junto con las cláusulas indexatorias o de escala móvil. A diferencia de las monetarias, la validez de las cláusulas de estabilización económica fue comúnmente aceptada, con ciertas excepciones como la Alemania Occidental ocupada luego de la Segunda Guerra Mundial, y una cierta resistencia que experimentaran en Francia.

Lo anterior produce una situación contradictoria en los ordenamientos donde están pro-

hibidas las cláusulas de estabilización monetaria, *"ya que es lícito luchar contra las fluctuaciones económicas pero es ilícito luchar contra las fluctuaciones monetarias"*.³⁰ Aceptar lo anterior implica olvidar que las variaciones monetarias no hacen más que reflejar las fluctuaciones económicas que ocurren en un determinado país. Quiere ello decir que ambos tipos son sustancialmente idénticos.³¹ Por tanto, creemos con Baudrit, que dicha clasificación no tiene razón de ser.

El mayor aporte de esta discusión ha sido dejar claro que el legislador no puede, ni debe, limitar a los agentes económicos en su intención de mantener un valor real en sus obligaciones. Creemos con Hirschberg que *"el principio de la libertad de contratación deberá mantenerse. Las partes tienen derecho a asignar el riesgo de las fluctuaciones del valor del dinero según lo estimen conveniente"*.³²

Para concluir, se debe aclarar que la mayoría de las cláusulas de estabilización determinan obligaciones que no poseen un pago determinado, pero sí determinable; y son los diferentes mecanismos de cuantificación de ese futuro pago, así como el momento en el que se fijen, los que generan diferentes cláusulas de estabilización.

Dado que no interesa para los efectos de este trabajo las distintas maneras en las que las cláusulas de estabilización se puedan clasificar, se ha optado por presentarlas sin agruparlas dentro de ninguna clasificación en particular, nombrando las más conocidas dentro de los contratos de libre discusión.³³ Por tanto, se presentan dichas cláusulas desde un pun-

26. ROCA SASTRE (Ramón), *op.cit.*, p. 6.

27. Para un estudio pormenorizado de las aplicaciones por parte del Gobierno de las cláusulas de estabilización, ver BARBRA (Sebastián), *Reajustabilidad General de las Obligaciones*, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen V, No. 1-6, 1978, pp. 80-112; y CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op.cit.*, p. 95.

28. ROCA SASTRE (Ramón), *op.cit.*, p. 19.

29. GODÍNEZ VARGAS (Alexánder), *Contribución al estudio de la indexación y de los mecanismos de reajuste en Costa Rica: la tasa de interés*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988, p. 204.

30. BAUDRIT CARRILLO (Diego), *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*, Segunda Edición, San José, Editorial Juricentro, 1990, p. 116.

31. DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 969.

32. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor*, *op.cit.*, p. 276.

33. Para ver distintas formas de clasificar las cláusulas de estabilización, ver GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *Efectos de la inflación en los contratos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 57; y DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 965.

to de vista jurídico, explicando posteriormente las implicaciones económico-patrimoniales que

para los contratantes podrían conllevar su adopción.

A. LA CLÁUSULA DE INTERESES

La cláusula de intereses no es una de reajuste, pues reajustar implica variar en un momento posterior lo inicialmente dado. Sin embargo, sí funciona en la práctica como una cláusula de estabilización, pues puede servir para que las partes eviten los efectos dañinos que produce la inflación en las obligaciones.³⁴

El primer paso en el análisis de la cláusula de interés consiste en dejar claro qué se entiende por ellos. En el idioma español se diferencian al menos cuatro distintas acepciones del término,³⁵ importando únicamente para nuestros efectos la económica sobre la cual se basan las teorías jurídicas.

Tradicionalmente, en las ciencias jurídicas se suelen dar dos tipos de definición de interés. La primera de ellas se fundamenta en el concepto del dinero, de tal forma que por intereses se entiende *"la remuneración que el acreedor puede exigir por privarse de la suma de dinero que se le adeuda, siempre y cuando que esta remuneración se ajuste a la cuantía de la suma adeudada y a la duración de la deuda"*.³⁶ Igualmente, Pérez y Alguer definen a los intereses como *"el rédito que produce el dinero, en relación con la cantidad a que asciende y al tiempo que se desplaza de la utilización de su titular"*.³⁷

En este mismo sentido, Alterini lo define como los *"aumentos que las deudas pecuniaras devengan en forma paulatina, durante un tiempo dado, sea por el precio por el uso de un dinero ajeno, o como indemnización por un retardo en el cumplimiento de una obligación dineraria."* (El subrayado no corresponde al original). En el mismo sentido, Rojas Chan y Godínez Vargas definen a la tasa de interés como el *"precio que se paga por el uso del dinero"*.³⁸ La utilización del término precio dentro de este tipo de definiciones ha causado una cierta controversia, pues un cierto sector de la doctrina considera que esta es una figura propia de la compraventa.³⁹ Como se analizará posteriormente, no creemos que dicha crítica sea acertada, pues ignora la polisemia de ciertos términos.

El segundo tipo de definición jurídica de interés prescinde del concepto del dinero, buscando una definición más amplia que abarque a todos los bienes fungibles. Así, esta posición define a los intereses como la *"cantidad de cosas fungibles, que pueden exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo"*.⁴⁰ (El subrayado no correspon-

34. En Argentina, uno de los medios judiciales para paliar los efectos de la inflación fue el aumentar las tasas de interés moratorio, llegando a veces a otorgar tasas de hasta el 500%. En este sentido ver CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op.cit.*, p. 265.

35. En este sentido, ver GOLDSTEIN (Mateo), *Intereses*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Driskill, T. XVI, 1980, p. 403, citado por ROJAS ALVARADO (Jonhathan), *La cláusula de interés variable*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990, p. 2.

36. VON THUR (Andreas), *Tratado de las Obligaciones*, Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 46.

37. PÉREZ y ALGUER, en ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de las Obligaciones*, Segunda Edición, Barcelona, 1954, volumen I, p. 56; citado por DE GASPERI (Luis), *op.cit.*, p. 628.

38. ROJAS CHAN (Anayansy) y GODÍNEZ VARGAS (Alexánder), *Aspectos jurídicos económicos de la cláusula de interés variable*, en *Iustitia*, Año 4, No. 45, setiembre, 1990, p. 14.

39. En este sentido, ver ROJAS ALVARADO (Jonhathan), *op.cit.*, p. 4.

40. ENNECCERUS (Ludwig), *Derecho de Obligaciones*, 2da. edición, Barcelona, Editorial Bosch, Vol. 1, 1954, p. 52.

de al original). Siendo que el dinero es un bien fungible, tenemos que el primer tipo de definiciones está comprendido dentro del segundo.

Por su parte, la microeconomía analiza a los intereses como "*una especie de precio con relación al tiempo*,"⁴¹ o "*el precio de la preferencia por el tiempo*".⁴² Los intereses constituyen la piedra angular sobre la cual se desarrolla el análisis de las decisiones de consumo intertemporal. Al igual que el segundo tipo de definiciones jurídicas que se analizaban, se prescinde del concepto de dinero en su definición. En este sentido, se define a la tasa de interés como "*la tasa de intercambio entre bienes de hoy por bienes en el futuro*".⁴³ Sin embargo, debido a las funciones del dinero que ya se discutieran (especialmente la de servir como unidad de cuenta), es común que el análisis se simplifique para ver la tasa de interés como el precio del dinero.⁴⁴ En este sentido, el término precio simplemente denota una razón de intercambio, y no hace alusión al término jurídico utilizado en la compraventa. Para la economía, los precios no son más que el valor de los bienes en términos de dinero, y puesto que el dinero también es un bien, debe tener un precio.⁴⁵

La tasa de interés consiste en una especie de premio futuro que obtienen los agentes económicos al privarse del consumo presente, de tal forma que otro agente adquiera ese consumo presente. Visto al contrario, si alguien quiere consumir hoy más de lo que su restricción presupuestaria le permite, debe estar dispuesto a sacrificar su consumo futuro pagando hoy un sobreprecio. De esta manera, y con las limitaciones supracitadas, el tipo de interés mide el costo de oportunidad de mantener dinero en efectivo, en vez de adquirir valores mobiliarios remunerados.⁴⁶

La tasa de interés determina, junto con la utilidad del consumo intertemporal y la restricción presupuestaria, si los agentes económicos se convierten en deudores o en acreedores netos. Esto quiere decir que dada una restricción temporal y el conjunto de preferencias del consumidor, con altas tasas de interés es de esperar que los agentes racionales tiendan a convertirse en acreedores netos, prefiriendo posponer su consumo hoy para obtener un mayor consumo mañana. Por otra parte, si las tasas de interés son bajas, los agentes no tienen un incentivo a posponer su consumo, por lo que preferirán consumir hoy y no mañana.

Es precisamente la interacción de la oferta y la demanda de consumo futuro y presente la que determina, principalmente, la tasa de interés. Debido a que el análisis se suele reducir a la tasa de interés como el precio del dinero, vemos que el mercado del que estamos hablando es del mercado del dinero: de la interacción de la oferta y demanda fondos prestables. En general, cuando la gente comienza a ahorrar más de lo normal se da un exceso de oferta en el mercado intertemporal, por lo que las tasas de interés tenderán a la baja. Igualmente, si de repente las personas quieren consumir ahora y no mañana, es de esperar que se presente un exceso de demanda por los recursos presentes, por lo que habrá una presión al alza en las tasas de interés.

Influyen también en la determinación de la tasa de interés el riesgo y el tiempo. Con respecto al primero, se tiene que existen muchos riesgos al prestar dinero, entre los que sobresale el riesgo de incumplimiento. Si existe una alta probabilidad de que el deudor pague sin problemas, la tasa de interés que se le cobre será siempre menor que la de un deudor cuyas

41. HIRSHLEIFER (Jack) y GLAZER (Amihai), *op.cit.*, p. 452.

42. MILLER (Roger Leroy) y MEINERS (Roger E.), *op.cit.*, p. 199.

43. MILLER (Roger Leroy) y MEINERS (Roger E.), *op.cit.*, p. 219.

44. En este sentido, ver KRUGMAN (Paul R.) y OBSTELD (Maurice), *Economía Internacional: Teoría y Política*, Segunda Edición, Madrid, Editorial McGraw Hill Interamericana de España S.A., 1994, p. 379.

45. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op.cit.*, p. 222.

46. KRUGMAN (Paul R.) y OBSTELD (Maurice), *op.cit.*, p. 408.

probabilidades de pago sean bajas.⁴⁷ El tiempo, por su parte, afecta en parte debido al riesgo que implican los largos plazos, y en segundo término porque el costo de oportunidad implícito en la privación del consumo es mayor. Por tanto, a mayor sea el plazo, mayor deberá ser la tasa de interés.

Otros factores que se suelen citar como determinantes de la tasa de interés son la preferencia en el tiempo, la dotación en el tiempo, la productividad en el tiempo y el grado de aislamiento.⁴⁸

La tasa de interés de la que hemos venido hablando hasta el momento es la llamada en las ciencias jurídicas como tasa de interés *puro* o *neto*, denominada a su vez en las ciencias económicas como *tasa de interés real*. Y es que se debe diferenciar ésta de la llamada tasa de interés nominal o aparente, que es la tasa de rentabilidad expresada en términos monetarios.⁴⁹ Veamos un ejemplo. Si Juan presta a José 100 colones al 15% anual, luego de un año José deberá satisfacer su obligación pagando 115 colones. En un mundo sin inflación, eso querría decir que la tasa pura o real de interés es, precisamente 15%. Pero, si la inflación alcanzó en ese mismo período un 14%, a pesar de que nominalmente José esté pagando un 15% más de lo que le prestaron, en términos reales solamente está pagando un 1% de tasa de interés real.

Esto quiere decir que en un mundo inflacionario las tasas de interés nominales siempre serán más altas que las tasas de interés reales, pues deben cubrir en parte el efecto de la depreciación monetaria. Dado que dichas tasas se fijan *ex-ante*, y no se conoce con certeza cuál será la inflación, ella será estimada por los agentes económicos según sus expectativas.

La forma correcta de expresar matemáticamente lo anterior es la siguiente:

$$i = (1 + r)(1 + \pi^e) = r + \pi^e + r\pi^e \quad 50$$

En dicha expresión, i representa a la tasa de interés nominal, r la tasa de interés real o puro, π^e el nivel de inflación esperada, y $r\pi^e$ el producto cruzado de ambas. Este último factor suele ser omitido en las estimaciones, pues con bajas tasas de interés real y una baja inflación esperada, su magnitud suele ser insignificante. Retomando el ejemplo anterior, supongamos que Juan pide un interés real del 3%, esperando que la inflación sea de un 5%. Así las cosas tendríamos que:

$$i = 0.03 + 0.05 + (0.03 \cdot 0.05) = 0.08 + 0.0015 = 8,15\% \approx 8\%$$

Dado que la mayoría de los textos que tratan el tema son escritos en los países desarrollados donde las tasas de inflación son muy bajas, se suele erróneamente omitirlo.

Sin embargo, supongamos para el mismo caso que ahora la inflación esperada es de un 50%. El cálculo de la tasa de interés nominal sería:

$$i = 0.03 + 0.50 + (0.03 \cdot 0.50) = 0.53 + 0.015 = 54,5\% \neq 53\%$$

Es decir, habría un 1,5% de diferencia, lo cual podría implicar una gran suma de dinero en términos absolutos. De esta manera, el omitir esa última parte de la fórmula cuando se esperan niveles poco más o menos altos de inflación, puede introducir un sesgo relativamente importante. La única justificación matemáticamente correcta de eliminarlo, sería si existe un interés compuesto calculado de manera continua.⁵¹

47. HIRSHLEIFER (Jack) y GLAZER (Amihai), *op.cit.*, p. 482.

48. HIRSHLEIFER (Jack) y GLAZER (Amihai), *op.cit.*, p. 484.

49. KRUGMAN (Paul R.) y OBSTELD (Maurice), *op.cit.*, p. 478.

50. Para ver la derivación matemática de esta fórmula se recomienda ver HIRSHLEIFER (Jack) y GLAZER (Amihai), *op.cit.*, p. 478.

51. En este sentido, ver HIRSHLEIFER (Jack) y GLAZER (Amihai), *op.cit.*, p. 480.

Expuesto todo lo anterior, pasamos ahora a ver a los intereses insertos en los contratos a manera de cláusulas. Se debe hacer notar en este sentido que, si bien los intereses pueden tener como fuente a las leyes y a los fallos judiciales (intereses legales e intereses judiciales),⁵² nos referiremos de ahora en adelante solamente a los que se originan contractualmente.

La cláusula de interés se diferencia de las demás cláusulas de estabilización por el momento en que se hace el ajuste. Es decir, mientras en todas las demás cláusulas de estabilización se debe hacer un ajuste ex-post, en la cláusula de interés se hace ex-ante. Las partes se protegen de la inflación esperada calculando una tasa de interés nominal fija que la tome en cuenta. Este mecanismo es ampliamente utilizado, y aunque no es exacto, es muy fácil de usar y eficiente en situaciones de estabilidad.

Se suele estipular en los contratos de dos formas. La primera de ellas consiste en fijar una suma fija que se pagará por concepto de intereses. Por ejemplo, Juan le presta a José diez mil colones, comprometiéndose este último en devolver esa suma más quinientos colones por concepto de intereses. La otra forma es la más común, y consiste en expresarla como un tanto porcentual. Retomando el ejemplo anterior, simplemente se diría que José le deberá pagar a Juan un 5% sobre el capital por concepto de interés. El escoger cualquiera de las dos formas no acarrea ninguna consecuencia desde el punto de vista económico ni jurídico, aunque se suele utilizar esta última por razones de comodidad. Se debe aclarar, eso sí, que el ordenamiento jurídico puede establecer requisitos formales en la determinación de este tipo de cláusulas,⁵³ siendo la usura el límite para la fijación de la tasa de interés real.

Las consecuencias de estipular cláusulas de interés varían dependiendo del contexto económico en el cual se fijan. En economías estables con niveles bajos de inflación suelen ser muy eficientes. Sin embargo, en economías no tan estables, donde el nivel de inflación puede variar mucho, éstas dejan de serlo. Y es que estas cláusulas dependen de que la inflación esperada sea similar a la inflación efectiva, pues diferencias entre ellas producen variaciones en la tasa real de interés.

Cabe preguntarse si la inclusión de este tipo de cláusulas vuelve aleatorios a los contratos en los que se estipula. Un contrato aleatorio es aquel que tiene como característica *"que los beneficios o pérdidas que se consideran en el convenio dependen de un acontecimiento incierto. De esa manera, las prestaciones (aunque determinadas en el contrato) no son definitivas, ya que se necesita que el acontecimiento tenga lugar"*.⁵⁴ En ellos *"el hombre se pone a merced de la suerte: ella decide la ganancia o la pérdida"*.⁵⁵ Si la inflación esperada es distinta a la inflación efectiva, la tasa de interés real de la obligación estará variando. De hecho, no existe forma posible de saber exactamente cuánto será la inflación futura, por lo que la prestación medida en términos reales o constantes es siempre incierta al incluir las cláusulas de interés. Inclusive, si la variación en la inflación fuere lo suficientemente amplia, podría el acreedor experimentar una pérdida en términos reales.

Sin embargo, lo anterior no implica que el contrato sea aleatorio. Aunque el valor real de la prestación sea incierto, el valor nominal de la misma sí está determinado y no depende de ningún hecho incierto. Por tanto, al aceptar el principio nominalista, se debe concluir que la inclusión de cláusulas de interés fijo en los con-

52. Con respecto a la determinación judicial de intereses, ver SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 56, de las 14.30 h del 14 de junio de 1996.

53. En el caso de Costa Rica, su estipulación debe constar expresamente por escrito, según lo disponen el artículo 1162 del Código Civil, y el 731 del Código de Comercio.

54. BAUDRIT CARRILLO (Diego), *op.cit.*, pp. 34-35.

55. DUALDE (J.), *op.cit.*, p. 6.

tratos, no hace que éstos se vuelvan aleatorios, sino que seguirán siendo conmutativos.

En una economía que no es estable, y donde las partes pretenden mantener el valor real de la obligación, no se debería utilizar este tipo de cláusulas. Sin embargo, es probable que se sigan presentando, porque dada la aleatoriedad que insertan ellas en los contratos, los agentes económicos preferentes al riesgo apostarán a que dicha variación incierta les favorecerá.

Para finalizar esta parte, basta con aclarar que solamente se ha analizado la tasa de inte-

rés nominal fija, y no la tasa variable o de interés compuesto.⁵⁶ El análisis de dicho tipo de tasa difiere radicalmente en el que hasta ahora se ha realizado, debido al hecho de que varía de acuerdo con determinados parámetros. Gracias a que este tipo de cláusulas es más común en los contratos bancarios y de adhesión, se ha optado por no incluirlo en el presente estudio de las cláusulas que comúnmente incluyen los particulares en los contratos de libre discusión. Además, se debe recordar que la mayoría de las normativas nacionales prohíbe el anatocismo.

B. LA CLÁUSULA MERCANCÍA Y VALOR MERCANCÍA

Las cláusulas mercancía, o de pago en especie,⁵⁷ son tan antiguas como el trueque o permuta, siendo normales en una economía que no utiliza el dinero como medio de pago. En sus orígenes no implicaba un convenio con el cual se lograba la estabilidad de las relaciones contractuales, sino que devenía como un resultado natural de las condiciones económicas existentes. *"Sólo modernamente y ante las circunstancias de crisis monetaria y económica se ha asignado por los contratantes a tales cláusulas una función de estabilización y seguridad de las prestaciones futuras, sustrayéndolas indirectamente y de esta forma de los azares de las oscilaciones de la moneda y de los precios".*⁵⁸

Debe distinguirse entre la cláusula mercancía y la cláusula valor mercancía. La primera de ellas corresponde a la obligación de entregar

una determinada cantidad y calidad de bienes y servicios, es decir, el acreedor pretende recibir el pago en especie. La segunda de ellas es más funcional, pues implica la obligación de pagar el precio de mercado, en el dinero en curso, de una determinada cantidad y calidad de bienes o servicios.⁵⁹ Es decir, este tipo de cláusula es aquella que *"inserta en una obligación pecuniaria, refiere el valor de la prestación al valor equivalente de una determinada mercancía distinta de la moneda"*.⁶⁰ Así, cualquier bien o servicio puede ser estipulado por las partes como parámetro para determinar el *quantum* futuro de la obligación.

A manera de ejemplo, tenemos que mientras en la primera se conviene pagar, por ejemplo, con un litro de leche descremada, en la segunda se conviene pagar, en moneda de curso legal, el valor de un litro de leche descre-

56. Para un análisis de la tasa de interés variable en Costa Rica, ver MANAVELLA (Carlos Alberto), *Sobre los intereses fluctuantes. A propósito de un reciente fallo*, en *Iustitia*, Año 4, No. 41, mayo, 1990, y ROJAS CHAN (Anayansy) y GODÍNEZ VARGAS (Alejander), *op.cit.*

57. En este sentido, CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wenceslao), *op.cit.*, p. 51.

58. DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 970.

59. LORÍA COTO (Douglas), *op.cit.*, p. 95.

60. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 181.

mada. En este sentido, las cláusulas que hacían referencia al carbón y al trigo fueron ampliamente utilizadas.⁶¹

Nótese que dichas cláusulas pueden contemplar cualquier bien que no sea el dinero de curso legal del lugar del contrato. Recordemos que, siguiendo el principio nominalista, el precio de un colón será siempre un colón. Si el bien seleccionado fuera oro, ya no tiene sentido, en nuestra opinión, hablar de las cláusulas oro y de valor oro, pues éstas constituyen cláusulas mercancía y valor mercancía respectivamente, por los motivos que posteriormente se aclararán. Finalmente, podemos tener la situación en que el bien de que se trate sea una moneda extranjera, situación que también encaja dentro de esta clasificación, pero cuyo análisis se pospone para un momento posterior.

Es correcta la afirmación que hace Rojas Chan con respecto a la cláusula valor mercancía, al decir que *"estas cláusulas en el fondo son equivalentes a garantizar el pago en términos de una cantidad fija de mercancía, pues, aunque los pagos en dinero ligados a un precio pueden variar siempre el monto será suficiente para adquirir la cantidad constante de mercancía especificada en el contrato"*.⁶² Es aquí, desde el punto de vista económico, donde reside su mayor debilidad.

En primer lugar se debe hacer notar que la variación en el precio de un único producto, no es un buen indicativo de la variación en el poder adquisitivo. Hirschberg afirma que *"este sistema es engorroso y no refleja verdaderamente los cambios en el valor del dinero, ya que las fluctuaciones de un bien específico no siempre*

reflejan las tendencias generales del valor del dinero".⁶³ El precio de los bienes está sujeto al libre juego de la oferta y la demanda, por lo que la variación en los determinantes de cualquiera de los dos conlleva, necesariamente, a la variación en el precio. De tal suerte, cambios en las técnicas de producción, en los gustos de los consumidores, en los precios de los insumos, o el surgimiento de productos sustitutos o complementarios, plagas, fenómenos naturales, etc., pueden afectar grandemente el precio de ese único bien. Un ejemplo reciente de este tipo de situaciones lo refleja el súbito cambio que experimentó en toda Europa el precio de la carne de res, debido a la aparición en Inglaterra de la "enfermedad de la vaca loca".

En este mismo sentido se puede citar la llamada "estacionalidad" que sufren muchos de los productos agropecuarios, en el sentido de que algunos de ellos suelen variar de precio en una cierta dirección en determinadas fechas del año.⁶⁴ El no considerar esta circunstancia puede llevar a análisis que carecen de todo sentido, máxime si se considera que aún la inflación sufre de ciclos y estacionalidades.⁶⁵ De tal suerte, la introducción de este tipo de cláusulas introduce un elemento aleatorio que no garantiza que se mantenga constante el valor de la obligación.

En segundo lugar tenemos el defecto que señala Moisset de Espanés, en el sentido de que existen mercancías con precios máximos fijados por ley.⁶⁶ Esta distorsión que genera el Estado ocasiona que el precio del bien sea inferior al que determinarían las fuerzas del mercado. Si sumamos a lo anterior que estos precios solamente pueden variar cuando la

61. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXIV, agosto, 1980, p. 776.

62. ROJAS CHAN (Anayansy), *Estudio Jurídico sobre la Corrección Monetaria en el Derecho Privado*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989, p. 107.

63. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas*, *op. cit.*, p. 777.

64. Tómese a manera de ejemplo la carne de cerdo en diciembre, cuyo precio crece mucho debido a un exceso de demanda de la misma, para la elaboración de los tamales navideños.

65. Un ejemplo claro puede ser encontrado en GODÍNEZ VARGAS (Alexánder), *Contribución al estudio de la indexación y de los mecanismos de reajuste en Costa Rica: la tasa de interés*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988, p. 205.

66. MOISSET DE ESPANÉS (Luis), VALLESPINOS (Carlos Gustavo) y PIZARRO (Ramón Daniel), *Inflación y actualización monetaria*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.

agencia estatal encargada lo decreta, se corre el riesgo de escoger un bien que sirva con fines políticos. Un ejemplo de esto último podría ser el precio de la leche, la electricidad u otros, cuya variación de precio es muy sensible políticamente hablando.

Un tercer defecto consiste en la determinación del precio que se debe utilizar para el cálculo, en el sentido de que rara vez los bienes cuyo precio no está fijado por ley cuestan lo mismo en todos los lugares. El hablar de un único "precio de mercado" resulta a veces un tanto ilusorio. Así, no es difícil encontrar bienes que en un establecimiento tienen un precio, y en el establecimiento contiguo tienen otro distinto. A manera de ejemplo, piénsese en la gran diferencia de precios que se puede encontrar en la compra de una cerveza, dependiendo de si ella se compra en un supermercado, en un restaurante o en un bar de moda.

Por tanto, este tipo de cláusulas, además de ser difíciles de llevar a la práctica y requerir mucho cuidado, no es muy eficiente en evitar

los efectos de la inflación. Como ya se afirmara, introduce elementos que vuelven aleatorio el valor real de la obligación, pudiendo implicar la ganancia o pérdida neta de poder adquisitivo. Aún así, si no existiera más alternativa que fijar una cláusula mercancía o valor mercancía, se debieran tomar bienes con una demanda y oferta poco más o menos estables en el tiempo, evitando productos estacionales o cuyo precio sea fijado por el Estado. Se debiera establecer también, en forma clara y precisa, cómo se determinará el precio con base en el cual se hará el cálculo. Lo deseable es encontrar un bien final cuyo precio sea fijado y recalculado frecuentemente.⁶⁷ Sin embargo, se recalca que no existe forma de evitar la totalidad de los inconvenientes ya señalados.

Finalmente, basta con decir que este tipo de cláusula vuelve aleatorio el contrato. Se depende de un hecho futuro e incierto, el cual determinará tanto el valor real como nominal de la obligación. De tal suerte, acreedor y deudor aceptan el riesgo que los eventuales cambios en el mercado le pudiesen deparar.⁶⁸

C. LA CLÁUSULA ORO Y VALOR ORO

Por mucho tiempo la cláusula oro fue la forma predilecta de los acreedores para protegerse contra la depreciación de la moneda. De hecho, hubo un tiempo en el que era una necesidad en los contratos internacionales, debido a que el oro era el único medio internacional de pago.⁶⁹ La cláusula oro fue especialmen-

te importante en la Edad Media, bajo el sistema metalista, cuando el contenido de oro en las monedas acuñadas comenzó a disminuir.⁷⁰

Nussbaum define a la cláusula oro como "el pacto en virtud del cual el deudor ha de pagar en oro ... el importe de la deuda".⁷¹ Es decir, para que el deudor se pueda liberar de su

67. Existe un interesante estudio que realizó la revista *The Economist*, donde utilizó el precio del Big Mac para medir diferencias de valor entre distintos países. La conclusión más interesante del estudio es que reflejaba que había mayores fluctuaciones de precio dentro de los Estados Unidos que entre ellos y el resto del mundo. Al respecto se puede consultar *On the Hamburger Standard*, en *The Economist*, 6-12 de setiembre de 1986, y *The Hamburger Standard*, en *The Economist*, 15 de abril de 1989.

68. Para un claro ejemplo de la aplicación de las cláusulas valor mercancía, ver el que se expone en la parte relativa a la cláusula valor oro.

69. En este sentido, ver DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 970.

70. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 57.

71. NUSSBAUM, citado por SALAS (Acdeol E.), *La cláusula oro y la Teoría de la presuposición*, en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 98.

obligación debe dar como prestación una cantidad determinada de oro.⁷² Muy similar a la cláusula oro es la llamada cláusula valor oro. Schoo, define a la cláusula valor oro como *"una convención por la cual el deudor no podrá liberarse sino mediante el pago de una suma de dinero del mismo valor oro que el contenido en la cantidad recibida al momento de la conclusión del contrato, siendo indispensable que la moneda tenga el mismo valor real adquisitivo de oro que el que tenía la moneda del contrato"*.⁷³

Era la opinión generalizada que las obligaciones que contenían este tipo de cláusulas (oro o valor oro) continuaban siendo obligaciones dinerarias, pues el objeto de la obligación era el pago de una cantidad de dinero.⁷⁴ Y es que se debe recordar que por mucho tiempo fueron el oro y la plata los metales que sirvieron de base para los sistemas monetarios. En este entendido, era perfectamente lógico el que las partes acordaran el pago fijando la cantidad exacta de oro que debía servir como pago a la obligación (cláusula oro).

La cláusula valor oro, por su parte, adquiere sentido solamente dentro de un sistema económico con dinero en la forma fiduciaria. Es decir, en aquellas situaciones en las que una moneda o billete, que constituyen medios legales de pago, podían ser cambiados por oro por el banco emisor o el Estado.⁷⁵ Y es que en esas situaciones generalmente coexistían dos tipos de dinero. Por un lado se encontraban las monedas y los billetes de curso legal que circulaban en la economía. Por otro lado, se encontraba el oro, el cual se depositaba en su mayoría en los bancos, ya fuese en su forma de mer-

cancía o en forma de una moneda de oro prevista.

En ese tipo de sistemas monetarios existe lo que se denomina una *caja de conversión*, la cual consiste en una relación de cambio entre ambos tipos de dinero y que podía ser determinado por el Estado o por el libre juego de la oferta y la demanda. Acdeel Salas menciona como ejemplo, que en diciembre de 1929 en Argentina, se requerían \$235.99 papel para formar o cambiar \$100 oro.⁷⁶

La cláusula valor oro lo único que pretende es que se pague al acreedor una determinada cantidad de oro, sin importar cuánto papel de curso legal se requería para hacerlo. Dicho todo lo anterior, la cláusula valor oro determina que *"el importe del débito podrá satisfacerse en papel moneda de curso forzoso pero suministrada la cantidad suficiente para representar, el día del pago, el verdadero valor de la deuda, calculado a base de oro... de manera que la cláusula 'valor oro' determina la cantidad de papel moneda necesario para efectuar el pago del débito pecuniario"*.⁷⁷

Desde el punto de vista económico, se debe hacer notar que este tipo de cláusulas no era tan estable y seguro como se pensaba. Las variaciones en la caja de conversión no coincidían, generalmente, con las mediciones del cambio en el costo de la vida. De esta manera, si el fin último era mantener el valor de la obligación, medido con el poder adquisitivo que dicha obligación generaría en el futuro, no se utilizaba el instrumento más adecuado. Así, aún con la previsión de las cláusulas valor oro se dieron grandes transferencias no esperadas de poder adquisitivo.

72. Para una detallada descripción de la forma en que la cláusula oro y valor oro se insertaban en la práctica en los contratos de Alemania, ver NUSSBAUM, *Teoría Jurídica del Dinero*, p. 205 ss. Para España, ver DUALDE (J.), *op. cit.*, p. 4.

73. SCHOO, citado por SALAS (Acdeel E.), *La cláusula oro y la Teoría de la presuposición*, en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 98.

74. SALAS (Acdeel E.), *op. cit.*, p. 98.

75. En este sentido, ver la parte del capítulo primero dedicado al dinero.

76. SALAS (Acdeel E.), *op. cit.*, p. 100.

77. ROCA SASTRE (Ramón), *op. cit.*, p. 3.

Un gran problema se dio a nivel económico y jurídico cuando el sistema cambió a uno de tipo forzoso. Es decir, a un sistema en donde el portador del billete ya no podía acudir al banco emisor a pedir el reembolso en oro. La doctrina discutió por mucho tiempo si este tipo de cláusulas devenían en nulas o no. La conclusión mayoritaria a la que se llegó es que *"si la moneda de oro dejara de tener curso legal o debiera pagarse en metálico y por una prohibición legal fuese imposible conseguir el oro, detrás de esas cláusulas está siempre implícita la cláusula valor oro, en la que le metálico funciona como moneda de cuenta para hacer el cálculo de la moneda circulante que deba entregarse"* (sic).⁷⁸

En nuestro entender, al dejar el oro de ser dinero se transformó en una simple mercancía más, por lo que su tratamiento jurídico debía ser el de una cláusula mercancía. Ello implica, como lo afirmaba la doctrina mayoritaria que se acaba de citar, que detrás de toda cláusula mercancía se sobreentiende implícita una cláusula valor mercancía. Se debe tener mucho cuidado al revisar la bibliografía que habla con respecto a este tipo de cláusulas, pues la mayoría de lo que se encuentra fue escrito antes de que se abandonara el patrón cambio oro en 1973.

Igualmente, si lo que se pacta es una cláusula oro, tampoco se garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo. El oro, al igual que los demás bienes y servicios, se encuentra sujeto al inclemente juego de la oferta y la demanda. Al ser una mercancía más, adquiere todos los defectos antes señalados para la cláusula mercancía.

Por tanto, en la actualidad no tiene sentido, desde ningún punto de vista, hablar de una cláusula valor oro diferenciada de la cláusula valor mercancía, pues es requisito *sine qua non* para su diferenciación que se tenga un sistema monetario fiduciario de curso legal. Si se pac-

tara pagar en el valor de, por ejemplo, una onza de oro de X kilogramos de Y quilates en el momento de pago, se estaría simplemente en presencia, insistimos, de una cláusula de valor mercancía. En caso de que se pactara una cláusula oro, esta se deberá entender como la obligación de pagar con una determinada cantidad de oro, y no como una obligación dineraria.

Para darnos una idea de lo poco eficiente de este tipo de cláusula, tomemos un ejemplo.

PRECIOS INTERNACIONALES DE METALES PRECIOSOS					
Precio a final del mes, US\$ por onza					
		ORO		PLATA	
	Índice de precios al por mayor E.E.U.U. 1957=100	Precio nominal	Precio real	Precio nominal	Precio real
enero-1996	122.36	404.10	330.27	5.54	4.53
febrero-1996	122.23	399.90	327.16	5.50	4.50
marzo-1996	122.84	395.80	322.20	5.52	4.49
abril-1996	123.09	392.40	318.79	5.21	4.23
mayo-1996	123.34	390.90	316.94	5.40	4.38
junio-1996	123.58	380.10	307.57	4.98	4.03
julio-1996	123.46	387.50	313.87	5.12	4.15
agosto-1996	123.95	386.90	312.13	5.17	4.17
septiembre-1996	124.20	377.70	304.10	4.83	3.89
octubre-1996	124.70	378.10	303.21	4.79	3.84
noviembre-1996	125.20	373.00	297.93	4.71	3.77
diciembre-1996	125.82	369.20	293.43	4.84	3.85
enero-1997	127.35	357.80	280.97	4.70	3.69

Fuente: CEPSA

Supóngase que se efectúa un contrato en enero de 1996, en el que Marcela le presta una cantidad de dinero en dólares⁷⁹ a Adriana, que en ese momento es justo la cantidad exacta del precio internacional en dólares de una onza de oro. Adriana, por su parte, se compromete a pagarle a Marcela en un año el valor en dólares de una onza de oro.

Al transcurrir un año se tiene que Marcela resulta perjudicada, pues en términos nominales el precio del oro bajó en ese período 46.3 US\$, lo que representa una disminución del 11,45%. Aún peor, si se deflatan esos mismos

78. RIVERA (Julio César), *op. cit.*, p. 89, en igual sentido, ver NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 268; y DUALDE (J.), *op. cit.*, p. 4.

79. Para efectos de este ejemplo, vamos a suponer que la moneda de curso legal forzoso es el dólar estadounidense.

precios con el índice de precios al por mayor de Estados Unidos (1987=100), se tiene que la variación real en dichos precios es de 49.27 US\$, lo que representa un 14,91% menos. En otras palabras, dicho contrato equivale a que

Adriana le pague a Marcela el mismo día con 0,8509 onzas del oro que recibe.

Para concluir, basta con decir que todo lo antes dicho con respecto al oro aplica en igual medida para la plata.

D. LA CLÁUSULA MONEDA EXTRANJERA Y VALOR MONEDA EXTRANJERA

Las obligaciones contraídas en moneda extranjera no caben, en sentido estricto, dentro del régimen de las obligaciones dinerarias. Más precisamente, las cláusulas en las que se establezca el pago en moneda extranjera o el cálculo del monto de acuerdo con una moneda extranjera, corresponden a la inserción de cláusulas mercancía y valor mercancía respectivamente. Lo anterior debido a que, en principio, los signos monetarios extranjeros no pueden ser considerados dinero fuera de los límites del país que les ha otorgado su curso legal, pero ello no obsta para que los particulares los consideren medios de pago.⁸⁰ Creemos con Nussbaum que *"por carecer la moneda extranjera de los caracteres de curso legal forzoso y poder cancelatorio que sí el Estado ha otorgado a la moneda nacional que emite, es coherente entender que aquellas no son dinero, sino cosas... como 'objetos materiales susceptibles de tener un valor'"*.⁸¹ En el mismo sentido, Rivera afirma que *"son válidas las obligaciones en las que se hubiese estipulado dar moneda que no es de curso legal en la República, aunque en tal supuesto la obligación debe ser considerada como de dar cantidades de cosas"*.⁸²

El dinero en moneda extranjera es una mercancía como cualquier otra, y su precio con respecto a la moneda nacional se denomina en economía como el *tipo de cambio*.⁸³ Así las cosas, se puede hablar de una *cláusula moneda extranjera* cuando la obligación consiste en pagar la obligación en dinero extranjero en cualquiera de sus formas (monedas, billetes, cheques, etc.). Igualmente, la *cláusula valor moneda extranjera* es aquella en la cual existe la obligación de pagar, al tipo de cambio del momento y en moneda nacional, una determinada cantidad de moneda extranjera. Esta conclusión necesaria implica que la introducción de este tipo de cláusulas en un contrato lo vuelven aleatorio.⁸⁴

La finalidad que se suele citar para la utilización de este tipo de cláusulas es proteger al acreedor de una eventual devaluación del signo monetario nacional, por lo cual resultaba una forma de protección importante en los contratos de carácter internacional.⁸⁵ En el primer caso, existe una verdadera deuda pecuniaria que se diferencia de las ordinarias, únicamente por la moneda que no posee curso forzoso en la que se debe pagar.

80. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 62.

81. NUSSBAUM, citado por CAUSSE (Jorge I.), *op.cit.*, pp. 94-95.

82. RIVERA (Julio César), *op.cit.*, p. 89.

83. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op.cit.*, p. 222.

84. Para una opinión en contrario, ver ORDOQUI CASTILLA (Gustavo), *op.cit.*, p. 450.

85. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 61.

Como se expusiera al hablar de las cláusulas de estabilización monetaria, el contratar en moneda extranjera generalmente fue prohibido. En el caso de nuestro país, el artículo 6 de la Ley de la Moneda establecía lo siguiente:

"Artículo 6.—En toda determinación de precios, fijación de sueldos, jornales, honorarios, pensiones y toda clase de remuneraciones, indemnizaciones o prestaciones, imposición de derechos, impuestos y contribuciones, y cualesquiera otras obligaciones y contratos públicos y privados que impliquen empleo de dinero, y deban solventarse en Costa Rica, los importes correspondientes deberán necesariamente expresarse y pagarse en colones".⁸⁶

Actualmente, dicho artículo constituye sólo un amargo recuerdo de las limitaciones sin sentido a la libertad de contratar, pues fue declarado inconstitucional junto con otras disposiciones por el voto número 3495-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.⁸⁷ En dicho voto se preserva, eso sí, la opción del deudor de cancelar lo debido en la moneda nacional de curso legal, de conformidad con el concepto de soberanía monetaria y de supremacía de la moneda nacional.⁸⁸ En términos generales, del curso legal de la moneda se desprende que no podrá negarse el acreedor a recibir el pago en moneda nacional, ni el deudor podría renunciar a verificar su pago en esa moneda por ser el único mecanismo cancelatorio y obligatorio dentro del país.⁸⁹

No obstante lo anterior, es interesante destacar la existencia en nuestro medio jurídico de una prohibición de reajuste en la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. Así, el tenor literal del artículo 67 establece lo siguiente:

"Artículo 67.—...

Cuando el precio del arrendamiento de una vivienda sea en moneda extranjera, se mantendrá la suma convenida por todo el plazo del contrato, sin derecho a reajuste".⁹⁰

Sin entrar al análisis que dicha norma amenaza, basta con decir que en el artículo parece atender contra idénticos principios constitucionales que los que quebrantaba el artículo 6 de la Ley de la Moneda. Parte el legislador de la falsa premisa de que la moneda extranjera conserva, *per se*, el valor de las obligaciones, lo que afecta en gran medida a los arrendatarios. En el fondo, es una disposición que obliga a los arrendatarios a ver reducido el valor real de sus prestaciones. Lo anterior se ve agravado en situaciones donde se contrata en monedas extranjeras que pudieran no ser tan estables, como podría ser alguna moneda centroamericana.

La pregunta a responder, pues, es cómo puede este tipo de cláusulas proteger a las partes de la variación en el nivel de vida. Y es que la devaluación simplemente denota una variación en el precio que una moneda tiene con respecto a otra, y no necesariamente refleja variaciones en el nivel de inflación. Por tanto, el primer paso en dicho análisis debe consistir en analizar qué se entiende por el tipo de cambio.

Empecemos por decir que los esquemas cambiarios que predominaron durante el siglo XIX fueron los sistemas de *tipo de cambio fijo*. Lo anterior se fundaba en el patrón oro, pues comprometía a la autoridad monetaria con una relación de precio fijo entre la moneda local y el oro. Así las cosas, dado que esto era idéntico en todos los países, bastaba con determinar

86. Ley de la Moneda, artículo 6.

87. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 3495-92, de las 14.30 h del 19 de noviembre de 1992.

88. GUARDIA QUIRÓS (Jorge), Colección de Ensayos: Del Cambio Fijo a la Liberalización Cambiaria, San José, Litografía e Imprenta Lili S.A., 1993, p. 239.

89. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 96. En este sentido, ver SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 106, de las 14.30 h del 16 de noviembre de 1996.

90. Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, Ley número 7527 del 17 de agosto de 1995, artículo 67.

la cantidad de oro que respaldaba a cada moneda para poder hacer la conversión entre ellas.⁹¹

Obviando importantes variaciones en los sistemas financieros internacionales, se tiene que después de la Segunda Guerra Mundial, el acuerdo de Bretton Woods estableció un sistema cambiario fijo entre las naciones miembros del Fondo Monetario Internacional. Se fijó ahí el llamado *patrón cambio oro* según el cual todos los países fijaban el valor de su moneda con respecto al dólar norteamericano, y el dólar, a su vez, debía ser convertible en oro al precio fijo de US\$35 por onza.

Desde que el presidente norteamericano Richard Nixon modificara unilateralmente este acuerdo a principios de los setentas, el tipo de cambio entre las principales monedas del mundo industrializado se determinan con un esquema de tipo de cambio flotante. Esa *flotación* quiere decir que son las fuerzas del mercado las que determinan el valor de las mismas, aunque en ciertos casos se da la llamada *flotación "sucia"*. La flotación sucia de una moneda se da cuando los gobiernos intervienen en el mercado cambiario, ya sea comprando o vendiendo divisas.

No obstante lo anterior, la mayor parte de los países en vías de desarrollo continúan utilizando esquemas de tipo de cambio fijo. Este sistema se denomina así porque el banco central, o la autoridad monetaria, fija un precio que se denomina *valor par de la moneda*.⁹² Este esquema lleva implícito la disposición de reservas monetarias internacionales, las cuales va-

riarán dependiendo de la oferta y la demanda por moneda extranjera, cosa que únicamente no ocurre con la flotación libre. A manera de ejemplo, en Costa Rica el tipo de cambio oficial permaneció por mucho tiempo fijo a 8.60 colones por dólar.⁹³

Una variante del tipo de cambio fijo es la conocida como "crawling peg", *tipo de cambio reptante*,⁹⁴ o minidevaluaciones como se le llama en nuestro país. Este esquema establece un tipo de cambio inicial fijo, el cual se ajusta periódicamente de acuerdo con una tabla o fórmula predeterminada.⁹⁵

En todo caso, el *tipo de cambio nominal* (TC) se define como el número de unidades de moneda nacional que se debe pagar para obtener una unidad de moneda extranjera. Como ya se dijera, es simplemente el precio de una moneda extranjera expresado en moneda nacional. Es éste el que se suele utilizar en las cláusulas valor moneda extranjera,⁹⁶ con el agravante de que pueden existir múltiples tipos de cambio.

Ante todo lo anterior persiste la interrogante de qué tipo de relación se presenta entre la inflación y la devaluación. Lo primero que se debe decir al respecto es que dicha relación es una muy estrecha y complicada. El principal problema en la determinación causal, radica en la existencia de una cierta relación de reflujo entre ambas variables.⁹⁷ Parte de la inflación interna es "importada", debido a la compra de bienes finales y materias primas que se hace en el exterior, por lo que aumentos constantes

91. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op.cit.*, p. 282.

92. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op.cit.*, p. 284.

93. Para conocer la historia del tipo de cambio en Costa Rica se recomienda la lectura de PICADO H. (Roberto), *Evolución del régimen cambiario en Costa Rica: década de los ochentas y principios de la década de los noventas*, San José, Banco Central de Costa Rica, Serie "Comentarios Sobre Asuntos Económicos", No. 110, febrero de 1993.

94. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op.cit.*, p. 314.

95. Para una historia completa acerca de la evolución de los distintos tipos de cambio en Costa Rica, incluyendo el análisis del voto de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 1981, en el que se declaró inconstitucional que el Banco Central modificara el valor externo del colón sin pasar por el trámite formal de la Asamblea Legislativa, ver GUARDIA QUIRÓS (Jorge), *op.cit.*

96. DORNBUSH (Rudiger) y FISCHER (Stanley), *op.cit.*, p. 211.

97. MUÑOZ (Juan), funcionario del BCCR y profesor de Teoría Monetaria y de Econometría en la Universidad de Costa Rica. Entrevista realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a las 16.30 h del 9 de abril de 1997.

y sostenidos en ellas influyen en los aumentos de los precios locales.

En economía no existe un claro consenso al respecto. Incluso, existen en la teoría macroeconómica muchos modelos que tratan de describir los efectos de la una sobre la otra, destacando los siguientes: el modelo de las elasticidades, el modelo de flujo de bienes en especie, el enfoque de los multiplicadores, el enfoque monetario de la balanza de pagos, el enfoque de los activos, y el modelo de la paridad del poder adquisitivo⁹⁸ (en sus versiones absoluta y relativa).

Para el caso específico de nuestro país, la más importante es la explicación que se basa en la paridad del poder adquisitivo (PPA) en su versión relativa. Lo anterior debido a que es con base en dicha teoría que el BCCR fija su política de minidevaluaciones. Empecemos por decir que la PPA se basa en la llamada *ley de un solo precio*. Esta ley afirma que en un mercado unificado todo producto tiende a tener un mismo precio, pues el arbitraje se encarga de que ello ocurra.⁹⁹ Es decir, que si entre dos países existe una estrecha relación de intercambio comercial, y suponiendo que no hay costos de transporte, los precios de los productos transados tienden a ser los mismos. Partiendo de lo anterior, se concluye que los precios externos (P^*) expresados en términos de la moneda nacional deben ser iguales a los precios nacionales (P). Por tanto, según la PPA se cumple que $P = TC \cdot P^*$.

Si lo anterior ocurre para un producto, fácilmente es extensible a una canasta de productos que determine el nivel promedio de precios de una economía. Es decir, se podría extender a $IPC = TC \cdot IPC^*$. Lo anterior constituye una simplificación excesiva de la realidad, pues para que ello fuese correcto debería ocurrir que: 1) no existieran barreras naturales al

intercambio (seguros y transporte), 2) no existieran barreras artificiales al intercambio (tarifas, cuotas y aranceles), 3) que todos los productos se comerciaran internacionalmente (inexistencia de bienes no transables), 4) que los índices de precios locales y extranjeros contengan exactamente los mismos productos con las mismas ponderaciones.¹⁰⁰ A pesar de sus muchas limitaciones y abundantes críticos, Paul Krugman afirma que la PPA se cumple para la mayoría de los países en el largo plazo.

Considerando las variaciones en el tiempo, la PPA afirma que la relación entre ambas variables se puede aproximar mediante la siguiente expresión: $\pi \approx \rho + \pi^*$.¹⁰¹ Es decir, que la inflación interna es aproximadamente igual a la tasa de devaluación de la moneda más la tasa de inflación externa.

Aquí se revela el mayor error en la utilización de este tipo de cláusulas. La tasa de inflación será igual a la tasa de devaluación únicamente cuando la tasa de inflación externa sea cero. Si bien la moneda extranjera que se suele escoger es una muy estable, no es un instrumento perfecto para medir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional, pues olvida que esa moneda extranjera también pasa por un proceso inflacionario. Dado que la inflación puede ser un fenómeno mundial, es prácticamente imposible pensar que el solo hecho de contratar en moneda extranjera mantenga estable el valor de la obligación.

A manera de ejemplo, el dólar estadounidense, la moneda que comúnmente se utiliza para este tipo de cláusulas, experimentaba en 1981 niveles inflacionarios que superaban el 12% anual.¹⁰² En la actualidad, la inflación en EE.UU. suele rondar el 5%. Como se ve, el creer que la contratación en moneda extranjera mantiene constante el valor de las obligacio-

98. En inglés se le denomina "purchasing power parity" (PPP).

99. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op. cit.*, p. 292.

100. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op. cit.*, p. 293.

101. La conclusión económica detrás de esta presunción es que el tipo de cambio real no varía al cumplirse la PPA.

102. DORNBUSH (Rudiger) y FISCHER (Stanley), *op. cit.*, p. 24.

nes es una mera ilusión, pues lo único que logra es cambiar la depreciación de una moneda por otra. Lo que le interesa a las partes no es que le paguen en moneda extranjera, sino que se dé un reajuste automático de las prestaciones, lo cual sí ocurre pero de manera imperfecta. Así, aunque la mejoría puede ser significativa, no es perfecta ni eficiente aplicada por sí sola. Dado que esa moneda extranjera también sufre procesos de depreciación, el agente económico racional debería utilizar cláusulas de estabilización sobre su base.

Estas cláusulas acarrearán, además, otro tipo de problemas. El primero de ellos que ya se citara, es que podrían existir múltiples tipos de cambio, por lo que se vuelve necesario que las partes determinen claramente de cuál se trata. Surge así el problema de a cual tipo de cambio se debe atender si las partes no pactan nada al respecto. Cierta parte de la doctrina afirma que en la hipótesis de que dos o más tipos de cambio resultaran aplicables, se debe usar el tipo más alto legalmente admitido.¹⁰³ Si aún persistiere la duda, corresponderá al juez resolver el problema.¹⁰⁴

Para obviar el problema, las partes suelen incluir adicionalmente otras cláusulas en este tipo de contrato, como la opción a plaza y la opción moneda (sic). En la primera de ellas, el acreedor adquiere el derecho de utilizar el tipo de cambio que le resulte más beneficioso.¹⁰⁵ En la segunda de ellas, el acreedor se reserva el

derecho de exigir el pago ya sea en moneda extranjera o en moneda local.¹⁰⁶ Este tipo de cláusula, no obstante, no podría ser utilizada en nuestro país debido a la resolución de la Sala Constitucional que ya se citara.

Un segundo problema deriva del tipo de cambio que se utilice en el país de la contratación. Si se aplica una flotación limpia no habría gran problema, pero sí lo habría con una flotación entre bandas, con el tipo de cambio fijo y con las minidevaluaciones. En todas ellas se deja a las partes al arbitrio de la autoridad monetaria, la cual puede estar utilizando el tipo de cambio como instrumento de política económica, alejándolo de lo que debiera ser su nivel de mercado. En esos casos, el tipo de cambio suele ser más bajo de lo que las fuerzas del mercado determinarían.¹⁰⁷ El caso más patente lo podemos ver en nuestro país cuando se utilizaba un sistema de tipo de cambio múltiple. En ese momento el tipo de cambio fijo legal era de 8,60 colones por dólar, mientras que en el mercado libre se cotizaba a 18,65 colones por dólar.¹⁰⁸

Por tanto, la mera fijación de cláusulas de moneda extranjera o valor moneda extranjera no resuelven por sí solas el problema de mantener el valor de la obligación en un nivel real. Su efecto suele ser ilusorio, y el resultado final es hacer que las partes vean modificado el valor real de su obligación en el monto en que la moneda extranjera de que se trate se deprecia.

103. ROJAS CHAN (Anayansy), *op.cit.*, p. 103.

104. BUSTAMANTE HERNÁNDEZ (Marlene) y CHACÓN VILLALOBOS (Emilia), citadas por ROJAS CHAN (Anayansy), *op.cit.*, p. 103.

105. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 64.

106. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 63.

107. En Costa Rica sucedió lo contrario en el período comprendido entre febrero y mayo de 1992. Fue en esa época que el colón empezó a flotar en el mercado cambiario y, contrario a las expectativas, se empezó a revalorar con respecto al dólar estadounidense. Ello implica que, al menos en ese lapso, el colón se encontraba sobrevalorado por el BCCR. En este sentido ver PERALTA (Luis Carlos) y ALVARADO (Johnny), *Evolución del tipo de cambio en Costa Rica*, Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad de Costa Rica, 1994.

108. PICADO H. (Roberto), *op.cit.*, p. 12.

E. LAS CLÁUSULAS ÍNDICE O DE ESCALA MÓVIL

Las cláusulas índice o de escala móvil se utilizan para lo que comúnmente se denomina como indexar. El vocablo indexación deriva del término index, que el Diccionario de la Real Academia Española incorpora a nuestro idioma bajo la primera acepción de índice. Dejando de lado las cuestiones semánticas, en este trabajo se adoptará plenamente el vocablo, pues es el término mundialmente difundido y utilizado tanto por los economistas como por los juristas.

Se ha definido a la indexación como *"un sistema de ajuste de los valores monetarios que supone automaticidad, referencia a un índice de precios y preexistencia del régimen"*.¹⁰⁹ Igualmente, se dice que *"al vocablo indexación se le deberá entender como significado la aplicación de índices, y no como sinónimo de revaluación, ya que éste es el efecto obtenido como consecuencia de aplicar mecanismos de indexación"*.¹¹⁰ De tal suerte, las cláusulas indexadas *"reflejan cambios en el poder adquisitivo interno del dinero y, por lo tanto, compensan al acreedor por la amortización..."*¹¹¹

En su naturaleza, las cláusulas indexatorias son idénticas a las cláusulas valor mercancía. En ambos se fija un precio base como elemento fijo y comparativo de la obligación, la cual consistirá siempre en el pago de una suma de dinero y no en la entrega de mercancías.¹¹² La diferencia consiste en que se selecciona un amplio grupo de bienes y no uno sólo, siendo la principal ventaja de ello que elimina el factor

aleatorio pues se espera que las variaciones de cada uno de los bienes sea ruido blanco.

El origen de estas cláusulas se atribuye a Joseph Lowe, quien a inicios del siglo XIX buscó un mecanismo eficiente para mantener el valor del dinero en los arrendamientos que realizaban los grandes terratenientes. Pero fue el desarrollo posterior que realizara Stanley Jevons, y luego Alfred Marshall los que sentaron las bases teóricas para el uso de este tipo de cláusulas.¹¹³

En la práctica, sin embargo, solamente se empezaron a utilizar recién transcurrida la Primera Guerra Mundial, difundándose y adquiriendo mayor importancia luego de la Segunda Guerra Mundial.¹¹⁴ En esos períodos, su utilización se volvió relativamente común, especialmente en los contratos laborales de Alemania e Italia. Y es que, debido a la amplia variedad de formas que puede tomar, la escala móvil se puede adaptar a las situaciones contractuales más diversas.¹¹⁵

A diferencia de las cláusulas monetarias, las cláusulas de escala móvil fueron ampliamente aceptadas tanto jurisprudencial como doctrinariamente.¹¹⁶ No obstante, encontró una cierta resistencia en Francia, donde el Tribunal de Casación dictaminó en una sentencia del 24 de julio de 1939, que si se demostraba que la intención de las partes era la de protegerse de las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda francesa, debía decretarse que dicha

109. CASTELLANOS, *La indexación de las deudas fiscales*, en *La Información*, No. 559, julio de 1976, citado por GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 24.

110. CAUSSE (Jorge I.), *op.cit.*, p. 84.

111. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor*, *op.cit.*, p. 274.

112. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 69.

113. Para una descripción pormenorizada del desarrollo histórico de las cláusulas indexatorias, ver GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, pp. 93-97.

114. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas*, *op.cit.*, p. 775.

115. DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 967.

116. Dentro de sus defensores originarios se puede citar a NOGARO, *"La clause payable en or"*, en *Révue trimestrielle de droit civil*, 1925, p. 27. En el mismo sentido destacan NUSSBAUM, MANN, DAWSON y NEBOLSINE.

cláusula era nula.¹¹⁷ Es decir, este tipo de cláusulas solamente se admitían en Francia cuando las partes pretendían, subjetivamente, protegerse de las circunstancias económicas, y no de los cambios monetarios. Dicha distinción entre cláusulas monetarias y económicas cayó, como ya se explicara, posteriormente en desuso.

Existen también casos en los que se ha prohibido expresa y totalmente la utilización de las cláusulas de indexación. El primer caso fue en la Alemania Occidental ocupada por autoridades norteamericanas luego de la Segunda Guerra Mundial. Un caso más reciente es la Ley número 23.928 de la República de Argentina que empezó a regir el 1º de abril de 1991. En el artículo 7 de dicha ley se establecía claramente que *"En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor... quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravienen lo dispuesto"*.¹¹⁸ Es decir, se prohibieron todos los mecanismos directos de reajuste de las obligaciones, sin prohibir los mecanismos ex-ante o indirectos.

Las prohibiciones absolutas se suelen dar con el argumento de que este tipo de cláusulas aceleran el proceso inflacionario, especialmente si se encuentran insertas en los contratos laborales. Como bien lo expresara Hirschberg, *"la raíz del problema radica en las cláusulas indexadas incluidas en los contratos laborales que aumentan automáticamente los sueldos y salarios al aumentar el índice... La*

experiencia israelí ha demostrado que se crea un círculo vicioso, que un aumento en los sueldos y salarios trae aparejado un aumento de precios, y así sucesivamente".¹¹⁹ Este argumento obedece a una explicación de la inflación por empuje de costos, que bajo ciertas condiciones puede dificultar el control antiinflacionario del Gobierno.¹²⁰ Es necesario aclarar que no es una crítica a las cláusulas indexadas en general, sino que esta crítica hace referencia únicamente a la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos laborales.

Sin pretender discutir a fondo el tema, puede decirse que la prohibición absoluta de las cláusulas indexatorias podría resultar aún más gravosa para una economía. Un posible primer efecto sería el que las partes dejaran de contratar a plazo, lo que puede generar un clima de incertidumbre que afectará negativamente las expectativas. Segundo, los individuos racionales buscarán la forma de evadir dicha prohibición mediante mecanismos indirectos, uno de los cuales es, como ya se explicara, introducir sus expectativas de inflación en las tasas de interés nominal.¹²¹ Dado el clima de incertidumbre creado con la medida, es de esperar que las partes sobrestimen la inflación futura en sus expectativas, lo que provocará un efecto de "profecía autocumplida", y que el problema inflacionario se agrave aún más. En su lugar, las cláusulas indexatorias podrían coadyuvar a desacelerar el proceso inflacionario al disminuir las expectativas inflacionarias.¹²²

De cualquier forma, para efectos de este estudio no interesan los efectos macroeconómicos que estas cláusulas pudieran tener, sino que importa primordialmente las ventajas

117. DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op.cit.*, p. 968.

118. Artículo 7 de la Ley No. 23.928 de la República de Argentina, citado por ALTERINI (Atilio Aníbal), *La legislación desindexatoria en la Argentina: Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste*, en *Revista Judicial*, Año XVII, No. 56, junio, 1992, p. 13.

119. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas*, *op.cit.*, p. 779. En el mismo sentido, ver GURFINKEL DE WENDY (Lillian N.), *op.cit.*, p. 31 y p. 101: para una opinión en contrario ver FRIEDMAN (Milton), *Using Escalators to Help Fight Inflation*, en *Fortune*, julio de 1974, pp. 90-97.

120. En este sentido, ver PEDERSON (Jorgen), *Wage rising according to the price index*, en *International Economic Papers*, vol. 4, p. 70.

121. Esta es la solución que propone Alterini a la prohibición de indexar en la Argentina. En este sentido, ver ALTERINI (Atilio Aníbal), *La legislación desindexatoria en la Argentina: Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste*, en *Revista Judicial*, Año XVII, No. 56, junio, 1992, pp. 13-22.

122. En este sentido, GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 31.

que para las partes pueden reputar.¹²³ Antes de entrar en este análisis, veamos cuáles han sido las desventajas que se suelen mencionar.

Una primera desventaja es señalada por Ripert, quien decía que la cláusula de escala móvil puede ser anulada, no por su objeto, pero sí si tuviera una causa ilícita o inmoral, y esa causa debe ser buscada en el fin perseguido por las partes. Según él, la cláusula de escala móvil tiene por causa el motivo determinante de obtener el reembolso de una suma superior a la efectivamente prestada. Por tanto, tal motivo es ilícito por ir en contra del equilibrio en las prestaciones, e inmoral por hacer pesar sobre el prestatario el riesgo de una depreciación monetaria que él no puede por sí sólo conjurar.¹²⁴

No explica Ripert por qué debe ser el acreedor quien soporte ese riesgo y no el deudor. Si bien el acreedor recibirá nominalmente una suma superior de dinero, en términos reales será la misma. La consecuencia de aceptar esta posición es permitir al deudor pagar una suma menor a la que realmente le corresponde, por lo que se vería igualmente afectado el equilibrio en las prestaciones.

Una misma variación de esta crítica es presentada por Carbonier y Esmein, quienes decían que estas cláusulas amenazan al deudor a colocarse en una situación difícil. Por ello, proponen limitar los índices de referencia que las partes pudieran escoger, para que así "*su juego no suponga una elevación del montante de la deuda por encima de las facultades probables del deudor*".¹²⁵

Esta posición puede tener en parte razón en lo relativo a la selección del índice. Es por ello que las partes deben tener mucha precaución al elegir el índice que utilizarán para la readecuación de la obligación, pues corren el

riesgo que se den fenómenos que afecten al índice, pero no al valor real de la prestación debida. Igualmente, puede ocurrir que sí se vea afectado el valor real de la prestación, pero que no lo refleje el índice elegido. Recuérdese que esta cláusula en el fondo es una cláusula de valor mercancía, por lo que las partes deben estar conscientes de los bienes que componen la canasta del índice que seleccionarán.

Lo anterior genera la tercera crítica, en el sentido de que ningún índice proporciona la medida exacta del cambio en el poder adquisitivo. Lo anterior, debido a que "*refleja no sólo el movimiento de los precios desde el punto de vista estrictamente monetario, sino también incremento de la demanda, avances tecnológicos en los procesos de producción y comercialización, incremento en el estándar de vida, cambios en los hábitos de consumo de la población tomada como muestra, factores estos sujetos a variación no sólo de país a país sino entre diversas regiones*".¹²⁶ Dicha crítica es valedera, pero los índices son el método más eficiente que se conoce para determinar la variación del poder adquisitivo, y es sin duda más certero y objetivo que las demás formas que se han utilizado hasta el momento.

El costo de la vida, cambio en el poder adquisitivo o inflación se suele medir con el Índice de Precios al Consumidor o con el Índice de Precios al Por Mayor.¹²⁷ Lo anterior, debido a que son los que abarcan la mayor gama de productos, por lo que se les suele considerar como mejores indicadores. Por tanto, si las partes quieren protegerse de la inflación debieran utilizar las variaciones que ellos indican para reajustar sus obligaciones.

Surge a este respecto la pregunta de si el ajuste debiera ser exactamente igual al que dichos índices indican. Alguna parte de la doctri-

123. Para un listado de las ventajas macroeconómicas que las cláusulas indexatorias podrían tener en la economía, ver GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op. cit.*, pp. 31-33. Para una visión económica del problema se recomienda la lectura de GIERSCH (Herbert) y otros, *Essay on Inflation and Indexation*, Washington D.C., American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1974.

124. RIPERT, notes s/ Aix 2 avril, Dalloz, 1951, p. 401 ss., citado por DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op. cit.*, p. 976.

125. ESMEIN, *Le prêt d'argent avec clause d'échelle mobile*, en *Gaz. Pal.*, 1951, 2 Doctr. 2, citado por DE COSSIO CORRAL (Alfonso), *op. cit.*, p. 978.

126. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op. cit.*, p. 102.

127. En nuestro país el Índice de Precios al Por Mayor fue sustituido por el Índice de Precios al Productor Industrial.

na ha afirmado que la repotenciación de las deudas no debería ajustarse de acuerdo con reglas matemáticas rígidas, en atención a la aplicación mecánica de los índices. Para ellos los índices constituyen una mera guía.¹²⁸ Al contrario, creemos que *"los índices, tal como se elaboran actualmente, no son normas comparativas perfectas, pero en un mundo imperfecto son sumamente útiles y suministran un cuadro menos distorsionado de los desarrollos económicos, que de lo que hubiese sido de otro modo"*.¹²⁹ (El subrayado no corresponde al original). El resultado de la cuenta no debe preocuparnos, pues la aritmética no tiene corazón, y los números que cambian y se vuelven "muy grandes" no son tales. Dicha impresión obedece a un mero efecto psicológico.¹³⁰

La mayor ventaja de la indexación es que un buen índice toma en cuenta una canasta de bienes adecuados, de tal forma que las variaciones son en buena parte lo que se conoce como ruido blanco.¹³¹ De tal suerte, un buen índice reflejará únicamente la tendencia general de los precios de los bienes que lo componen, y no situaciones particulares de uno solo de ellos.

La cuarta desventaja va en el sentido de que los índices son publicados con cierto retraso. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica el Índice de Precios al Consumidor se suele publicar hasta diez días después de haber transcurrido el mes. Por tanto, es imposible calcular cuál fue la variación del mismo a la fecha debida de pago. Una posible solución consiste en establecer en el contrato que se tomará como

base el último publicado,¹³² lo cual implica adquirir nuevos riesgos. El primero de ellos consiste en que el índice mencionado se deje de calcular, por lo cual aplicar el último índice calculado no servirá en nada al propósito de la cláusula.¹³³ El segundo de ellos consiste en que entre el período en el que se publicó el último índice y el del pago, se produzca en la economía un severo e inesperado cambio en las condiciones inflacionarias. Lo anterior es poco probable pero no imposible, como podría ocurrir en el caso de una hiperinflación.

Habiendo visto que las cláusulas indexadas implican pocas desventajas para las partes, pasemos a ver sus ventajas como mecanismo de valorismo convencional. La principal ventaja radica en el mantenimiento del valor real del dinero.¹³⁴ *"Un índice de costo de vida ligado a la obligación es más próximo al logro de la intención de las partes, es decir, a obtener poder adquisitivo, y no una suma nominal de dinero, que otras formas de cláusulas de valor"*.¹³⁵ Dado que son los índices el mejor mecanismo disponible para cuantificar el cambio en el poder adquisitivo, resulta a todas luces lógico y racional el readecuar las obligaciones en exactamente ese mismo *quantum*.

La anterior afirmación debe, no obstante, ser tomada con cautela. Recuérdese que existen múltiples índices, y que difícilmente todos variarán en el mismo monto para el mismo período. Por tanto, debe tenerse en cuenta que dicha cuantificación no refleja en términos perfectos, sino aproximados la variación en el nivel general de precios, máxime si no se trata

128. Este argumento es generalmente utilizado por la doctrina argentina. En este sentido ver RIVERA (Julio César), *op. cit.*, p. 100; y CAZEAUX (Pedro N.) y TEJERINA (Wencoslao), *op. cit.*, p. 257.

129. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas*, *op. cit.*, p. 781.

130. DUALDE (J.), *op. cit.*, p. 15.

131. Se dice estadísticamente que un grupo de datos es ruido blanco cuando se distribuyen normalmente con media cero y una variancia única y conocida. Es decir, se distribuye de la forma $N(0, s^2)$.

132. Así lo sugieren GURFINKEL DE WENDY, *op. cit.*, p. 160; y ROJAS CHAN (Anayansy), *op. cit.*, p. 120.

133. Esto es lo que hubiera sucedido si las partes hubieran decidido utilizar el Índice de Precios al Por Mayor cuando fue sustituido por el Índice de Precios al Productor Industrial.

134. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas...*, *op. cit.*, p. 778.

135. HIRSCHBERG (Eliyahu), *ibidem*.

del Índice de Precios al Consumidor o al Por Mayor.¹³⁶ En términos económicos, esta ventaja implica que es la cláusula con riesgo mínimo, si lo que se quiere es mantener el valor real de la obligación. Y ello redundará en beneficio tanto de acreedores como de deudores.

La segunda ventaja que se suele citar es que las cláusulas indexadas no miden solamente los cambios puramente monetarios, *"sino las consecuencias de los procesos sociales y económicos que influyen sobre los precios de los bienes y servicios"*.¹³⁷ De tal suerte, las variaciones individuales en los mercados de los bienes que componen el índice, se verán también reflejadas en el cálculo del cuántum de la obligación en el momento del pago.

En tercer lugar opera automáticamente, lo que reduce el costo de tener que incurrir en posteriores negociaciones. Esto conlleva, a su vez, a desalentar las maniobras especulativas y retardatarias en las que podría incurrir el deudor. Dada una situación inflacionaria peor que

cuando se dio el contrato, el deudor está fuertemente tentado a caer en mora para que el valor real de la obligación disminuya. Es decir, sin cláusulas indexatorias y con parámetros fijos que determinen la mora del deudor, es de esperar una *"conducta maliciosa del deudor, quien amparado en el principio nominalista pretende efectuar el pago en moneda depreciada..."*¹³⁸

A manera de conclusión, se debe recalcar que las cláusulas de escala móvil o indexatorias traen grandes beneficios para las partes, especialmente en el sentido de crear un ambiente de seguridad al eliminar el factor pérdida en el valor real. *"Esta cláusula es la más indicada cuando los contratantes lo que persiguen es mantener inalterable el poder adquisitivo o valor intrínseco de la moneda nacional; ya que el índice utilizado refleja los cambios en la capacidad adquisitiva interna del dinero con relación a los bienes y servicios que se pueden adquirir con la moneda nacional."*¹³⁹⁻¹⁴⁰

F. LA CLÁUSULA DE REVISIÓN Y LA CLÁUSULA DE VARIACIÓN MÍNIMA

En este tipo de cláusula los contratantes prevén el reajuste del precio pactado en caso de que se produzca una alteración en el valor del dinero, de tal forma que se facilita la apertura de una negociación entre las partes.¹⁴¹ A manera de ejemplo, José promete pagarle a Juan mil colones en dos meses, los cuales se

reajustarán a su valor real si la inflación acumulada en dicho período medida con el IPC supera el 5%. De lo contrario, solamente pagará su valor nominal.

Como se ve, este tipo de cláusula es idéntico a la cláusula de indexación o índice de escala móvil, con la única diferencia de que el

136. Recuérdese en este sentido que el IPC suele ser considerado normalmente como el mejor indicador o estimador del cambio en el nivel general de precios o la inflación. Aún así, en las relaciones contractuales otros índices pudieran servir mejor para los intereses de las partes. Por ejemplo, en un contrato de construcción el mejor índice sería el calculado por la Cámara de la Construcción y en cuya canasta se encuentran los jornales y materiales básicos para la construcción.

137. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de valor indexadas*, *op.cit.*, p. 776.

138. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 33.

139. ROJAS CHAN (Anayansy), *op.cit.*, p. 111.

140. Se ha dejado de lado en este estudio la forma en la que se deben incluir estas cláusulas en los contratos, para lo que el lector se puede remitir a GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 127; y ROJAS CHAN (Anayansy), *op.cit.*, p. 118.

141. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 72.

ajuste no será automático. En su lugar, deberá superar un límite preestablecido para su aplicabilidad.

Una forma ligeramente diferente de esta misma cláusula es la llamada *cláusula de variación mínima*. Se dice que se encuentra a medio camino entre la cláusula de escala móvil y la cláusula de revisión. Lo único que la diferencia de esta última es que el ajuste, en lugar de ser negociado, procede automáticamente una vez que el índice supera un límite.¹⁴²

Desde el punto de vista económico, lo que están haciendo las partes es fijando bandas a la variación máxima que aceptarían en el valor real de la obligación. Las partes aceptan expresamente que el valor real pueda variar, pero solamente hasta cierto límite, sobrepasado el cual se deberá reajustar la obligación.

Lo anterior implica que el acreedor está dispuesto a "jugar" a perder una parte del valor real de la obligación. Cabe entonces pregun-

tarse si en el momento de darse el reajuste por una variación mayor a la establecida, se deba hacer en el monto exacto o tan sólo hasta completar la pérdida máxima que el acreedor estaba dispuesto a aceptar. Si aceptamos la primera solución, el deudor preferirá que se llegue al límite del máximo establecido, pues ello le reputará una ganancia neta. De aceptar la segunda, el deudor preferirá la situación donde al menos se llega al límite establecido, pues siendo así obtendrá también una ganancia.

En la doctrina no se ha tocado el punto, pero la solución correcta al dilema pareciera radicar en la primera opción, sea, en el reajuste total de la obligación. En este tipo de situaciones se crea una especie de aleatoriedad dentro de bandas, y sólo en ellas acepta el acreedor hacerlo. En todo caso, buena parte de la solución será casuística, dependiendo de la forma en la que las partes hayan determinado la cláusula.

G. A MODO DE CONCLUSIÓN

Dado que Costa Rica es uno de los tantos países que sufre de un proceso inflacionario, y a que su ordenamiento reconoce el principio nominalista, los contratos parecen condenados a sufrir grandes variaciones en sus términos reales. Sin embargo, dado que el nominalismo es *ius dispositivum*, éstas pueden, en ejercicio de la libertad de contratación, tratar de proteger de la variación de los términos reales de las prestaciones mediante la inclusión de cláusulas de estabilización en los contratos.

De todas las cláusulas analizadas, la más eficiente parece ser la cláusula de escala móvil. Sin embargo, su aplicación no es tan fácil como podría aparentar en un primer momento, por lo que las partes deben ser muy cuidadosas al seleccionar el índice. No todos ellos ajustarán el término real de la prestación con la misma eficiencia, y de dicha selección puede depender que ninguna de las partes se perjudique.

142. GURFINKEL DE WENDY (Lillian), *op.cit.*, p. 75.