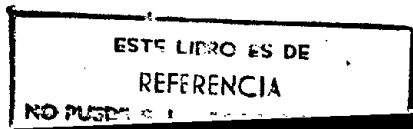


**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1987



**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR**

| | |
|---|---|
| RECTOR | Monseñor Luis Manresa Formosa |
| VICE RECTOR GENERAL | Licda. María Luisa B. de Padilla |
| VICE RECTOR ACADEMICO | DR. José Ignacio Scheifler Amézaga |
| SECRETARIO DE LA UNIVERSIDAD | Lic. Gabriel Medrano Valenzuela |
| DIRECTOR FINANCIERO | Lic. Miguel Francisco Estrada S.J. |
| DIRECTOR ADMINISTRATIVO | Lic. Oscar Montenegro Pazos |

**AUTORIDADES DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

| | |
|---|---|
| DECANO | Lic. Ernesto Viteri Echeverría |
| VICE DECANO | Licda. Carmen María G. de Colmenares |
| SECRETARIO | Lic. José Luis Muñoz Matta |
| JEFE DE AREA DERECHO PUBLICO | Lic. Roberto Cervantes Granados |
| JEFE DE AREA DERECHO PORCESAL | Lic. Angel Alfredo Figueroa |
| JEFE DE AREA HUMANA Colmenares | Licda. Carmen María G. de |
| JEFE DE AREA DERECHO PRIVADO | Licda. Josefina Chacón de Machado |
| REPRESENTANTE CATEDRATICOS | Lic. Jorge Gonzalo Cabrera Hurtarte Lic. José Fernando Rosales Méndez-Ruiz |
| REPRESENTANTE ESTUDIANTIL | Br. José Francisco Molina |

TRIBUNALES QUE PRACTICARON EL
EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

AREA DE DERECHO PRIVADO

| | |
|-----------------------|-------------------------------------|
| PRESIDENTE | Lic. Rodolfo Rohmoser Valdeavellano |
| SECRETARIO ESPECIFICO | Licda. Milagrós Català de Bruña |
| MIEMBRO DEL | |
| TRIBUNAL EXAMINADOR | Lic. José Vicente Saravia Toledo |

AREA DE DERECHO PUBLICO

| | |
|-----------------------|---------------------------------|
| PRESIDENTE | Lic. Carlos Enrique Reynoso Gil |
| SECRETARIO ESPECIFICO | Lic. Rodrigo Herrera Moya |
| MIEMBRO DEL | |
| TRIBUNAL EXAMINADOR | Lic. Mario Castillo Parada |

AREA HUMANA

| | |
|-----------------------|---------------------------------|
| PRESIDENTE | Lic. Carlos Enrique Reynoso Gil |
| SECRETARIO ESPECIFICO | Lic. Ernesto Cofiño |
| MIEMBRO DEL | |
| TRIBUNAL EXAMINADOR | Lic. Juan José Samayoa |

REGLAMENTO de trabajos de tesis de Graduación de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Rafael Landívar.

"Artículo 4o."

RESPONSABILIDADES: "Los Autores de los trabajos de tesis de graduación son los únicos responsables por el contenido del mismo".

Guatemala, 9 de febrero de 1987.

Señor Licenciado
Ernesto Viteri Echeverría
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar.

Estimado señor Decano:

Cumpliendo con el encargo que se sirviera hacerme, he asesorado el trabajo de tesis preparado por JUAN CARLOS LEJARRAGA E., denominado "La Indexación".

Durante el trabajo de asesoría - pude comprobar con satisfacción que el señor Lejarraga tiene una amplia preparación que le ha permitido abordar un tema que no se circunscribe estrictamente a aspectos jurídicos de la indexación, sino que también maneja los aspectos económicos relacionados con el tema. Creo que es función de nuestra Universidad preparar profesionales que comprendan que el derecho no existe aislado, sino íntimamente relacionado con otras materias.

Me concreté a dar una orientación de tipo general respetando en todo momento el criterio y conclusiones del autor.

En virtud de lo anterior, con suma satisfacción me permito recomendar a usted que el trabajo de tesis del señor Juan Carlos Lejarraga sea aprobado.

Con muestras de mi más alta consideración y estima.

Glaucys Marithza Ruiz Sánchez de Vielman



Quezada, Ibárgüen y Escobar

ABOGADOS Y NOTARIOS

EDIFICIO PLAZA PANAMERICANA NIVEL 7, LA REFORMA 9 00 ZONA 9, TELS: 312001, 312004, 312007, 312009 Y 312035, AP POSTAL 2840, TELEF. 5304 FRENCH GU
GUATEMALA, C. A.

FERNANDO JOSE QUEZADA TORUÑO
CARLOS IBARGÜEN TYLER †
JORGE ESCOBAR FELTRIN
ALVARO RAMON LUNA GUTIERREZ †
GUSTAVO A. BARRIOS ENRIQUEZ
ARMANDO MERIDA RUANO

BUFETE MIEMBRO
DE ASOCIACION JURIDICA
INTERNACIONAL

Guatemala, 31 de agosto de 1987

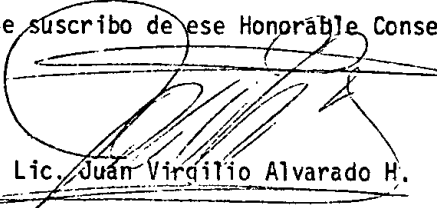
Honorable Consejo de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Rafael Landívar
Presente

Honorable Consejo:

En cumplimiento del honroso encargo que se me hiciera, por este medio hago del conocimiento de ese Honorable Consejo que he procedido a revisar - el trabajo de tésis presentado por el Br. Juan Carlos Lejarraga Estrada, el cual se intitula "La Indexación".

El citado trabajo es sumamente interesante y novedoso, ya que el tema de "la Indexación" es producto de los problemas económicos de nuestros países y que a su vez tienen incidencia actual y futura en la justicia conmutativa de los sujetos de la obligación. Es precisamente, producto de la lucha por mantener esa justicia conmutativa el surgimiento del tema de la Indexación y el estudio de su problemática jurídica, lo cual fué realizado satisfactoriamente por el Br. Lejarraga Estrada, quien le introdujo al trabajo elaborado las modificaciones sugeridas por el suscrito, por lo que en definitiva, constituye un valioso aporte a la bibliográfica jurídica, especialmente a la guatemalteca, por lo que gustosamente y con mucha satisfacción me permito recomendar su aprobación.

Sin otro particular me suscribo de ese Honorable Consejo muy atentamente,



Lic. Juan Virgilio Alvarado H.

JVAH/vrmm



UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

VISTA HERMOSA III. ZONA 16. APARTADO POSTAL 39 C
GUATEMALA, C. A. TELS. 692151 AL 5. CABLE. UNILAND

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Reg. No. D-298-87

Guatemala, 9 de octubre de 1987

Señor
Juan Carlos Lejárraga
Presente

Estimado Señor Lejárraga:

A continuación transcribo a usted el punto UNICO de la resolución de Decanatura del día ocho de octubre de 1987, que copiada literalmente dice:

PUNTO UNICO: Habiéndose cumplido con todos los requisitos reglamentarios establecidos para el efecto, se autorizó la impresión de la tesis titulada "LA INDEXACION", presentada por el alumno Juan Carlos Lejárraga.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

Atentamente,

Lic. José Luis Muñoz Matta

SECRETARIO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



cc: archivo
JLMM/rrbder

DEDICATORIA :

A DIOS
A la memoria de mi padre
A mi madre
y a quienes me han dado y
enseñado tanto, por haber
despertado en mí los
sentimientos que me llevaron
a alcanzar este momento.

)

INTRODUCCION

*CAPITULO 1 : EL DINERO

- 1.1 Concepto y naturaleza Juridica
- 1.2 Concepciones monetarias:
 - 1.2.1 En la Antigüedad
 - 1.2.2 Metalista
 - 1.2.3 Nominalista
 - 1.2.4 Valorista
- 1.3 Conclusiones sobre el dinero como el bien más idóneo del tráfico Juridico.
- 1.4 Moneda de curso voluntario, legal y forzoso.
- 1.5 El dinero en la legislación Guatemalteca.

*CAPITULO 2 : LA DEUDAS DE DINERO Y LAS DEUDAS DE VALOR

- 2.2 Concepto de las deudas en dinero, características y distinción por el objeto peculiar de su prestación
- 2.3 Los efectos jurídicos de las deudas de dinero
- 2.4 Las modalidades de las deudas de dinero
- 2.5 Las Deudas de Valor
- 2.6 Contratos de prestación continua y periódica

*CAPITULO 3 : LAS DEUDAS DE DINERO Y LAS ALTERACIONES MONETARIAS

- 3.1 Inflación y Deflación
- 3.2 Depreciación y devaluación
- 3.3 Teorías acerca del reajuste de las deudas dinerarias
- 3.4 Tipos de cláusulas de estabilización

*CAPITULO 4 : NOMINALISMO Y VALORISMO

*CAPITULO 5 : CLAUSULA DE ESCALA MOVIL O LA INDEXACION:

- 5.1 Historia
- 5.2 Ubicación dentro de las cláusulas de estabilización, denominaciones y concepto
- 5.3 Naturaleza Juridica
- 5.4 Distintos tipos y Funcionamiento
- 5.5 La indexación y el actual ordenamiento Juridico en Guatemala
- 5.6 Hacia Una Ley de Indexación: Pautas para actualizar
- 5.7 Modelo de algunos contratos que incluyen la

clàusula de Escala Mòvil
5.8 Aspectos procesales de "La Indexación"

***CAPITULO 6: EFECTOS JURIDICOS DE LA INDEXACION**
6.1 Subsistencia de la obligaciòn principal.
(Comparaciòn con la Novaciòn)
6.2 Efectos sobre las obligaciones accesorias
6.3 Efectos sobre Garantias Reales

***CAPITULO 7 : ASPECTOS ECONOMICOS DE LA INDEXACION**

***CONCLUSIONES**

***BIBLIOGRAFIA**

I N T R O D U C C I O N

Cuando las relaciones de trueque se fueron transformando en demasiado complejas, la necesidad de un instrumento que fuera el común denominador de las cosas, bienes y servicios se fue convirtiendo en imprescindible. Así fue como nació la moneda, que con el correr de los años evolucionó hasta convertirse en lo que hoy conocemos como dinero.

En etapa metalista el dinero estaba constituido por una cantidad de metal precioso que le daba el valor que en sí misma representaba. Posteriormente y luego de una serie de cambios el dinero llega a la fase nominalista; el dinero no vale ya por la cantidad de metal precioso de que está compuesto, sino por la cantidad de metal que este representa y por el valor nominal que el Estado le ha asignado.

Así, en las relaciones jurídico-patrimoniales, en las que el dinero intervenía como objeto de la prestación, no hubo problema alguno; el deudor se liberaba de la obligación entregando igual cantidad de dinero que la que había recibido o a la que se había comprometido. El dinero era redimible (o convertible) a la cantidad de metal precioso que este representaba y, por lo tanto, el poder adquisitivo se conservaba. Era la época de oro del nominalismo contractual, la equivalencia y reciprocidad de las prestaciones dentro de las obligaciones patrimoniales se mantenía.

Pero todo cambió cuando a raíz de la primera guerra mundial la situación económica de las potencias mundiales en aquel entonces se resquebrajó y esto produjo serias alteraciones económicas. El golpe más fuerte para el dinero lo constituyó que dejara de tener el respaldo en metal precioso que este representaba; consecuentemente su valor dejaba de ser real para pasar a tener el valor que el Estado le asignara. Este hecho hizo que el valor real de la moneda o poder adquisitivo y el valor nominal o valor fijado a la misma por el Estado fueran paralelos, creando así una de las enfermedades que más ha atacado a la humanidad, la inflación.

En tiempos de inflación, la equidad y la justicia distributiva contractual se ven seriamente afectadas en aquellas obligaciones en las que el dinero es objeto de la prestación, ya que si el acreedor recibe la misma cantidad de dinero que había entregado o que se le debía, este comprará menos cosas, bienes o servicios, pues el poder

adquisitivo de ese dinero es menor. Para mantener ese poder adquisitivo del dinero se han creado las llamadas cláusulas de estabilización.

Este trabajo tiene por objeto explicar, estudiar y analizar estas cláusulas de estabilización, en especial la indexación. Asimismo se estudia el dinero y la problemática que este representa en una obligación de carácter patrimonial, con el objeto de mantener en nuestro medio la equidad y justicia distributiva contractuales.

Aunque en Guatemala el problema de la inflación aun no es tan serio como en otros países, es necesario que nosotros nos adelantemos a los hechos y tomemos las medidas más adecuadas al respecto. Debemos evitar la utilización de medidas erróneas y confusas.

Esta es la finalidad de nuestro trabajo. Recordemos que el derecho es un instrumento de orden, paz y bien común. Procuramos simplificar la vida de los miembros de nuestra sociedad, de los profesionales del derecho, de los encargados de administrar justicia.

CAPITULO 1: EL DINERO

1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA:

CONCEPTO: Es indudable que existe una diferencia en cuanto al tratamiento económico y jurídico del dinero, a su método de estudio, ya que los primeros lo consideran, preferentemente, en razón de su utilidad, mientras que los segundos tratan de resolver las cuestiones desde el ángulo de la licitud o equidad. No obstante estas divergentes finalidades, se debe lograr un concepto más pleno y menos unilateral, por tanto, más genuino del dinero, sin que sólo se consideren sus características y posiciones más lucrativas, como su acumulación de capital, sus intereses, los efectos de su velocidad, circulación intensa o restringida, su multiplicación, etc..., atendiendo, además a su instrumentación política, social, ética y moral, así como a su tratamiento jurídico.

Tradicionalmente el dinero ha sido objeto de meditación y estudio, de apología y vituperio, tanto por grandes pensadores, filósofos, políticos, poetas, como por hombres de toda condición. No obstante cuando se trata de aquilatar un concepto o definición del mismo, siempre se advierte un pesimismo, misterio o una gran desazón. Así, un conocedor tan profundo del problema como lo es el gran jurista y principal representante de la escuela histórica alemana, Federico Carlos de Savigny, habla con mucha cautela de su "naturaleza casi misteriosa" que lo hace distinto de las otras cosas; Spengler también establece la "diferencia interna y casi metafísica" que existe entre las cosas y el dinero; Montesquieu, Marx, Oppenheim, Hildebrand y Simmel le atribuyen una "Naturaleza simbólica y otros hasta "mística"(1).

Desde el momento en que los hombres se reúnen y conviven en una sociedad organizada, polis o ciudad, sobre la base de la división de su trabajo, desde ese instante nace justamente la idea del dinero como el bien de referencia, como el símbolo común, como el poder patrimonial abstracto, capaz de ser la unidad de medida, el instrumento de cambio y el objeto de pago de sus intercambios y obligaciones en el tráfico(2).

Para definir más claramente el concepto de moneda, debemos considerar sus funciones. Tres de estas son generalmente reconocidas como fundamentales: 1o. Es el instrumento o medio común de cambios; 2o. es el denominador común de valores; y 3o. es el patrón de cambios diferidos. Existe una marcada uniformidad de opiniones fuertemente apoyada por destacados autores, en cuanto a que la función



puesto que no son el producto de una ciencia exacta, sino un resultado racionalmente convenido de la vida social en cuanto creación humanista, una institución correspondiente a las ciencias del espíritu.

La "Unidad ideal" esencia del concepto del dinero, es conocida por varios nombres. A menudo se le llama "Unidad Monetaria", que es la que utiliza la Ley Monetaria Guatemalteca en su artículo primero que dice así: La unidad monetaria de Guatemala se denomina "Quetzal". También se le ha denominado "unidad Abstracta", "unidad de cuenta", "unidad de Valor", terminos que han sido descartados por los tratadistas por no encontrarlos exactamente adecuados o por ser muy vagos o equivocados (7). Finalmente, desde un punto de vista económico, podríamos definir el dinero como "La unidad ideal de medida que sirve para cuantificar el valor económico de las cosas, de los bienes y de los servicios en los intercambios de los hombres y en sus consideraciones patrimoniales".

NATURALEZA JURIDICA: Con respecto al dinero, con la característica básica de ser una "unidad ideal", de encontrar sus orígenes en una ciencia inexacta y de tener una peculiaridad tan especial, de antemano nos atrevemos a indicar que el dinero no puede ser encajado en ninguno de los parámetros que se han utilizado para la clasificación de los bienes, únicamente podemos decir que el dinero tiene una naturaleza "Sui Generis".

Una cosa para ser "bien" en sentido jurídico debe poseer las siguientes cualidades: presentar una utilidad económica, tener una función autónoma y ser capaz de un ligamen jurídico. Es indudable que el dinero posee esas cualidades, por lo que pertenece a la categoría jurídica de los "bienes".

Para principiar podemos decir que el dinero ha sido clasificado por la mayoría de los tratadistas y de las legislaciones como un bien mueble. Nuestra legislación no lo clasifica expresamente como tal, pero el artículo 451 de nuestro Código Civil establece que son bienes muebles: lo. Los bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos... por lo que inferimos que el dinero es un bien mueble.

Entre las características del dinero tenemos la generalidad absoluta del mismo, debiendo analizar si el dinero puede ser clasificado en la dicotomía establecida entre bienes genéricos y bienes específicos. Resulta claro que el dinero es un bien genérico, ya que tan solo viene indicado de un modo cuantitativo, por su suma, sin que las referencias a las diversas monedas en que se materializa lo desposean de su calidad como género. El signo o materia en que viene concretado el dinero como moneda resulta

intrascendente, de aquí que las especificaciones de monedas por las partes en sus negocios, cuando funcionan como dinero (no como mercancía, según ocurre en las colecciones numismáticas), no por ello resulta una obligación específica, sino que sigue siendo una obligación de naturaleza genérica, ya que el objeto de la prestación es un "Genus". Por tanto, ante el caso de una imposibilidad de encontrar una determinada especie monetaria de las pactadas, el deudor no queda exonerado por pérdida, perecimiento o desaparición de la cosa, como sucedería en las demás obligaciones, sino que es exigible, ya que el dinero es un género que no perece, que se encuentra siempre en el tráfico, y de no ser posible pagar en la especie pactada, siempre lo es en la de curso legal en el lugar de pago. Como concluye la doctrina italiana, la generacidad del dinero es de un grado superlativo, diríamos absoluta, debido a su naturaleza homogénea en cuanto es un bien de naturaleza abstracta y no una cosa física exclusivamente; se trata de una generacidad de grado sumo como no la posee ningún otro bien genérico que puede llegar a agotarse o desaparecer, mientras, que el dinero existe siempre en el tráfico ya que es impercedero. En conclusión, hay que decir que el dinero queda al margen de la dicotomía establecida entre bienes genéricos y bienes específicos, dada su naturaleza particular.

También se hace necesario examinar si el dinero puede ser clasificado en la distinción fundamental establecida para los bienes muebles en cuanto fungibles y no fungibles. Podemos tomar como definición de bienes fungibles y no fungibles la que nos da nuestro Código Civil en su artículo 454 el cual dice: "Los bienes muebles son fungibles si pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad; y no fungibles los que no pueden ser reemplazados por otros de las mismas cualidades. Desde el punto de vista físico la fungibilidad es esencialísima y analizar esta característica sería irrelevante.

Desde el punto de vista abstracto nos muestra dos ángulos: El primero, que es el atribuido al fenómeno de conversión entre las monedas de distintos países es la operación más idónea y característica que la cualifica como dinero, al suponer una simple operación aritmética de equivalencia entre sus valores contables, por lo que a pesar de sus diferentes especies las excluye en cuanto a su consideración como cosas no fungibles. El segundo, es que el dinero tiene otra característica que lo diferencia de las demás cosas fungibles y es la "liquidez" no física, sino jurídica, por lo que resulta el bien más fungible que ninguno; es un bien ultrafungible, o de una fungibilidad absoluta, en cuanto es el común denominador de las demás cosas y bienes (materiales e inmateriales) en la vida de las

relaciones patrimoniales de las personas. La liquidez viene a ser una homogeneidad abstracta que posee el dinero en cuanto unidad contable que se hace patente a través de la moneda en curso. En consecuencia, el dinero tampoco puede ser clasificado como fungible o no fungible, dada su peculiar ultrafungibilidad, que lo hace distinto de los demás bienes fungibles; es un bien jurídico concebido como una unidad ideal, cuya capacidad de sustitución no viene determinada por un criterio cualitativo, por ser su potencia de sustitución absoluta al serlo el mismo de las demás cosas, bienes y servicios.

En cuanto a la clasificación de las cosas como consumibles o no consumibles, el dinero también presente sus peculiaridades que no lo hacen asequible a un encuadramiento en cualquiera de ambas categorías. Los bienes consumibles son aquellos que no pueden ser económicamente utilizados sin que vengan destruidos o que por su uso pierden su estructura y su naturaleza. Los bienes y cosas no consumibles son aquellos que por su sustancia y naturaleza permanecen a través de su uso y disfrute, aunque perecederamente. Ni el dinero como género ni la moneda como especie, o concreción de dicho género, son consumibles en el sentido físico que presentan las cosas o bienes que se destruyen por su utilización; el uso y el consumo del dinero, en cuanto moneda, no implica su destrucción material, sino un acto de enajenación o traslación de la misma. Resulta, pues, impropio hablar de la consumibilidad del dinero, porque el dinero es algo que siempre existe en el tráfico; según se ha visto, es el género que no perece, por lo tanto constituiría un contrasentido. Es que el gasto es un concepto subjetivo, derivado de una actuación de la persona en el campo patrimonial; una persona gasta dinero cuando hace salir de su patrimonio una suma determinada del mismo; el gasto se ha producido en cuanto que de su haber patrimonial se ha distraído una suma de dinero, la cual ya no vuelve a ser utilizada, por lo que el gasto de dinero es un acto de enajenación de moneda o de cambio. El dinero muestra una vez más su propia naturaleza como un bien jurídico "Sui Generis".

Finalmente, otra de las clasificaciones en que entran las cosas y bienes materiales es la de divisible e indivisible, según la aptitud que posean para su fraccionamiento sin perder o perdiendo la misma función que desempeña el todo. Una divisibilidad material del dinero sería absurda, ya que la mitad de una pieza metálica monetaria o un billete de banco supondría su destrucción y dejaría de ser dinero, no valdría nada. Por ser el dinero el bien jurídico que como unidad ideal puede alcanzar una divisibilidad abstracta, resulta el término de referencia o equivalente para una cosa indivisible físicamente pueda ser valorada o reducida a una

cuantía monetaria o suma de dinero, la cual siempre es divisible y objeto de reparto. En definitiva que la divisibilidad del dinero resulta ajena al concepto de división física de las demás cosas y bienes, ya que su idoneidad no se basa en el fraccionamiento material, sino en su partición abstracta o ideal, en unidades de medidas cuantitativas equivalentes al todo. Es el bien más idóneo para dividir las cosas y bienes indivisibles por su divisibilidad absoluta, no permitiéndonos encajar al dinero en esta dicotomía.

1.2 CONCEPCIONES MONETARIAS:

1.2.1 EN LA ANTIGUEDAD:

Los más antiguos medios de cambio consistieron en varios tipos de ganado (particularmente bueyes y ovejas), además de pieles, granos, conchas marinas y otros objetos, generalmente de valor para el hombre primitivo, para quien todo lo que tenía ribetes de sobrenatural ejercía una gran atracción.

En el pensamiento griego, ya Aristóteles verá en la moneda un intermediario que sirve para estimar todas las cosas relacionándolas en una medida común, pues sin ella sería imposible entre aquellos objetos diferentes; por lo cual--concluye-- era necesario una medida común, cualquiera que ella fuese, fruto de un convenio, llamada "moneda"; con ella todo se somete a la misma medida, todo se valora en moneda. Para efectuar los cambios dice Aristóteles, los hombres convienen entre ellos el dar y coger una materia que siendo útil por sí misma fuese de un manejo fácil para los usos de la vida, como, por ejemplo, el oro o la plata. Para Aristóteles la moneda está sometida a las mismas vicisitudes que le ocurren a las mercancías, por lo que no siempre tiene el mismo valor.

En el pensamiento romano, que ya tenía una economía esencialmente monetaria, cuyos principios y normas llegan hasta nuestros días con una validez universal, la idoneidad de los metales preciosos (oro y plata), para entender contenida en la moneda una unidad de valor, pudo conducir en un principio o época a que se pesasen las monedas como garantía de su valor y su materia; pero hemos de entender que ya en las Doce Tablas las monedas no se entregaban por lo que intrínsecamente venían compuestas, sino por la cuantía numérica. De especial importancia es que nace el cuño o sello que se graba en la moneda y que suple aquella operación de pesada y medida por la garantía pública de su valor que se establece como unidad de medida para contar y pagar.

El jurisconsulto Paulo(8), concretamente dice que:"El origen de comprar y del vender comenzó en las permutas; porque antiguamente no había moneda como ahora, ni una cosa se llamaba mercancía ni la otra precio, sino que cada uno permutaba según la necesidad de los tiempos y de las cosas, las inútiles por las útiles, ya que muchas veces sucede que lo que a uno le sobra a otro le falta. Pero, porque no siempre, ni fácilmente ocurría, que cuando tú tuvieses lo que yo deseara, yo a mi vez tuviera lo que tú quisieras recibir, se eligió una materia cuya valoración pública y perpetua evitase, mediante la igualdad de la cuantía, las dificultades de las permutas. Y esta materia marcada con un signo público, implica un uso y un dominio que no se basa tanto en la sustancia específica como en la cuantía; desde entonces no constituye ambas cosas mercancías, sino que una de ellas se denomina precio". En conclusión, en Roma, sobre todo en sus épocas clásica y postclásica, la moneda es el instrumento de medida de valor patrimonial o económico de las cosas en la vida comercial y cuya idoneidad se basa fundamentalmente en la valoración estatal o pública--lo que actualmente denominamos valor nominal--, por lo que es la igualdad de su cuantía, marcada pro el cuño público, la que la caracteriza por todas las relaciones jurídicas en que interviene como instrumento de cambio y objeto de pago.

1.2.2 LA CONCEPCION METALISTA DEL DINERO:

Las monedas acuñadas son piezas de metal destinadas a circular dentro de la comunidad, cuya cara consigna la certificación de su peso y ley. Se cree que las primeras piezas monetarias aparecieron en Asia Menor en el siglo VII antes de Cristo(9). En la faz intermedia entre las monedas-mercancía y la primitiva era de la acuñación, aparecieron varios tipos de medios metálicos de intercambio, entre los cuales las barras de oro y de plata que representaban pesos definidos y se acercaban mucho a las piezas acuñadas.

Para los autores metalistas la moneda resulta una mercancía como cualquier otra, por lo que su valor radica en la materia de que está compuesta, resultando que sus funciones de medida de valor y medio general de cambio responden como consecuencia de la idoneidad del metal que la integra, de su aspecto cualitativo, independientemente del valor atribuido por la autoridad que la puso en circulación.

La concepción metalista del dinero, que ha de tener su pleno desarrollo en el mundo medieval y llegará hasta la época moderna, en cuanto teoría cualificada, puede decirse que es de reciente formulación y quedará así denominada al ser contrapuesta por Knapp(10), definidor del nominalismo contemporáneo. Desde entonces, puede decirse que la

teoría metalista adquiere un rótulo y un contenido propios entre los economistas.

En un principio, la moneda recibe el valor legal impuesto por el poder absoluto de los príncipes con el apoyo de la doctrina regalista, que la justifica incluso ante los excesos y los abusos de la autoridad. Será en la baja Edad Media cuando se produzcan las frecuentes variaciones en el valor de las múltiples monedas circulantes, ya debido a asignaciones arbitrarias, bien porque era frecuente rebajar la pureza del metal noble en su aleación con otros más ordinarios e inferiores. Ante este envilecimiento de la moneda--lo que hoy conocemos por inflación--, su valor de cambio decrecía respecto a su valor nominal, por lo que se imponía una regresión a su control de medida y de peso, a su aspecto cualitativo, en función del metal noble que contenía(11).

El desarrollo de la técnica de acuñación fue extremadamente lento. La mayor parte del circulante acuñado fue muy deficiente, en general, hasta el siglo XIX, y ofrecía gran incentivo al cercenamiento y falsificación. En la determinación del valor de la moneda sólo se toma en cuenta el contenido del metal puro. La bondad de la moneda vendrá distinguida según la pureza del metal noble que contenga, y secundariamente por la atribuida autoritariamente, por lo que los canonistas, según Endemann, harán una neta distinción entre la "Bonitas Intrínseca" y "Bonitas Extrínseca" de las monedas, aunque para Miller la distinción entre su calidad material y su poder atribuido ya se encuentra en Enrique de Gent, el cual deslindaba el valor metálico de su valor nominal, así como las monedas extranjeras de las nacionales(12). Al identificarse el valor de la moneda con la del metal de que estaba compuesta, ésta se convertía en una mercancía; por lo que en realidad el metal pasaba a ser objeto cierto de la prestación obligatoria, concluyendo por asimilarse las deudas monetarias en deudas de metales concretos. La moneda, pues, se reducía en metal fino y concluía por ser el objeto mismo de la prestación obligatoria.

Más tarde sucede un fenómeno nuevo se hacía prácticamente imposible para cualquier persona tener todas las monedas de metal(ya fueran de oro o de plata)en su poder, era sumamente incómodo y arriesgado trasladarse de un lugar a otro con ellas, con lo que se empezaron a depositar estas monedas en casas de confianza(vemos aquí nacer lo que hoy conocemos como una institución bancaria), quienes a su vez entregaban un título el cual correspondía a la cantidad de monedas entregadas. Pronto estos títulos recibieron una gran acogida por la facilidad que estos representaban en todos los sentidos y a la vez porque eran de total confianza y podían ser convertidos a las monedas que se habían entregado. Es así como nacen los "Billetes de Banco", que

eran simples promesas de pago o pagarès y consiguientemente papeles comerciales, cuya potencia circulatoria deriva más de la confianza pública y de la solvencia del emisor que de la ley. En apoyo de la teoría francesa(13) se dice también que el billete de banco constituye una deuda y es realmente un título, un valor mobiliario.

El acontecimiento importante del siglo XIX es la consideración que se le dà al billete de banco como dinero y que incluso, comience a darse y aceptarse como verdadera moneda debido a su conversión en moneda de metal noble. En principio, si el billete de banco es consuetudinariamente usado como dinero y moneda de "Curso Voluntario", concluirá por integrarse en los sistemas monetarios como moneda de "curso legal" para pasar a serlo de curso "forzoso"; términos que explicaremos más adelante por la trascendencia que tiene para este trabajo.

Para la nueva concepción metalista(14) la existencia de un fondo oro supone la garantía general de toda circulación monetaria, estando destinado a regular la emisión de papel moneda, así como el curso de los cambios para mantener en el ámbito nacional y extranjero la estabilidad y la confianza de la moneda. Además, constituye una reserva que, en caso de necesidad, garantiza una determinada cantidad de metal noble mediante la convertibilidad. Para los últimos metalistas, se concibe la moneda como un bien económico-jurídico que es portador de un poder adquisitivo; de este modo, llegan a identificar el dinero con la unidad de cálculo.

EL PATRON ORO:

Un sistema monetario moderno se halla edificado sobre una unidad ideal y sobre ciertos tipos monetarios corporales coordinados sobre la base de esa unidad. Al considerar los distintos aspectos de los sistemas monetarios, el primer problema que debe ser tratado es el del patron (estándar)(15). Se refiere éste al metal, a cuyo valor la unidad básica del sistema(y a través de ella todo el sistema monetario), se halla unida. La palabra se refiere a una situación en la cual la conexión entre la unidad monetaria y la unidad metal se mantiene por el juego de un mecanismo automático. En su forma clásica, tal cual existía antes, era libre la importación y la acuñación del oro, impidiéndose así que el valor de la moneda excediera el valor del lingote; las monedas de oro podían ser libremente fundidas y exportadas, evitándose así que el valor del lingote excediera el valor de la moneda; el papel moneda era recusable o bien fácilmente convertible en oro,

de suerte que su tenedor tenía la seguridad de obtener monedas de oro en cualquier momento. Las monedas de oro tenían, de más está decirlo, curso legal(16).

La adopción de este patrón en los principales países trajo consigo el establecimiento de un precio uniforme y equitativo del oro en todo el mundo. Este patrón oro clásico ya no existe. Fue reemplazado, primero por el patrón lingote-oro del que es ejemplo típico el Gold Standard Act inglesa de 1925 (17). Esta ley abrogó la redimibilidad de los billetes individuales del Banco de Inglaterra, impuso a éste la obligación de vender barras de oro de 400 onzas troy, contra el pago en moneda de curso legal, es decir, billetes del propio banco. Este patrón ya propuesto por David Ricardo en 1816 (18) puso fin a la abundante circulación de oro amonedado, convirtió a los billetes de banco en el medio principal de cambio y mantuvo, al mismo tiempo, la característica esencial del patrón oro, en cuanto incorporaba a los billetes el derecho del tenedor de recibir oro. Existía todavía la convertibilidad, pero desapareció la redimibilidad.

Bajo la presión de la crisis monetaria mundial, todos estos patrones han desaparecido prácticamente. La moneda es hoy en día "administrada" por el gobierno. Ya no existe el sentimiento de orgullo del individuo de otros tiempos, que creía poder encerrarse tranquilamente en una fortaleza de oro, resguardada contra las alteraciones económicas y políticas del mundo exterior (19).

1.2.3 LA CONCEPCION NOMINALISTA DEL DINERO:

La concepción monetaria disociada del elemento metálico es comúnmente llamada "Nominalista", término que encuentra su raíz en la filosofía escolástica como antitético de "realismo". En su aplicación monetaria no es muy clara, desde que la referencia al "Nonem" de la moneda no sugiere la idea contenida en el concepto("Numeralismo" sería quizá más exacto), pero la expresión "nominalismo" indica suficientemente la cualidad formal del enfoque en cuanto es opuesta a "metalismo". La concepción nominalista se expresa a menudo diciendo que la moneda es un "signo" o un "Símbolo"(20).

Está dicho que las funciones de la moneda se cumplen por el valor que ella tiene, y en virtud de ese valor se miden los bienes para el intercambio. Es el valor de la moneda como el común denominador de los demás valores que permiten instrumentar el cambio. Es también ese valor el que le permite equilibrar las prestaciones en los contratos y aplicar la moneda al pago de las obligaciones.

La moneda no tiene solo un valor sino que tiene siempre por su carácter de moneda, o sea, de curso legal, un valor extrínseco a la cosa misma que es su valor nominal

atribuido por el Estado en el ejercicio de su poder soberano de emitir moneda y de fijar su valor. El valor nominal, por lo tanto, es exponente de una concepción estatal estrictamente jurídica o nominalista del dinero.

Dentro del sistema metalista el valor nominal tenía una precisa correlación con el valor intrínseco de la moneda oro o plata. Dentro del régimen de moneda de papel convertible existía una paridad entre el billete y las especies en que podía convertirse.

Impuesto el curso forzoso de la moneda de papel sin respaldo en oro (papel moneda), la relación entre el valor nominal y el valor en curso se quebró.

En realidad, fue el filósofo alemán SIMMEL quien dedujo del supuesto carácter simbólico de la moneda, que ésta no necesita tener valor en sí misma. La exagerada acentuación de las consecuencias del nominalismo a impulsos del curso forzoso y de la depreciación de la moneda inherente a los procesos inflacionistas, ha abierto causas a la tesis valorista que sin negar el principio nominalista ha permitido corregirlo y moderarlo. En este capítulo no se va a desarrollar extensamente el nominalismo y el valorismo por ser puntos medulares de este trabajo y porque se les dedicará más adelante un capítulo completo.

1.2.4 LA CONCEPCION VALORISTA DEL DINERO:

La concepción nominalista del dinero se quiebra ante las alteraciones monetarias, puesto que el valor nominal atribuido a la unidad monetaria disminuye, se deprecia en el tráfico o bien se desvaloriza por los gobernantes. Si a estas alteraciones que se producen en el ámbito nacional añadimos las que provienen del ámbito internacional, concretamente con las que se derivan de la economía del dólar americano que abandonó en 1970 el sistema oro y acoge el sistema de flotación en los cambios con las demás monedas entre sí, se pone de relieve la grave situación a que nos lleva la concepción nominalista del dinero y la crisis que presenta al dejar de mantener una unidad de medida o canon estable, como es el valor de la moneda para el intercambio de los valores patrimoniales.

El valorismo monetario, nace como una reacción al nominalismo dinerario, despliega su efectividad en base al principio general concretado en el "valor real" del dinero, es decir, el que adquiere en el tráfico, por lo que se contrapone a aquel valor nominal fijo, impuesto, estático y ficticio, vulnerable por las alteraciones. La formulación de la deuda de valor tiene un carácter científico y utilitario a la vez y se ha originado en un esfuerzo de la ciencia jurídica impuesto por la necesidad de conservar la SUSTANCIA del patrimonio. Expondremos a profundidad este tema

en los próximos capítulos.

1.3 CONCLUSIONES SOBRE EL DINERO COMO EL BIEN MAS IDONEO DEL TRAFICO JURIDICO:

Después del examen de las cualidades jurídicas del dinero y de su desarrollo, se obtiene una importante conclusión: Que no es como las demás cosas o bienes materiales, que pueden proporcionar una utilidad directa, sino que es un bien de mediación cuya utilidad resulta precisamente al ser un instrumento de unidad de medida, de cambio y de pago de aquellas cosas, bienes y servicios. Es el bien por excelencia capaz de resumirlos a todos los demás.

La incorporación de la idea abstracta de dinero en la moneda, en cuanto unidad de medida o de cuenta, se realiza a base del principio de autoridad en el hecho concreto de la acuñación de la moneda. Esta investidura solemne, esta configuración formal, es lo que da vida al dinero; por eso, ya desde Aristóteles se caracteriza el dinero como una institución de naturaleza artificiosa, creada por los individuos o los ciudadanos que viven en una ciudad o reino.

Este potencial económico del dinero lo hace idóneo para desarrollar sus funciones como unidad de medida de valor patrimonial, en cuanto instrumento de cambio de las demás cosas, bienes y servicios, y en cuanto medio de pago para saldar las obligaciones jurídicamente contraídas. Es que, en el fondo, el dinero no es más que un signo de fiducia, de confianza en un símbolo que representa y resume aquella aportación de riqueza y de trabajo que cada persona realiza dentro de su comunidad social. Es que el dinero es un bien jurídicamente cualificado, al poseer una generalidad absoluta y una ultrafungibilidad específica, al gastarse pero no consumirse, al implicar la divisibilidad abstracta de las demás cosas, bienes y servicios, y al poder desarrollar su función de equivalencia respecto de todo otro bien o valor patrimonial, logrando así simplificar, agilizar, concretizar las relaciones jurídico patrimoniales entre los componentes de una sociedad, constituyéndose en un instrumento de paz, justicia y equidad.

En definitiva, el dinero es una categoría normativamente concebida, de aceptación universal, capaz de contener en sí un poder patrimonial concreto a través de la moneda que, en cuanto bien jurídico, es el bien por excelencia de las demás relaciones patrimoniales.

1.4 MONEDA DE CURSO VOLUNTARIO, LEGAL Y FORZOSO:

Dentro del derecho monetario es común encontrar los términos de moneda de curso legal, o moneda de curso forzoso, sin que en realidad comprendamos bien la distinción entre uno y otro, la cual puede trazar importantes diferencias en el estudio de lo que es la moneda y sus consecuencias dentro del campo normativo, por lo que en breve expondremos estos términos.

Ya hemos visto que al final de la época metalista se entregaban o depositaban "voluntariamente" a una casa encargada de esta función todas aquellas monedas que se deseaban guardar o con las que se deseaban hacer transacciones y a cambio el propietario de esas monedas recibía un título o un billete que representaba la cantidad de moneda depositada, así pues estos billetes tenían un "curso Voluntario", es decir, por la propia voluntad de las partes estos eran librados, transmitidos, cambiados etc., existiendo plena convertibilidad de los mismos.

La moneda de curso legal es aquella que el acreedor no puede rehusar jurídicamente en pago si le es ofrecida por el deudor en cumplimiento de la obligación. Se trata de un concepto universal. Las expresiones latinas "Curso Legal" tienen más en cuenta la anotada calidad de ser medio legal de pago que la moneda en sí misma; es el resultado de la actividad legislativa más bien que de la costumbre(22). La moneda de curso legal en realidad tiene su nacimiento en la época en que el Estado decidió recoger todas las monedas que tenían un valor propio, como eran todas las monedas de oro y plata, a cambio se recibía un billete el cual el Estado da su carácter de fiduciario, de medio de pago, de instrumento de cambio, con requisitos y características de carácter oficial. Una de las características principales es que un billete de este tipo, hasta el momento en que se usó el patrón oro, era totalmente convertible a la cantidad de metal que este representara. Obligado a entregar cierta cantidad de unidades monetarias, el deudor se libera válidamente efectuando ese pago con billetes del Banco de Guatemala. El acreedor que recibiera billetes podría, por otro lado, cambiarlos inmediatamente por monedas de oro o el metal que representara en las ventanillas del banco. La regla de curso legal tenía, pues, por finalidad tan sólo facilitarle al deudor su liberación, evitándole los gastos que habría requerido el transporte de las monedas de oro, por ejemplo.

La ley de curso legal no compromete los intereses del acreedor, puesto que le resulta posible convertir inmediatamente, en las ventanillas del banco, los billetes que haya recibido en pago. Por el contrario, cuando el legislador decreta el curso forzoso de los billetes de banco, institutos de emisión (el Banco de Guatemala) están autorizados para

no reembolsar los billetes que hayan emitido: el billetes de banco no es ya convertible; por lo tanto, el acreedor recibirá billetes por su valor nominal, que ya no podrá cambiar. El curso forzoso es una consecuencia de haber eliminado el patrón oro y, además, tiene por consecuencia necesaria la desvalorización del billete; por no estar ya unido indisolublemente el valor del billete al oro, dependerá de las circunstancias económicas y políticas, del déficit presupuestario, de la inflación a la que se entregue el gobierno(23).

En Guatemala, el artículo octavo de la ley Monetaria dice: Los billetes y las monedas emitidas por el Banco de Guatemala tendrán curso legal y poder liberatorio ilimitado en todo el territorio nacional(24).

Por último solo queremos aclarar que en el transcurso de este trabajo se hace mención a la moneda de curso legal, la cual, en los días en que vivimos significa implícitamente de curso forzoso, ya que, la inconvertibilidad de la moneda hoy en día es un hecho. Asimismo en la ley y muchos tratados se utiliza el vocablo de curso legal que implica también el curso forzoso.

1.5 EL DINERO EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA:

En cuanto a la época precolombina podemos decir que los indígenas tuvieron la noción clara de rareza y escasez, a esto hay que atribuir la preferencia en la utilización de cacao como medio de cambio y unidad de cuenta. Aparte de este aspecto había una actitud mental de privilegio: se consideraba el cacao como una bebida de los dioses. La moneda precolombina puede dividirse así: 1o. Moneda popular: el cacao; y 2o. Moneda Cara: plumas de Quetzal, mantas de algodón, jade, granillos de oro(25).

En la época colonial se dan serios problemas debido a que no existe una moneda unificada, inclusive se sigue utilizando el cacao, se trafica con monedas de muchas colonias inglesas y españolas. En cartas escritas por los presidentes de las audiencias de aquel entonces de fechas 10 de diciembre de 1714 y marzo de 1717, ellos, patentizando el "miserable y lastimoso estado de todas las provincias de aquella jurisdicción por su pobreza y falta de comercio, consecuencias de la falta de moneda, que no permitía la cuantificación de los frutos, cuyas circunstancias determinaba inestabilidad en la sedentariedad de los habitantes urbanos y rurales", motivaron para que el Marqués Torre de Campo(26) indicara que el mejor remedio era el de que en Guatemala se instalara una casa de moneda o mas bien para que se autorizara la facultad de fabricar moneda. Así, el 17 de

enero de 1731, mediante Real Cédula se concedió licencia a la capitanía de Guatemala para poder acuñar moneda a través de esta institución realenga(27).

Pero aún así, continuaron los problemas de escasez, por lo que por medio del acuerdo de Gobierno del 10. de junio de 1836 sobre la circulación de moneda se da curso legal a toda moneda legítima nacional o extranjera. Es interesante, pues, que circulaban monedas extranjeras y estas eran aceptadas o más bien deberían ser aceptadas en cualquier pago.

En el año de 1855 también a la onza de oro se le dio calidad de moneda de curso legal a través del decreto del Gobierno de fecha 7 de marzo de ese año. En ese mismo decreto se hace una unificación o una tabulación de los valores de las monedas que entonces circulaban para simplificar los cambios y el comercio; entre las monedas se encontraban chelines ingleses, pesetas, pesos chilenos, monedas de plata francesa etc.(28)

Por medio del decreto de fecha 11 de abril de 1859, se fija que el peso fuerte que acuñaba nuestra casa de la moneda debería contener 492 gramos de oro.

El 9 de julio de 1869 por decreto de esta fecha, por primera vez se declara que la unidad monetaria de la República es el peso. Asimismo se establece que estas monedas serán recibidas por el valor que representan. En este mismo decreto se manda a retirar de circulación toda la moneda de oro y plata que haya sido acuñada antes del 9 de julio de 1869 a fin de unificar la circulación monetaria de la República(29).

En el decreto 103 dado por el entonces presidente de la República se hace un nuevo intento de unificación monetaria y por primera vez se habla de "cambio de unas monedas por dinero redondo o papel". En el referido decreto el cual es de fecha 20 de agosto de 1873 se ordenaba entregar al depositante de las monedas "vales al portador", los cuales deberían ser de curso forzoso hasta el 31 de diciembre de 1873 fecha en la que podían ser convertidos a monedas nuevamente.

Por medio del decreto 105 de fecha 27 de agosto de 1873 se autoriza el establecimiento del primer banco en Guatemala con el nombre de Banco Agrícola Hipotecario". Pero este banco ya no llegó a llamarse como mencionamos, su nombre fue Banco Nacional de Guatemala, el cual entre una de sus funciones y la cual consideramos de gran trascendencia, era emitir billetes al portador de curso legal y cambiables a la vista por dinero efectivo, de acuerdo con el decreto de fecha 23 de mayo de 1874 con el número 121(30).

Uno de los fenómenos monetarios más importantes dentro del desarrollo de la moneda en Guatemala lo constituye el creado por el decreto 150 de fecha 3 de mayo de 1876

dictado por el Presidente de la República por medio del cual por "motivos de alarma de guerra se presentasen cantidades de billetes que no podrian ser cambiados", se suspende el cambio de billetes por efectivo en el Banco Nacional, naciendo asi lo que hoy conocemos por moneda de curso "forzoso" y deja de ser moneda de curso legal con el importantisimo efecto de que los billetes dejan de ser convertibles a la cantidad de metal que ellos representaban. Pero a pesar de esta disposici3n, segun el decreto numero 14 se sigue fabricando y poniendo en circulaci3n monedas de oro y de plata, asi como tambien siguen teniendo curso legal las monedas extranjeras en especial el dolar americano, es decir, que estas monedas extranjeras podian o tenian la capacidad de librar al deudor de su deuda y el acreedor deberia recibirlas.

Ya en esos dias el pais entra en la era del billete, y se hace el encargo al Gobierno de los Estados Unidos de emitir 130.000 pesos en billetes a trav3s del acuerdo del 5 de octubre de 1887(31).

Posteriormente se decretaron varios acuerdos por medio de los cuales se aprobaba la creaci3n de varios bancos privados, teniendo entre sus facultades estos bancos la de emitir billetes. A estos billetes el Gobierno les conferia la calidad de "moneda Legal", pudiendose efectuar con ellos cualquier pago inclusive si en las escrituras se estipulaban pagos en plata.

Desde 1899 hasta el a3o de 1924 no se da ningun cambio sustancial en lo que a la ley monetaria se refiere, solo podemos hacer menci3n de que la situaci3n econ3mica del pais era lamentable. El Gobierno de Estrada Cabrera habia llevado la moneda de Guatemala a uno de los abismos m3s profundos de nuestra historia, a tal extremo que en 1895 el cambio con respecto al peso oro estaba al dos por uno; en 1917-18 el cambio lleg3 al setenta y cuatro por uno.

Por lo tanto era necesario que se diera una reforma monetaria y se reestructurara nuevamente el sistema monetario, era necesario crear una unidad monetaria m3s estable y que tuviera respaldo, naciendo asi la reforma monetaria que iniciara el Presidente Herrera, la continuara Orellana y la concluyera Ubico. Hay que hacer menci3n que es es una de las unicas obras de gobierno que logr3 estar en manos de tres distintos gobiernos y llegar a feliz t3rmino, ya que, esta reforma monetaria es la que hasta hoy en dia le procur3 solidez a nuestra moneda.

La Ley Monetaria y de Conversi3n decretada en 26 de noviembre de 1924 por el ejecutivo y aprobada en mayo de 1925 por la Asamblea Lejislativa crea como unidad monetaria de Guatemala el "Quetzal". Se ordena a los Bancos entregar todos los billetes emitidos por ellos, y para reunir el

respaldo en oro el Estado y los Bancos ingresan a las arcas de la "caja reguladora" un fondo de reserva metálica que debería constituir por lo menos el cuarenta por ciento de los billetes en circulación. El otro sesenta por ciento se garantiza con las operaciones activas del Banco, como lo dice el artículo 40 de aquella ley(32).

En el año de 1926 se crea el "Banco Central de Guatemala" con el privilegio de único Emisor de Billetes. Todas las monedas eran acuñadas en Londres así como los billetes(33).

Es interesante mencionar que el curso forzoso estuvo planteado de una forma muy suspicaz, ya que, habría plena convertibilidad cuando los bancos lograran entregar a la caja reguladora el activo necesario para completar el valor de sus billetes, cosa que políticamente en aquella época logró la confianza del público, la tranquilidad y la sanidad monetaria.

La ley Monetaria y de Conversión emitida por el decreto Legislativo número 1379 de fecha 2 de mayo de 1925 quedó abrogada por el decreto número 203 del Congreso de la República de fecha 29 de noviembre de 1945 y que constituye nuestra actual ley Monetaria.

Entre las modificaciones más importantes están: La división del Quetzal es de acuerdo con el sistema decimal. Se disminuyó la cantidad de oro que representaba cada Quetzal. Posteriormente, el decreto 203 del Congreso de la República fue modificado por los decretos números 22-72 y 16-73 por medio de los cuales se siguió disminuyendo la cantidad de oro que representaba cada Quetzal hasta que por medio del decreto número 10-78 del Congreso de la República se abandonó la paridad con el oro y se estipuló lo consagrado por el artículo 30. de ese decreto que dice: El valor externo del Quetzal será equivalente a un dólar (US\$ 1.00) de los Estados Unidos de Norte América.

Hemos creído conveniente haber desarrollado este subtema, no sólo porque nos demuestra el desarrollo monetario que se ha dado en todos los países, sino porque también nos ilustra en cuanto a nuestras transformaciones monetarias en la historia, ayudándonos a una mejor comprensión de lo que es el desarrollo de la moneda y en especial de nuestro Quetzal.

- (1). Citado por Bonet Correa José. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1981. Pag. 220
- (2). Idem. Pag. 220
- (3). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayù, Buenos Aires. 1954 Pag. 16
- (4). Diccionario de la Lengua Española. Décimo novena edición. Real Academia Española. Madrid, 1970
- (5). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario nacional e Internacional. Ediciones Arayù, Buenos Aires 1954. Pag. 22
- (6). Las deudas de dinero. Bonet Correa José. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1981 pag. 227
- (7). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e internacional. Ediciones Arayù. Buenos Aires, 1954 . Pag. 22
- (8). Bonet Correa José. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1981 pag. 123
- (9). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayù. Buenos Aires 1954, pag. 82
- (10). Citado por Bonet Correa Jose. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1981 Pag. 126
- (11). Idem. Pag. 126
- (12). Idem. Pag. 127
- (13). Citado por Arthur Nussbaum. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayù. Buenos Aires, 1954. Pag. 101
- (14). Citado por Bonet Correa JOse. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1981, Pag. 134
- (15). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Editorial Arayù, Buenos Aires 1954 Pag. 172
- (16). Idem. Pag. 173
- (17). Idem. Pag. 173

- (18). Idem. Pag. 174
- (19). Idem. Pag. 174
- (20). Idem. Pag. 23
- (21). Idem. Pag. 24
- (22). Idem. Pag. 6
- (23). Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Volumen III Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires 1960 Pag. 153
- (24). Ver decreto 203 del Congreso de la República.
- (25). Roberto. R. Quintana. Apuntes sobre el desarrollo Monetario de Guatemala. Editado por el Banco de Guatemala. 1971. Pag. 3
- (26). Historia de la Moneda en Guatemala. Argentina Díaz Lozano y Daniel R. Contreras. Biblioteca del Banco de Guatemala.
- (27). Idem.
- (28). Idem.
- (29). Idem.
- (30). Idem.
- (31). Idem.
- (32). Idem.
- (33). Idem.

CAPITULO 2: LAS DEUDAS DE DINERO Y LAS DEUDAS DE VALOR:

2.1 LAS OBLIGACIONES EN GENERAL:

Se ha considerado necesario iniciar este capítulo haciendo referencia a las obligaciones puras, para luego pasar a las obligaciones dinerarias. Para tal efecto, podemos decir que la etimología latina de la palabra obligación nos dice que ésta viene de OB y LIGARE, denotando ante todo una significación de atadura, de sujeción, de lazo de unión, de vínculo. Pero ya Justiniano en tremendo progreso, nos dijo que no era un vínculo cualquiera, sino un "vinculum iuris", un vínculo de derecho; un ligamento que ha de ser hecho "segund ley e segund natura"(1).

Federico Puig Peña nos da su concepto de obligación diciendo que es "la relación Jurídica en virtud de la cual una persona, para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra una determinada prestación, que, caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de ésta"(2).

Como elementos de la obligación, tenemos: El Vínculo Jurídico; los Sujetos; y la prestación, siendo éste último elemento el más importante para nuestro estudio y que analizaremos a continuación. No cabe duda que el sujeto activo y pasivo de la obligación se hayan vinculados o ligados en la relación obligatoria con respecto a un objeto, pues tanto la pretensión de aquél como el deber de éste tiene que referirse a "algo", sin el cual no se concibe la existencia del vínculo. Ese "algo" que vincula y que consiste en el objeto de la obligación es la "prestación"; es decir, el comportamiento que tiene derecho a exigir el acreedor del deudor, en virtud del vínculo obligatorio. Ahora bien, ese comportamiento se traduce: o en un "dare", en un "facere", o en un "non facere". Nuestro Código Civil no nos define lo que es una obligación, sino que más bien nos dice en que consiste una obligación al decir en su artículo 1319 así: Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer una cosa(3). Pero para que una obligación llegue a existir jurídicamente es necesario que el objeto de la misma (prestación) reúna los siguientes requisitos: A) Ha de ser posible: Efectivamente, ninguna persona puede obligarse a una prestación imposible; y si se obligara, la obligación sería nula, pues el Derecho sólo puede extender su manto protector sobre aquello que es en sí mismo posible. En el tercer párrafo del artículo 1538 se establece que los hechos han de ser posibles. B) Ha de ser lícita: El derecho no puede obligar a una persona a que realice un acto ilícito; por eso la licitud es condición esencial de la

prestación; al respecto nuestro Código Civil (decreto ley 106) en su artículo 1251 establece que el negocio jurídico requiere para su validez: ... objeto lícito. y C) Ha de ser determinada: Si la obligación supone una restricción a la libre actividad del deudor, es lógico que aparezca fundamentalmente determinada, con el fin de que no se quede aquél sujeto al arbitrio exagerado o desmesurado del acreedor. Ahora bien, ya desde el derecho romano se admite que la determinación del objeto de la prestación puede realizarse "Ab initio", es decir, en el momento de constituirse la obligación o "a posteriori", después de haber nacido aquélla, siempre que se tenga la certeza de que podrá determinarse en el momento de su cumplimiento, como lo preceptúa el artículo 1538 del Código Civil que dice: No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan. La obligación puede quedar inicialmente determinada en las llamadas "Obligaciones específicas", que tiene por objeto una cosa cierta y determinada, de tal forma que no sea posible su confusión con otra. Asimismo, la obligación puede ir también debilitándose en cuanto a su determinación, conforme se va entrando en el género como sucede con las obligaciones "Genéricamente limitadas" en las que el objeto de la prestación ha de salir de una cantidad de cosas de cualidades comunes. Finalmente, la determinación se debilita aún más en las llamadas "obligaciones Genéricas" refiriéndose a un género de cosas de cualidades comunes.

La determinación "a posteriori" puede realizarse de las siguientes formas: A) Por la referencia a una circunstancia exterior, así por ejemplo, para que el precio en una compra-venta se tenga por cierto, bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta; y si se trata, por ejemplo, de valores, granos, líquidos u otras cosas fungibles, también se tendrá por cierto el que la cosa vendida tuviere en determinado día, bolsa o mercado o se fije una tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado con tal que sea cierto; B) Por el señalamiento que verifique una persona distinta de los contratantes; y C) Por el señalamiento que haga una de las partes en arbitrio de equidad, con previa fijación de bases para la determinación. En cuanto a la determinación "A priori" creemos que no hay problema, ya que este tipo de obligaciones son las más comunes; en cuanto a la determinación "A posteriori" creemos que nuestro Código Civil la contempló en el artículo 1538 al decir: No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

2.2 EL CONCEPTO DE LAS DEUDAS EN DINERO, CARACTERISTICAS Y DISTINCION POR EL OBJETO PECULIAR DE SU PRESTACION:

Junto a los términos clásicos de las prestaciones específicas y genéricas los tratadistas modernos sitúan las llamadas deudas pecuniarias u obligación de entregar sumas de dinero, de relevantísima importancia, ya que el dinero constituye el objeto más importante sobre el cual versan las obligaciones(4). Así, pues, se puede decir que existe una deuda de dinero cuando una persona, llamada deudor, resulta obligada a pagar una suma o cantidad de moneda a otra persona, llamada acreedor, que puede exigirla.

A partir de Nussbaum el dinero lo identificará con las monedas que lo representan, diciendo que son aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben, no como lo que físicamente aparentan, sino en cuanto fracción, equivalente o múltiplo de la unidad ideal(5). Cualquiera que sea la postura doctrinaria que se mantenga sobre el ser del dinero o de su expresión empírica de moneda, lo que de ninguna manera puede concluirse es de que se trata de una cosa corriente, ya que tanto el "dinero" en cuanto bien inmaterial y abstracto, y la "moneda", en cuanto expresión material y concreta, poseen una naturaleza e identidad propias, participan de ambas, siendo una inherente a la otra debido a su simbolismo, por lo que supera su materialidad como cosa o bien mueble, lo que obliga a tener que explicar no solo su naturaleza ideal o abstracta, sino aquellas otras notas concretas y específicas que la caracterizan y distinguen de las demás cosas y bienes.

CARACTERISTICAS

Al ser el dinero una unidad ideal para medir el valor económico o patrimonial de las demás cosas, bienes, servicios y derechos, cumple una función de ser el "valor en cambio de los bienes". Sus características y régimen jurídico no corresponden con las demás cosas o bienes muebles, ya que en su exclusivo contenido empírico o material no quedan agotados ni su ser ni sus funciones, porque prevalece su significado de "poder patrimonial abstracto", el cual, cuantitativamente, constituye el débito del deudor; por eso, el deudor pecuniario no lo es de monedas ciertas, sino de una suma o cantidad de dinero.

Otra característica entre las monedas como expresión material del dinero, es que siempre resultan convertibles entre ellas, ya que sus diversas especies no son más que características accesorias de su expresión como dinero. También la llamada consumibilidad o gasto del dinero y de

las monedas no viene referida al desgaste físico o destrucción de su materialidad, sino al aspecto de entrega o de traspaso de dominio que se hace de ellas por su transferencia de un patrimonio a otro.

El dinero, como la moneda, es siempre un bien más fungible que las cosas fungibles; esta "ultrafungibilidad" del dinero está basada en su naturaleza valorativa, en cuanto es un equivalente que puede sustituir al interés patrimonial poseído por las demás cosas, bienes, servicios y derechos. Al suponer el dinero un "valor equivalente", su capacidad sustitutiva es absolutamente amplia en el ámbito de las relaciones económicas y patrimoniales(6).

Además el dinero, siempre es divisible numéricamente según un sistema decimal hasta el infinito. Esta divisibilidad abstracta y contable del dinero en cuanto a las demás cosas, bienes, servicios y derechos, le otorga una capacidad de sustitución valorativa y cuantificable respecto de ellas en las situaciones más complejas y conflictivas, como ocurre en el caso de cosas y bienes que por su naturaleza empírica o formal son indivisibles y, no obstante, se debe proceder a un reparto de las mismas.

Otra característica que hace del dinero y de la moneda como un bien jurídicamente distinto de los otros bienes materiales e inmateriales, es que sus frutos no son frutos naturales, sino "frutos civiles", ya que no se derivan de su reproducción biológica o por su separación material, sino por su creación normativa o legal.

Si el dinero presenta esta naturaleza y funciones en cuanto bien propio y singular, con unas características y efectos idóneos, que económica y jurídicamente lo diferencian de los demás bienes y cosas materiales e inmateriales, dada su utilidad indirecta, por ser una unidad de medida del valor patrimonial en las relaciones humanas, al poseer una idoneidad en cuanto instrumento de cambio con las demás cosas, bienes, servicios y derechos y, proplamente al ser justamente el medio de pago de una prestación en las relaciones obligatorias debido a su poder liberatorio, se habrá comenzado por esclarecer no solo su concepto y significado, sino también al comprender sus particularidades que consecuentemente distinguen a las llamadas "deudas de dinero" de las demás modalidades o gamas de obligaciones.

2.3 LOS EFECTOS JURIDICOS DE LAS DEUDAS DE DINERO:

Examinadas las notas características o peculiaridades de las deudas de dinero, ahora hay que concretar los particulares efectos o consecuencias que su naturaleza especial les imprime en las diversas relaciones jurídicas

que tienen lugar dentro de las múltiples actividades negociales que componen el interés de los acreedores y deudores.

Dado que la deuda de dinero tiene por objeto de su prestación una porción, suma o cantidad de poder patrimonial abstracto en cuanto valor debido y determinado monetariamente, resulta que el deudor debe conseguir trasladar al acreedor aquella porción de poder o valor abstracto para producir el primer y fundamental efecto de esta deuda que es su pago o extinción. Al respecto, nuestro Código Civil en su artículo 1383 señala: "Para hacer pago válidamente en las obligaciones de dar en que se ha de transferir la propiedad de la cosa, es necesario ser dueño de lo que se da en pago y tener capacidad para enajenarlo. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero u otra cosa fungible no habrá repetición contra el acreedor que la hubiere gastado o consumido de buena fe".

El pago es el cumplimiento normal de una obligación que implica esa liberación que se produce por una salida o traslación del dinero, realizada por el deudor, al sacarlo de su patrimonio y entregarlo a su acreedor. Esta operación cotidiana de traslación y compensación por dinero se lleva a cabo mediante entrega de unidades monetarias en la cantidad y clase que se acuerde por las partes. Por eso una de las características fundamentales de las deudas de dinero es la de que es una deuda de cantidad, porque el deudor sólo se libera de su deuda de dinero si paga la misma cantidad de unidades monetarias a su acreedor. A este respecto, nuestro Código Civil en el artículo 1395 señala que el pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha en que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación.

El efecto señalado por el artículo 1396 de nuestro Código Civil que se refiere a las obligaciones cuya cantidad de dinero debe pagarse en moneda extranjera; es aquel que indica que el deudor cumplirá con entregar su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en la plaza el día de pago. Este efecto obedece al principio de soberanía monetaria y que establece que en Guatemala la moneda de curso legal es el Quetzal, principio que más adelante analizaremos.

Otro efecto de las deudas de dinero es el que se refiere a la posibilidad de su pago parcial según se regula en el artículo 1387 del Código Civil que dice: El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y no podrá efectuarse parcialmente, sino por convenio expreso o por disposición de la ley. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y la otra ilíquida podrá el acreedor exigir el pago de la primera sin esperar a que se le liquide

la segunda; así lo señala Jose Bonet Correa (7) y dice: Esta especial característica de la posibilidad de extinguir la deuda parcialmente es solo exclusiva de las deudas de dinero (artículo 1169 del Código Civil Español).

Por otro lado, la "liquidez" de una deuda de dinero presenta efectos ejecutivos como lo podemos ver en el artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil al decir que procede la ejecución en la Via de Apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, LIQUIDA y exigible: lo.; de lo cual inferimos que si la cantidad de dinero no es líquida no procede la ejecución(8).

Otro aspecto peculiar de las deudas de dinero se advierte cuando se produce un pago retrasado, o se da lo que conocemos por mora del deudor, pues, no habiendo pacto en contrario, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, el interés legal, tal y como lo regula nuestro Código Civil en su artículo 1435.

2.4 LAS MODALIDADES DE LAS DEUDAS DE DINERO:

Las deudas de dinero se distinguen de las demás deudas u obligaciones en que el objeto inicial o final de su prestación siempre es el dinero y no otras cosas, bienes, servicios u obras. La moneda, normativamente, suele reunir una serie de condicionamientos de legitimación que se concretan, fundamentalmente: A) Por la materia de que se componen; B) Por el ámbito territorial para el que es dada; C) Por la autoridad que la acuña; y D) Por las diversas modalidades en que puede ser pactada como prestación de una relación obligatoria(9).

A) Por la materia de que están compuestas, las monedas pueden ser metálicas, de papel o escriturarias.

Las monedas metálicas están integradas por metales nobles (oro y plata) o más ordinarios (cobre, aluminio, etc.). La moneda también puede ser acuñada o impresa en papel, por lo que adquiere el nombre de papel moneda, como sucede con los billetes de banco, los cuales, por carecer de un valor intrínseco relevante se denominan monedas fiduciarias; por eso, su valor resulta nominalmente determinado por la autoridad estatal que la emite. Por último la moneda puede ser escrituraria, contable o de giro, también conocida por dinero bancario, cuando procede de la actividad que se desarrolla en los bancos, concretamente en sus libros de contabilidad de haber y debe, así como en sus cuentas corrientes. Este dinero, en realidad todavía no tiene la categoría de moneda, al carecer de sus notas más fundamentales, cuales son legalidad, autonomía y liquidez,

siendo necesario que los títulos o documentos escritos donde aparece se proceda a su realización o ejecución en moneda de curso legal, como sucede, igualmente, para la serie de modalidades expresadas en otros documentos mercantiles o títulos de crédito, que aparecen particularizados con los nombres de cheques, giros postales, letras de cambio y tarjetas de crédito(10).

B) Por el ámbito territorial donde circula la moneda ésta adquiere la denominación de nacional cuando se refiere a la moneda dentro de un estado determinado, como el Quetzal en Guatemala, la Peseta en España y extranjeras cuando se refiere a la moneda de un Estado dentro de otro Estado, así por ejemplo las pesetas en Guatemala. La distinción que se establece de las monedas nacionales o extranjeras tiene unas concretas repercusiones dentro del régimen jurídico nacional e internacional de las deudas de dinero, al surgir una modalidad concreta, cual es la deuda pecuniaria especificada o deuda de moneda extranjera, según se expondrá más adelante. También la moneda extranjera, cuando se trata de una divisa estable y fuerte, puede constituir un índice de valor pactado que sirva de referencia para calcular la determinación cuantitativa de una prestación pecuniaria que deba actualizarse en base a una cláusula de estabilización pactada por las partes. La organización monetaria internacional de los países de economía liberal de mercado, facilita e intensifica los intercambios mediante el reconocimiento del principio de convertibilidad de sus monedas(11).

C) Por la autoridad que las acuña, las monedas son creadas generalmente por el poder de los gobernantes, y excepcionalmente por las fuerzas sociales privadas cuando se producen crisis de autoridad, como por ejemplo en la Alemania de la primera guerra mundial, en la que se uso, cigarrillos-moneda, los sellos de correo, etc. Actualmente la moneda es acuñada por el Estado. En base a disposiciones normativas adquiere la consideración de moneda de curso legal, a la cual se le puede imprimir un curso obligatorio o forzoso, por lo que adquiere la categoría de unidad de medida patrimonial y su fuerza liberatoria de las deudas. En Guatemala únicamente el Banco de Guatemala puede emitir piezas monetarias dentro del territorio de la República y ninguna otra persona o entidad pública o privada, podrá poner en circulación billetes, monedas o cualesquiera otros objetos que fueren susceptibles de circular como dinero(12).

D) Finalmente, a la vista de los diversos condicionamientos que puede adoptar una moneda, así como en base al margen de autonomía de la voluntad concedido normativamente a las partes en una relación obligatoria, o bien por la naturaleza y función jurídico-económica de la relación, o ya por la clase de negocio que se lleva a cabo,

se aprecian dos modalidades fundamentales de deudas de dinero: 1a. La deuda dineraria simple o generalizada; 2a. La deuda dineraria concreta o especificada(13).

1a. La deuda dineraria simple o generalizada: Es aquella cuyo objeto de su prestación es una determinada cantidad o suma de dinero entendida en moneda de curso legal del lugar de pago. Se trata, pues, de la deuda de dinero por antonomasia, al ser la más común, usual y generalizada; es decir, aquella que las partes contraen sobrentendiendo que se trata de poder exigirlo, o deber entregar una determinada suma o cantidad de moneda de curso legal del país conforme con el valor nominal y el poder liberatorio que les asigna el Estado. Por tanto, el deudor cumple con su obligación con el solo hecho de entregar aquella cantidad de moneda de curso legal prometida sin atender a otras consideraciones y riesgos. Que por la deuda dineraria simple se deba tan sólo una cantidad concreta de moneda de curso legal, mejor dicho, una suma abstracta de dicha moneda se basa en un principio general admitido por el legislador que se denomina "principio nominalista del dinero" y por el cual se mantiene la identidad cuantitativa y cualitativa del dinero o de la unidad monetaria (Quetzal igual a Quetzal)(14).

Con el principio nominalista del dinero, las partes, al concretar una suma o cantidad de dinero como objeto de pago, lo que se propusieron en un principio fue obtener el intercambio de valores económicos queridos como el resultado de un juicio valorativo de sus contraprestaciones. Por eso, el principio nominalista del dinero contribuye a que la unidad monetaria no sea tan sólo una medida de valor contable, sino a sostener la permanencia del valor de la moneda y con ello la seguridad de las relaciones, así como los efectos equitativos de la deuda dineraria simple, la cual queda fijada concretamente en una cuantía o suma de moneda de curso legal, sin atender a otros acontecimientos o riesgos. De tal suerte, este es el principio que norma las deudas de dinero simples en Guatemala y que se encuentra consagrado en el artículo 1395 del Código Civil, y que explicaremos y desarrollaremos a profundidad en el siguiente capítulo(15).

2a. La deuda dineraria concreta o especificada: La deuda dineraria concreta o especificada, según los tratadistas es ante todo una deuda de dinero, porque el objeto de su prestación es una moneda de curso legal, es decir, la suma o cantidad de una moneda concreta y determinada elegida por las partes por sus cualidades específicas. Dado que las monedas de curso legal pueden ser de diferentes modalidades, según queda ya visto, bien por la materia de que están compuestas, bien por el país que las acuña, cabe la posibilidad de que el deudor pacte y se comprometa a entregar específicamente una cantidad determinada de alguna de estas monedas concretas

(nacionales o extranjeras)(16).

La deuda monetaria concreta o especificada, según sus características produce los mismos efectos de la deuda monetaria simple o generalizada, en cuanto que el deudor no queda exonerado de su responsabilidad con la consiguiente extinción de la obligación por la imposibilidad sobrevinida, ni por fuerza mayor. Es que las monedas de curso legal, por su convertibilidad entre ellas, mediante una operación aritmética de equivalencia de valores, hace posible que sean sustituidas unas por otras y que, en definitiva, al carecerse de la moneda concretamente pactada, se pague con la moneda de curso legal del lugar de pago. A este respecto nuestro Código Civil señala en su artículo 1396 que si el pago tuviere que hacerse en moneda extranjera, cumplirá el deudor con entregar su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en la plaza el día de pago. Es interesante como la legislación guatemalteca expresamente excluye o más bien niega la existencia de un tipo de deuda dineraria concreta o especificada para Guatemala, ya que el artículo 20. de la ley monetaria en su segundo párrafo dice: Es nula toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga obligaciones en plata u oro metálico, en moneda o divisas extranjeras; sin embargo, a las obligaciones dinerarias concretadas en moneda extranjera no les dá una nulidad absoluta, ya que ese mismo artículo dice que no obstante la nulidad, esta no invalidará el contrato principal cuando éste pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional (el Quetzal), en cuyo caso se liquidarán las respectivas obligaciones en quetzales, efectuando las conversiones sobre las paridades legales correspondientes, ya sea al momento de la celebración del contrato o bien al momento del pago, según resulte más favorable al deudor.

En el ámbito de las relaciones jurídicas se acude con mayor frecuencia a utilizar y pactar, dentro de las deudas pecuniarias concretas las llamadas deudas en moneda extranjera, que son a las que nos referimos en el párrafo anterior, es decir, aquellas deudas cuyo objeto de su prestación no es una unidad monetaria nacional, sino que se pacta una divisa o moneda de otro país de curso legal.

Ahora bien, el pacto o especificación de una moneda extranjera concreta, en primer lugar, debe ser distinguido según las partes lo hagan en función exclusiva del ámbito nacional, o bien con un alcance internacional para el que se contrae la deuda de dinero, puesto que los resultados que se obtienen respecto a los efectos jurídicos, o legales, son distintos en cuanto a su validez y eficacia, debido a las diferentes modalidades establecidas por los ordenamientos monetarios de cada país, o del lugar de pago y que no entraremos a profundizar por no ser el punto medular de este

trabajo(17).

2.5 LAS DEUDAS DE VALOR:

La deuda es de valor, en un primer aspecto, cuando la prestación no está integrada por dinero, ni consiguientemente es debido éste; pero la realización de la misma exige la traducción en dinero de aquello que se debe(18). Básicamente este tipo de obligaciones tienden a confundirse con lo que es una deuda de dinero o lo que se conoce como una deuda pecuniaria, pero más adelante veremos que se trata de dos tipos completamente distintos de obligaciones. El elemento que nos confunde en ambas es el dinero, pero en realidad juega un papel muy distinto en cada una de ellas.

La deuda de valor se distingue precisamente en que el objeto de su prestación inicial de la relación obligatoria es un poder adquisitivo o valor patrimonial determinable, el cual, finalmente, en el momento de su cumplimiento se concreta y materializa en una determinada suma o cantidad de moneda de curso legal(19). Que el objeto de la prestación venga integrado por un valor o un poder adquisitivo concreto y no por una suma de dinero fija y determinada, en cuanto causa inicial de dicha relación obligatoria, conduce a los autores a considerarla, ya desde la época medieval hasta la moderna, que existe una deferencia para esta modalidad que, por lo demás se concluye realizando en dinero(20).

Lo verdaderamente esencial nos dice Hernandez Gil(21) es, pues, que en ambos casos, ya sea una deuda de un valor patrimonial o una deuda de un poder adquisitivo concreto es: que se deba un valor; y que este valor no sea nominal del dinero. Asimismo, continua este autor, es nota característica de la deuda de valor la de que en la fijación de ese valor se tenga en cuenta las mutaciones económicas derivadas del transcurso del tiempo que, en definitiva, repercuten en la estimación dineraria.

Jorge Bustamante Alsina nos hace una sencilla pero muy completa deferenciación de lo que es una deuda de valor y lo que es una deuda de dinero, así nos dice: " La doctrina clásica en esta materia señala que en la deuda de valor no se debe dinero sino precisamente un valor que constituye la prestación -- in obligatione-- , pero ese valor se mide y se paga con dinero -- in solutione-- . En tanto que en la obligación de dinero que nace como un deuda de cierta cantidad de dinero la prestación está fijada en esa cantidad de dinero que permanece invariada -- in obligatione-- hasta el pago --in solutione--"(22).

La distinción adquiere mayor relieve después de la reforma monetaria alemana de 1948 y a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en su sentencia

del 14 de julio de 1952, donde se advierte que se deben distinguir las deudas de dinero y las deudas de valor de dinero, pues, aunque en ambos casos la resolución de la prestación es en dinero, en las primeras el objeto de dicha prestación es más simple en cuanto se refiere a la sola entrega de una suma de dinero de la unidad monetaria, mientras que, en las últimas, la prestación de la suma de dinero no se obtiene por su consideración a los elementos jurídicos monetarios, sino en relación con los precios de una mercancía en una época determinada(23).

Los primeros en formular esta distinción en el derecho comparado fueron Arthur Nussbaum en su libro Derecho monetario nacional e internacional y Tulio Ascarelli en su libro La moneda, consideraciones de derecho privado(24). Así posteriormente J. Bustamante Alsina, Hernandez Gil y Manuel Albaladejo(25).

Manuel Albaladejo(25) nos dice al respecto que para establecer una deuda de valor a pagar en dinero, es preciso no fijar suma a entregar según el valor nominal de la moneda, sino fijar otra cosa cuya relación con el valor nominal del dinero nos dé la cantidad de dinero que de éste se debe entregar.

Ahora bien, según la mayoría de los tratadistas que ya citamos, existen dos clases o supuestos de las deudas de valor, y estas son:

A) La deuda de valor en el sentido que se debe la estimación de algo: Como en el supuesto de la reparación del daño o relativas a la indemnización de daños y perjuicios, el responsable debe reponer los bienes del patrimonio que ha sufrido el daño. La deuda de resarcimiento carece de expresión monetaria desde el origen, pero constituye un valor económico que debe determinarse para el pago. El resarcimiento está referido al daño y éste tiene un valor económico, el dinero sirve para medirlo y la suma que se paga equivale al valor de aquel(26). El daño es algo que en sí mismo permanece inalterado en el transcurso del tiempo y subsiste en el patrimonio del damnificado mientras no sea reparado. Por ello debe variarse el monto nominal del crédito de indemnización.

Es también deuda de valor la de los alimentos, tanto porque tiene por objeto el abono de lo indispensable para atender a determinadas necesidades, cuanto porque los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según la necesidad del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. La fijación de lo debido con referencia a las necesidades y en función del aumento o disminución de aquellas y de la fortuna del obligado, introduce en la deuda una variabilidad característica de la deuda de valor(27).

B) Deuda de valor en el sentido de que se debe una cantidad de dinero sin sujeción al valor nominal: Deudas de valor en el segundo aspecto antes indicado, son aquellas en las que se excluye el valor nominal del dinero como medio de determinar el valor de lo debido. Su ingreso en el tráfico jurídico se opera, generalmente, no a virtud del directo reconocimiento por la ley, sino a través de la previsión contractual mediante la utilización de las cláusulas de valor o cláusulas de estabilización(28).

Es el caso de las deudas que tienen una cantidad determinada desde el origen, pero expresada en poder de compra en virtud de la aplicación de un índice. La indexación la convierte en una obligación cuya prestación es en natura, pero para su pago es en dinero. Es en natura porque la prestación como toda prestación en natura es insensible a la alteración de la moneda, ya que no se deteriora su valor; es en dinero porque no se paga en especie sino que en unidades monetarias(29).

Este segundo supuesto es el que se refiere al objeto de este trabajo de tesis. Nuestra intención en este capítulo es la delimitar la diferencia ontológica que existe entre las deudas de dinero y las deudas de valor. En los siguientes capítulos haremos un análisis más profundo de ambas, analizaremos el nominalismo frente al valorismo y haremos un análisis de la naturaleza jurídica de las deudas de valor en especial las deudas indexadas.

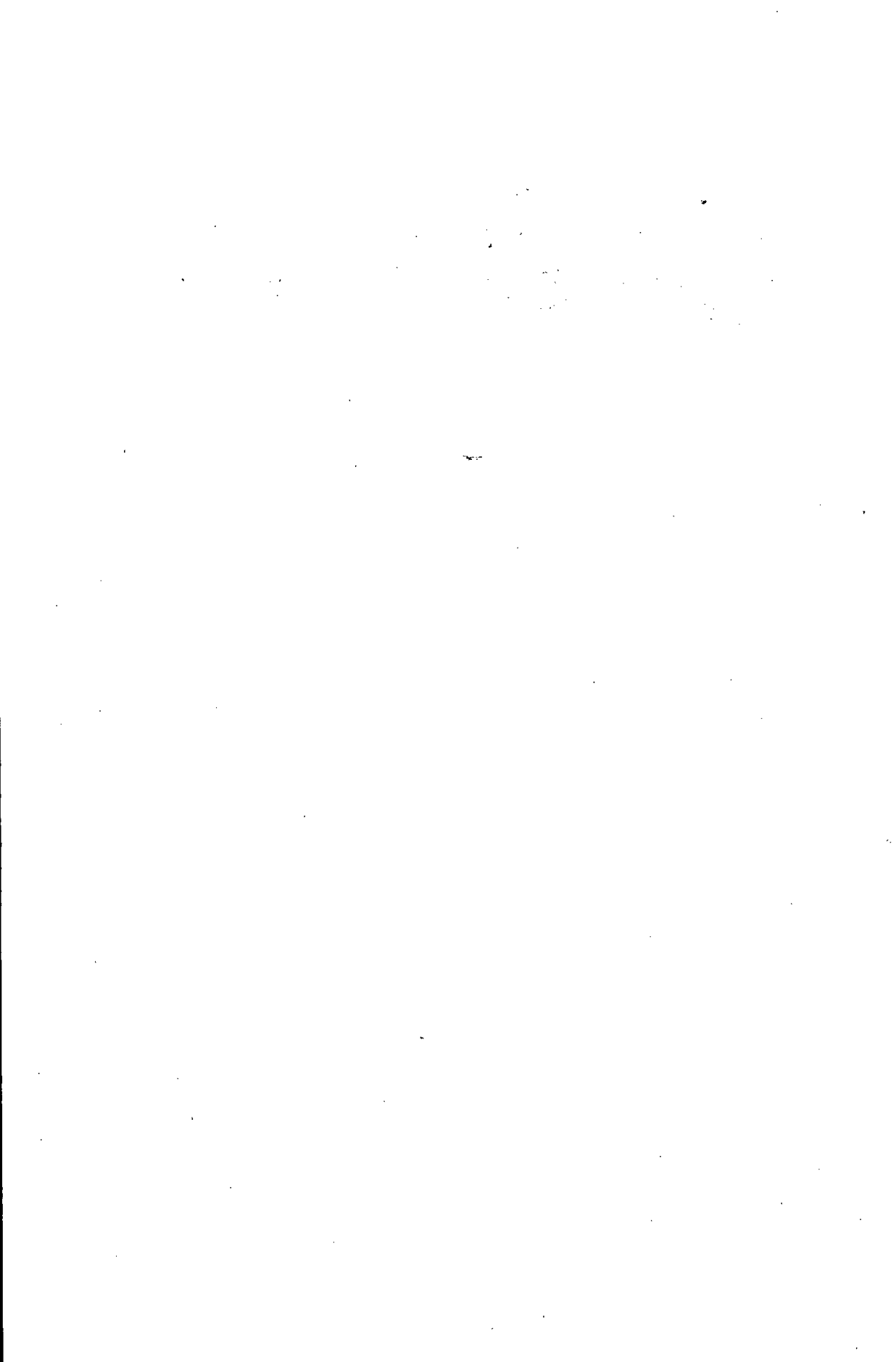
2.6 Contratos de prestación continua y periódica:

Por la importancia que tendrá en este trabajo, hemos considerado conveniente definir y delimitar lo que son los contratos de prestación continua y periódica, así nos dice al respecto Diego Espín Cánovas (30) que atendiendo a su desarrollo en el tiempo cabe dividir las obligaciones en: Instantáneas (o de tracto único) o duraderas (o de tracto sucesivo), y aún estas últimas pueden dividirse en continuas y periódicas. Prestación instantánea o de tracto único es aquella que se realiza y agota en un acto, como el pago del precio en la compraventa al contado. Prestación duradera continua es aquella que sólo se realiza y cumple prolongando durante cierto tiempo una determinada conducta del deudor, como acontece en el arrendamiento de cosas, en que el arrendador ha de mantener en el goce de la cosa arrendada al arrendatario durante todo el tiempo que dure el contrato, y, generalmente, en las

prestaciones negativas, por ejemplo no edificar, no ejercer una profesión etc. Prestación duradera periodica es la que está constituida por actos no continuados, pero que ha de renovarse o repetirse durante cierto periodos, como acontece en el pago del precio en la venta a plazos, o en el contrato de suministro. La prestación periodica puede obedecer a dos causas completamente distintas, pues puede tratarse de actos periodicos que forman una sola unidad, como la venta a plazos, o bien tener una cierta autonomia los actos periodicos, como puede suceder en el contrato de suministro, siendo muy diferente las consecuencias que pueden derivarse en un caso y en otro. Por su parte, la distinción entre prestación instantánea y duradera tiene especial importancia respecto a la teoria del cumplimiento y los efectos de la llamada cláusula Rebus Sic Stantibus (31)

- (1). Federico Puig Peña. Compendio de Derecho Civil Español. Segunda Edición. Tomo III. Obligaciones y contratos. Editorial Aranzandi. Pamplona 1979. Pag.10
- (2). Idem. Pag. 14
- (3). Ver Decreto-ley número 106.
- (4). Federico Puig Peña. Compendio de Derecho Civil Español. Segunda Edición. Tomo III. Obligaciones y Contratos. Editorial Aranzandi. Pamplona, 1979. Pag. 117
- (5). José Bonet Correa. Las deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1981. Pag. 106
- (6). Idem. Pag. 262
- (7). Idem. Pag. 280
- (8). Ver Decreto-ley 107
- (9). Bonet Correa José. Las deudas de Dinero. Editorial Civitas S.A. Madrid 1981 Pag. 258.
- (10). Idem. Pag. 287
- (11). Idem Pag. 288
- (12). Ver artículo 4o. de La Ley Monetaria, Decreto No.203 del Congreso de la República.
- (13). Bonet Correa José. Las deudas de Dinero. Editorial Civitas S.A. Madrid 1981 Pag. 290
- (14). Idem. Pag. 291
- (15). Idem. Pag. 292
- (16). Idem. Pag. 300
- (17). Idem. Pag. 301
- (18). Hernández Gil, Antonio. Derecho de Obligaciones. Segunda Edición, Suc. de Rivadeneira, Madrid, 1960. Pag. 201
- (19). Bonet Correa José. Las deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1981. Pag. 313
- (20). Idem. Pag.314
- (21). Hernández Gil Antonio. Derecho de Obligaciones. Segunda Edición, Suc. de Rivadeneira S.A.Madrid, 1960. Pag. 202
- (22). Bustamante Alsina. J. Indexación de Deudas de Dinero. LL. 1975 Pag. 3
- (23). Bonet Correa Jose. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas S.A. Madrid 1981. Pag. 315
- (24). Moisset de Españes. Inflación y Actualización Monetaria. Editorial Universidad . Buenos Aires, 1981. Pag.67
- (25). Albaladejo Manuel. Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Libreria Bosch, Barcelona1983. Pag. 64
- (26). Bustamante Alsina. J. Indexación de las Deudas de Dinero. LL. 1975 Pag. 5
- (27). Hernandez Gil Antonio. Derecho de Obligaciones. Segunda Edición Suc. de Rivadeneira S.A. Madrid, 1960. Pag. 203
- (28). Idem. Pag. 208
- (29). Bustamante alsina J. Indexación de las Deudas de Dinero. LL 1975 Pag. 5.
- (30). Diego Espín. Manual de Derecho Civil Español.Vo.

III. Obligaciones y Contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1961. Pag. 66.
(31). IDEM. PAG. 67.



CAPITULO 3: LAS DEUDAS DE DINERO Y LAS ALTERACIONES MONETARIAS

3.1 INFLACION Y DEFLACION: La inflación quiere decir demasiado dinero. El mundo se encuentra convulsionado por los efectos de una inflación galopante que tiende a convertirse en incontrolable. El causante, el responsable de dicha situación, es el extinto John Maynard Keynes, quien para aliviar el desempleo originado por la depresión económica allá por los años 1931 y 1932, propugnó la idea que podría estimularse la producción a base de un aumento en el gasto público, o sea que el imprimir más dinero y lanzarlo a circulación, tendría por resultado una creciente demanda de bienes, lo cual daría origen a un incremento en la producción, motivando así la creación de nuevas plazas de trabajo, las cuales podrían absorber el crecido número de desocupados(1). La manera de evitar la inflación es por consecuencia cerrar la fábrica de dinero. Todas aquellas grandilocuentes complicaciones que se escuchan o escriben acerca de la inflación, son simplemente un disfraz para evitar tener que comprender lo esencial del problema, aunque impresionen al ignorante en la materia.

La fábrica de dinero dentro de nuestro actual sistema monetario está en manos del Gobierno, ya sea directamente o por subcontratos asignados y controlados por el gobierno. Fabrica papel moneda para reemplazar aquel que se ha deteriorado o ensuciado. Fabrica papel moneda para aumentar el medio circulante. Acuña moneda de distintos metales, concede permisos a los bancos para otorgar créditos, que a su vez se convierten en dinero que es canjeable en cualquiera otra de las formas de dinero usual. Es simplemente necesario decir que actualmente todas las formas de dinero provienen del aparato gubernamental, o es controlado por el gobierno bajo un monopolio completo.

Cuando un ciudadano privado falsifica dinero, la ira de los demás ciudadanos no tiene límites, y dicen: "Ese no hizo ningún trabajo útil para obtener su dinero y sin embargo lo gasta en el mercado obteniendo comida, ropa, y otros artículos, quitándonos a nosotros estos artículos que si hemos ganado nuestro dinero mediante nuestro trabajo; él recoge del mercado artículos útiles sin producir otros en compensación, como nosotros lo hacemos. El resultado de este engaño es el que los precios suben y nosotros recibiremos cada vez menos a cambio de nuestro dinero".

Cuando el gobierno fabrica nuevo dinero y lo gasta, el efecto sobre los precios de los artículos de consumo en el comercio en cuanto se refiere a su adquisición por parte de los ciudadanos que han trabajado para adquirirlos, es exactamente el mismo que si un falsificador privado hubiera

fabricado nuevo dinero. La única diferencia entre el falsificador privado y el gobierno es que el beneficiado en un caso es el falsificador privado que se beneficia robándole a los demás ciudadanos, y que en el otro es el gobierno, que se beneficia, pudiendo así iniciar sus proyectos favoritos, proyectos que los ciudadanos no quieren financiar ni por sus propios medios ni por impuestos.

El gobierno fabrica nuevo dinero para cubrir aquellos gastos que tiene en exceso de sus entradas, sus costos en exceso de los impuestos que recibe. El gobierno cubre esta escasez con el nuevo dinero fabricado en su monopolio. Para los propósitos presentes, no hace ninguna diferencia si esto se hace con papel moneda directamente, o con billetes que se obtienen por medio de la emisión de otras formas de papel moneda, bonos de gobierno, quienes son a su vez aceptados forzosamente por el sistema bancario.

Lo que el gobierno hace es igual al falsificador que continuamente gasta más de lo que devenga, y que, para compensar, imprime cada noche en su imprenta particular suficiente dinero falsificado para balancear su déficit. Su imprenta bien puede imprimir papel moneda directamente, o bonos falsificados, los cuales vende a los bancos a cambio de dinero; el efecto es exactamente igual en ambos casos(2).

La única forma de parar esta forma de inflación es que el gobierno viva de acuerdo con sus entradas; esto se obtiene ya sea aumentando impuestos para equilibrar costos o disminuyendo costos para igualarlos a sus entradas.

Las consecuencias de la inflación se pueden reducir así: Un desequilibrio entre la oferta y la demanda. Un exceso de dinero (o sea demanda) y una escasez relativa de bienes(oferta), lo cual da por resultado la inflación.

En el campo jurídico, cuando se emite moneda en forma descontrolada se provoca con ello inflación, y se priva al dinero de su función de medida de valores. Mantener el nominalismo conduce a vulnerar el supremo valor, la justicia. En tal caso "la seguridad" que busca el nominalismo se transforma en un disvalor, que sólo puede conducir a consagrar una injusticia, pues se limita a crear la certeza de que la suma que se reciba ha de ser una parte del valor debido. Como muy bien lo ha destacado Vallet de Goytisolo, existe una verdadera antítesis entre la inflación y el valor justicia, que sólo podrá resolverse cuando los gobiernos asuman correctamente su deber, y restituyan al dinero su función de medida de valores(3).

La deflación por el contrario, es el fenómeno provocado por una escasez de dinero. Generalmente se ha dado en la historia después de una gran inflación; ha sido generalmente creada como una respuesta a la inflación. Tanto la una como la otra son extremos, pero la inflación ha sido siempre más aceptada por todos que la deflación, ya

que en la inflación hay movimiento y un cierto clima de riqueza; en la deflación hay un estancamiento y una profunda sensación de pobreza, en la una las arcas están llenas pero con poco poder adquisitivo y en la otra las arcas están vacías y no hay que comprar. Los artículos de consumo tienden a la baja y la vida mercantil se debilita. El daño que la deflación y la contracción provocan son menores a los que provoca la inflación y la expansión, con independencia de que la deflación constituye una medida que en la práctica muy pocas veces se llega a aplicar.

Otro importantísimo efecto de la deflación es que ya no se conceden créditos, perjudicando a las empresas que de antemano estaban destinadas a desaparecer como a las entidades sanas, que podrían prosperar y ampliar sus operaciones si dispusieran del crédito necesario; ello hace que la crisis se generalice, viéndose todo el mundo obligado a restringir el ámbito de sus respectivas actividades. La deflación no irroga ni sobreconsumo ni erradas inversiones. La temporal reducción de la actividad mercantil coincide sustancialmente con la reducción del consumo de los obreros que dejan de trabajar y de los propietarios de los factores materiales de producción cuyas ventas se contraen(4). Finalmente, hay un alza en el poder adquisitivo del dinero, pero lo triste es que nadie tiene dinero.

3.2 DEPRECIACION Y DEVALUACION:

A pesar de ser notoriamente diferentes, la depreciación y la devaluación monetarias son a menudo-- por no decir siempre-- confundidas, tanto en la exposición jurídica como otros terrenos.

La depreciación constituye un fenómeno económico menos complicado y difícil de entender, sobre todo para nosotros los guatemaltecos que en el inicio de la década de los ochentas estamos conociéndolo; sencillamente, la depreciación consiste en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el mercado de los cambios o de los bienes, o en ambos a la vez. No es un acto legislativo el que lo crea, es únicamente un fenómeno económico.

Se le da el nombre de devaluación de una moneda a la pérdida de valor en relación a otras, aunque estrictamente hablando podemos decir que, al aumentar los precios internamente es cuando se devalúa la moneda. Así también podemos decir que cuando los precios en un país aumentan por arriba de los precios de la mayoría de los países con los que tiene un intercambio comercial, se hace necesario ajustar el valor de su moneda.

Es necesario dejar claro, que la devaluación

estrictamente hablando se da a través de un acto legislativo. La devaluación se manifiesta así: por ejemplo, si en un país los precios aumentan un 20% promedio anual en un lapso de cinco años, mientras que en otro país con el que tiene mayor parte del intercambio sólo aumentan un 5%, tenemos que se ha perdido una competitividad de 15%, es decir, una moneda se devalúa un 15% en relación a otra. Entre las consecuencias de la devaluación tenemos la pérdida de competitividad de los productos internos que, a su vez trae que las exportaciones disminuyan y las importaciones aumenten, pues resulta más barato comprar en el extranjero, que dentro del propio país(5).

Los objetivos que con la devaluación se persiguen son los siguientes: * mantener los salarios nominales y aun incluso poder aumentarlos mientras los reales más bien se reducen; * Incrementar en términos de moneda nacional los precios, especialmente los de los productos agrícolas, o al menos contener su descenso; * Favorecer a los deudores a costa de los acreedores; * Fomentar las exportaciones y reducir las importaciones; y Atraer al turismo y hacer más gravoso para los ciudadanos del país el desplazamiento al extranjero (6). En conclusión la devaluación es en términos generales aquel acto legislativo por medio del cual se fija una relación inferior entre el oro y la unidad monetaria de que se trate a un nivel inferior al actualmente existente, con miras a crear una situación permanente.

En cuanto a la materia que nos interesa, si comparamos la devaluación monetaria con la depreciación monetaria, veremos que ésta última afecta aún menos al monto nominal de la deuda pecuniaria. En el caso de la devaluación se podría admitir un aumento proporcional del valor del monto nominal de la obligación, según fuere la "poda" sufrida por la unidad monetaria. Esto no sería posible con la depreciación, pues el valor de la moneda es variable, incierto y no oficial(7).

3.3 TEORIAS ACERCA DEL REAJUSTE DE LAS DEUDAS DINERARIAS:

Pocas cuestiones han sido tan arduamente controvertidas como lo atinente a la procedencia o improcedencia del reajuste por depreciación monetaria en las llamadas deudas dinerarias. Se encuentran en la doctrina profundas discrepancias, que han dado origen a corrientes de opinión difícilmente conciliables entre sí; estas doctrinas son:

A) Posición Clásica: Autores que niegan el reajuste en las llamadas deudas de dinero: Para una primera

posición, que fue ampliamente mayoritaria hasta no hace mucho tiempo, el reajuste de las deudas de dinero en razón de la depreciación monetaria es totalmente improcedente, atento a los categóricos preceptos legales que instituyen el principio nominalista de vigencia universal. Es necesario mencionar que esta posición se opone completamente, por ejemplo, a que se reajuste una deuda dineraria que cayó en mora y en la cual no se había pactado nada en absoluto para el caso de que una depreciación produjera serios daños al acreedor; se opone también a que en la indemnización de daños y perjuicios que debe resarcir el deudor en caso de haber incurrido en mora sea reajustada. Sencillamente esta posición cree que el reajuste de las deudas dinerarias contraviene principios sagrados en la contratación como lo son la seguridad jurídica, el respeto a la autonomía de la voluntad y sobre todo al nominalismo(8).

Excepcionalmente, en cambio, admiten la indexación de las deudas dinerarias: * cuando las partes hubieren pactado una cláusula de estabilización en virtud de la cual la prestación debida no consista en la entrega de una suma inflexible de dinero, sino en una cantidad corregida a tenor de la depreciación monetaria; * Cuando por ley se autorice tal actualización; * Por aplicación de la teoría de la imprevisión; * Por aplicación de la teoría del abuso del derecho; y * Cuando hubiere mediado dolo en la conducta del deudor(9).

Finalmente dentro de esta posición, algun jurista ha llegado a sostener que la actualización por depreciación monetaria de una deuda dineraria sin que esta actualización haya sido pactada previamente, constituiría una novación judicial, ya que se estaría transformado una deuda dineraria en deuda de valor(10).

B) Posición Intermedia: Con respecto a las deudas de dinero, para los que participan de esta corriente, toman en cuenta las dos fases de una deuda de este tipo: La primera sería el periodo que corre desde el surgimiento de la deuda hasta que se da la mora del deudor; y la segunda comienza a partir de la mora, y se prolonga hasta la fecha en que se hace efectivo el pago de lo adeudado. En el primero de estos periodos entienden que rige totalmente el principio nominalista, razón por la cual el deudor se libera entregando la misma suma prometida al acreedor, aunque esta hubiere sido sensiblemente afectada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, si bien reconocen como excepción la teoría de la imprevisión. Sin embargo, dentro de esta posición hay una minoría que sostiene que el acreedor debió tomar las precauciones necesarias mediante cláusulas oportunas de reajuste ampliamente conocidas.

La situación varía considerablemente en el segundo

periodo; ello se debe a que el deudor moroso debe reparar todo el daño que su inconducta origine a las legítimas pretensiones del acreedor, cayendo la cuestión en el ámbito de la responsabilidad civil. Para ellos esta responsabilidad civil debe ser reajustada, ya que el dolo por parte del deudor es censurable y esta censura ha de hacerse de acuerdo con las circunstancias desde que se cayó en mora(11).

C) Autores que propician la aplicación de una tasa de interés moratorio que cubra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda: Algunos autores (12) han sostenido la posibilidad de actualizar las deudas dinerarias a través de un original mecanismo consistente en indemnizar al acreedor por medio del pago de una tasa de interés efectivo que contemple adecuadamente el coeficiente por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Proponen, pues, una tasa de interés "real", que contemple el coeficiente por pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Esta doctrina es criticada especialmente por Mosset Iturraspe quien nos dice que "la aceptación del principio nominalista en épocas de inestabilidad económica no justifica una reparación por vía de intereses. Si 100 pesos son 100 pesos, todo interés que supere la tasa de estabilidad originaria en el aprovechamiento de un capital ajeno es usuraria" (13).

Resulta fácil advertir que se está disimulando la compensación por desvalorización, bajo la apariencia de un mal llamado interés.

D) Autores que propician el reajuste de las deudas dinerarias fundándose en la doctrina del valor de cambio(14): Los que participan de esta posición hacen referencia que el dinero ontológicamente es un valor o representa un valor, por lo tanto, al momento del cumplimiento de una obligación se debe hacer efectivo el valor que se recibió el día en que se contrajo la obligación; ya que si se habla estrictamente de valores, al momento de hacer el pago, si este no se reajusta a la pérdida de poder adquisitivo, la obligación no se está cumpliendo "íntegramente". Así, pues, si no se toma este camino, se estarían violando los principios de justicia y equidad. Por lo tanto, a todas las obligaciones dinerarias debe tomarseles como obligaciones de valor. En conclusión, para los que participan de esta posición, para que el pago sea íntegro, deberá abonarse el valor debido; aunque para satisfacer esta exigencia deba entregarse una mayor cantidad de numerario, es decir, se ignore totalmente el principio nominalista. Para ellos esta es la solución jurídicamente correcta, además, es justa y razonable.

Finalmente, creemos que el nominalismo es de vital importancia en el campo jurídico y económico, ya que este nos proporciona en épocas de estabilidad económica una certeza, una uniformidad, un sistema simple y fácil de utilizar. Pero también creemos que en épocas de inestabilidad económica el nominalismo puede llegar a lastimar profundamente los principios de justicia y equidad en la contratación de las partes y puede también llegar a producir un estancamiento que afectaría no solo jurídica sino que social y económicamente; por lo tanto, creemos que nuestro ordenamiento debe dejar abiertas ambas posibilidades, tanto el nominalismo como el valorismo, y así dejar que la contratación se haga bajo la luz del principio de la autonomía de la voluntad.

Una vez las partes han determinado si será una deuda de dinero o una deuda de valor creemos que existen dos únicos caminos: Si se trata de una deuda de dinero, y por lo tanto rige el principio nominalista, es absolutamente contrario a derecho pretender que se reajuste determinada deuda conforme a la pérdida del poder adquisitivo; si se ha determinado que es una deuda de valor, pues creemos que el reajuste es imperativo, necesario y consecuente.

3.4 TIPOS DE CLAUSULAS DE ESTABILIZACION:

En periodos de estabilidad monetaria y económica las partes no tienen un serio interés en protegerse de las alteraciones económicas. En tiempos de inestabilidad, por el contrario, el acreedor tratará de protegerse, para asegurar la estabilidad de su contrato y evitar las consecuencias de la disminución eventual del poder adquisitivo de la moneda. Así, pues, la finalidad de las cláusulas de estabilización es la de protegerse contra las alteraciones económicas; las cláusulas de estabilización más conocidas y difundidas son las siguientes: Cláusula oro, cláusula valor oro, cláusula de pago en moneda extranjera o en valor de moneda extranjera, cláusula de pago en mercaderías o de valor de mercaderías o pago en especie y las cláusulas de escala móvil o índice de precios.

CLAUSULAS MONEDA ORO Y VALOR ORO: Las cláusulas moneda oro o plata han sido una de las primeras modalidades de las cláusulas de estabilización que los acreedores privados han pactado en sus negocios jurídicos y deudas de dinero con el objeto de que, ante las devaluaciones y depreciaciones, se mantuviese el poder adquisitivo de la cuantía del crédito. Con el tiempo y ciertas circunstancias aparecen dos modalidades de la cláusula oro que, cronológicamente, han

sido empleadas por los contratantes: La cláusula moneda oro y la cláusula valor moneda oro. En realidad este tipo de especificación en otros tiempos se trataba de una opción lícita y válida por la que el acreedor exigía al deudor un pago en la moneda que corría menor riesgo de depreciación. La cuestión conflictiva comienza cuando el deudor debía conseguir determinadas monedas de oro o cuando no habían en el mercado suficientes monedas oro y posteriormente también cuando se retiran las monedas de circulación y se impone el curso legal y forzoso al papel moneda para todo pago. Actualmente la cláusula oro se encuentra en total desuso y en muchísimos países este tipo de cláusula es totalmente nula. Los Estados han incluido en su legislación monetaria la nulidad de toda cláusula que imponga una obligación pagadera en oro o en plata, es más, este tipo de metales se ha convertido en cuanto a su tráfico y comercio en una especie estancada. Nosotros creemos que en Guatemala la Cláusula oro es totalmente nula, porque de acuerdo con el artículo 20 del decreto 203 del Congreso de la República señala que solo el Banco de Guatemala podrá negociar oro amonedado o en barras y divisas extranjeras en el territorio de la república, con cualquier persona o entidad no bancario. Asimismo creemos que nuestra ley monetaria es totalmente clara ya que en su artículo 2 dice: Es nula toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga obligaciones en plata u oro metálico,... ; por lo que concluimos diciendo que en Guatemala es totalmente nula dicho tipo de cláusulas.

Ahora bien, en otros países se han hecho interpretaciones al respecto de este tipo de cláusulas y así el Doctor Pelayo Hore (15) piensa que el prestamista que quiere que le devuelva moneda de oro no lo hace porque tenga un interés especial en contemplar sobre su mesa cien monedas de metal áureo, sino que impone tal condición pensando en el valor, en el poder adquisitivo que tendrán aquellas cien monedas; salvo la hipótesis de compra de oro, puede sentarse la afirmación de que toda cláusula de moneda oro es a la vez una cláusula valor oro.

Por otro lado, tenemos la cláusula valor oro, que según muchos tratadistas no se opone a la legislación de curso forzoso de la moneda, ya que, sirve solo el valor del oro como un medio de cálculo para concretar la cuantía del objeto de la prestación en las relaciones obligatorias y contractuales internas. Este tipo de cláusulas se ha utilizado en los negocios internacionales. Se les ha criticado porque se considera a estas cláusulas como sospechosas de destruir la confianza de la moneda nacional(16).

Actualmente en ciertos sectores doctrinales se está a favor de la cláusula valor oro con objeto de cubrir y

atenuar la inflación del dólar en los contratos internos, si bien pesa la tradición de su negativa, por lo que ello conduce a las partes a establecer otros índices de estabilización(17).

Nosotros personalmente no creemos que la cláusula valor oro sea nula en Guatemala, ya que lo único que interesa es el valor del oro para determinar cuantías y, por lo tanto, creemos que esta podría ser una cláusula típica de indexación, es decir, que el valor del oro se utiliza como un índice. Más adelante haremos un breve comentario al respecto. Por otro lado, ni en el Código civil o en la ley monetaria se encuentra una norma que la excluya específicamente como sucede con la cláusula oro.

LAS CLAUSULAS MONEDA EXTRANJERA: Las cláusulas moneda extranjera se refieren a dos modalidades concretas de pago, según que las partes pacten en sus relaciones obligatorias la entrega de una suma o cantidad de una o varias monedas de diferentes países (cláusulas en moneda extranjera), o bien que la divisa elegida por las partes sólo sirva de módulo o índice de valor (unidad de cuenta) para realizar el cálculo que establezca su equivalencia con la moneda de curso legal (moneda de pago) para determinar su cuantía en el momento del cumplimiento (cláusula valor de moneda extranjera).

El pacto de las partes que especifica el pago de sus obligaciones dinerarias en moneda extranjera puede ser realizado para sus negocios jurídicos de ámbito nacional o bien internacional. Lo más frecuente es que, cuando se hace la especificación de un pago en moneda extranjera por las partes contratantes, existe una relación jurídica externa o por encima de las fronteras, es decir, una relación monetaria internacional; por tanto su régimen jurídico está concretado por las normas de derecho internacional privado establecidas por los respectivos países de las partes contratantes, las de sus regímenes monetarios nacionales, así como las que se hayan convenido internacionalmente. Actualmente, en muchos países hay una serie de restricciones en cuanto a las cláusulas de moneda extranjera, haciéndose necesario en muchos casos solicitar una autorización o hacer una declaración o cualquier tipo de control administrativo.

En cuanto a este tipo de cláusulas en Guatemala tenemos dos cuerpos legales que norman lo referente a este aspecto. Así nuestra ley monetaria, decreto 203 del Congreso de la República estipula en su artículo segundo que todos los precios, impuestos, tasas, honorarios, sueldos, salarios, comisiones, primas, intereses, dividendos, alquileres, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados, percibidos o ejecutados en la

república, se expresarán y liquidarán exclusivamente en quetzales. Esto nos dice en pocas palabras que en Guatemala todo negocio jurídico debe ser en Quetzales, que es la moneda de curso legal.

El mismo artículo en su segundo párrafo nos dice que es nula toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga obligaciones en plata u oro metálico, EN MONEDAS O DIVISAS EXTRANJERAS o en cualquier unidad que no sea el Quetzal. No obstante, dicha nulidad no invalidará el contrato principal, cuando éste pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, en cuyo caso se liquidarán las respectivas obligaciones en quetzales, efectuando la conversión sobre la base de las paridades legales correspondientes. Esto también concuerda perfectamente con el artículo 1396 del Código Civil, el cual nos dice que si el pago tuviere que hacerse en moneda extranjera, cumplirá el deudor con entregar su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en la plaza el día del pago. Con base en lo anterior, las cláusulas de moneda extranjera en Guatemala son nulas; pero se permite efectuar el pago pactado haciendo la conversión de moneda extranjera a moneda nacional de acuerdo al cambio en plaza.

El artículo tercero de la Ley Monetaria nos da las excepciones a esta regla y nos dice: Únicamente se exceptúan de la limitación anterior: A) Las obligaciones que establezcan pagos desde Guatemala al extranjero o desde el extranjero a Guatemala y las directamente relacionadas con la financiación de las mismas; B) Las remuneraciones que deban hacerse a personas o entidades efectivamente domiciliadas fuera de la República por servicios temporales prestados a personas o entidades del país; C) Las remuneraciones y gastos de los agentes diplomáticos y cónsules de carrera del extranjero a Guatemala; D) Las obligaciones contraídas en favor de personas jurídicas de derecho público, que por leyes especiales deban ser pagadas ya sea en especie o bien en monedas o divisas extranjeras; E) Los títulos de crédito o valores que emitieren, ya sea por el Gobierno de la República, previa autorización del Congreso o bien por el Banco de Guatemala, previa autorización de la Junta Monetaria, siempre que así lo exija la política monetaria en beneficio del país; F) Los depósitos en monedas extranjeras, constituidos en los bancos del país, de acuerdo con los reglamentos generales que la junta monetaria dicte sobre la materia con aprobación del organismo ejecutivo; y G) Las transacciones menores que efectúen los turistas y viajeros, las cuales estarán sujetas a los reglamentos que eventualmente dictare la Junta Monetaria, con aprobación del Organismo Ejecutivo, a fin de evitar la circulación efectiva de monedas extranjeras en el territorio de la República.

En conclusión, las cláusulas de moneda extranjera en Guatemala, a excepción de lo preceptuado por el artículo tercero de la ley monetaria, son nulas, pero esta nulidad no es absoluta ya que el pago se hará haciendo la conversión a la moneda nacional. Lo interesante está en que si el acreedor utilizó esta cláusula para protegerse de una alteración monetaria, esta no le servirá porque la ley monetaria que por ser de orden público está por encima de lo preceptuado por el artículo 1396 del Código Civil, preceptúa que la conversión a moneda nacional se hará tomando en cuenta la paridad legal correspondiente, ya sea en el momento de contraer la obligación o en el momento de hacerse el pago, SEGUN RESULTE MAS FAVORABLE AL DEUDOR. Por todo lo anterior, creemos que en Guatemala esta cláusula es nula y además no produce los efectos que el acreedor hubiera deseado ante una alteración monetaria.

Por otro lado, este tipo de cláusulas no ofrece al acreedor una seguridad total, ya que nunca se sabe que estabilidad pueda tener una moneda, es probable que en corto tiempo la moneda extranjera que se había pactado se devalúe o sufra una alteración profunda y así el acreedor resulte afectado.

En cuanto a la segunda modalidad de las obligaciones determinadas en moneda extranjera es la que se concreta por las cláusulas valor moneda extranjera, constituidas por aquellos pactos realizados por las partes (nacionales o residentes), según los cuales la cuantía monetaria de la prestación de una relación obligatoria se pagará en moneda nacional de curso forzoso, si bien la determinación de su cuantía va a depender o equipararse con el valor que adquiera una moneda extranjera en el momento del pago. La moneda extranjera va a operar como un módulo o índice de cálculo entre los dos valores nominales, el de la moneda nacional y el de la moneda extranjera pactada, tenida por más fuerte en cuanto a su estabilidad y mayor poder adquisitivo. Se ha argumentado en contra de estos pactos y cláusulas valor moneda extranjera, al ver en ellas un motivo de desconfianza de las partes respecto a su propia moneda y un acto de desprestigio que contribuye a su depreciación, por lo que no dudaron de calificarlas de inmorales y contrarias a un sentimiento de solidaridad general.

Nosotros creemos que esta también es otro tipo de cláusula típica de indexación por lo que nos referiremos a la cláusula valor moneda extranjera más adelante.

LAS CLAUSULAS DE PAGO EN ESPECIE O EN MERCANCIAS:

Con las inflaciones galopantes que llegan a rebajar drásticamente el valor del dinero y a hacer casi ilusorio su poder adquisitivo en el tráfico de intercambios a plazo o de tracto sucesivo, también se produce un movimiento de regresión a una economía más rudimentaria y más realista, que valora las cosas y servicios, no a través del dinero, sino mediante otras cosas, bienes o servicios recibidos a cambio y con un mismo poder equivalente; de aquí que va a depender del grado de alteración que sufra una moneda para que se llegue a la sustitución de la misma por aquella otra cosa o bien, o a que únicamente la otra cosa o bien sirva de escala o índice de valor para concretar la suma o cantidad de moneda depreciada que ha de alcanzar en cuanto valor equivalente; de este modo estaremos retrocediendo a la época del trueque, de la permuta.

La doctrina francesa, al examinar estas cláusulas de pago en especie, es más indulgente en reconocer su validez, debido a que no hacen correr los mismos riesgos a la economía nacional que las cláusulas oro, puesto que no ocasionan daño interior, ni una exageración para las necesidades del cambio, al limitarse solamente a influir sobre el precio de los productos.

Así, pues, este tipo de cláusulas puede funcionar de dos formas, Cláusulas mercancía o pago en especie, en las que el objeto de la prestación es exactamente la mercancía o especie pactada, y el deudor se libera de la obligación entregando la misma en igual especie, calidad y cantidad. La otra forma es cuando se utiliza como un índice de valor para determinar la cuantía de la prestación al momento de cumplir o hacer el pago. Esta segunda forma también la consideramos como una cláusula de indexación y haremos mención de ella en el próximo capítulo.

Consideramos que este tipo de cláusula tiene plena validez en Guatemala, ya que no encontramos ley que la prohíba, y si encontramos una norma al respecto como es el artículo 1397 del Código Civil que dice: Si el pago tuviere que hacerse en especie y hubiere imposibilidad de entregar la misma cantidad y calidad, el deudor satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago, salvo que se haya fijado precio al celebrarse el contrato. Por lo anterior nos percatamos de que lejos de restringir este tipo de cláusula nos da una solución en caso de que hubiere imposibilidad de entregar la especie pactada.

LAS CLAÚSULAS DE ESCALA MOVIL O DE INDICE VARIABLE:

Estas cláusulas, nacidas en la práctica notarial y en las asesorías de las grandes entidades acreedoras, tiene por

objeto que la cuantía del crédito dinerario debido no quede fijado inicial y definitivamente, sino que varíe y resulte movable--en más o en menos-- de acuerdo con aquellos valores o precios económicos más estables en relación con el poder adquisitivo del dinero(18). Por ser este tipo de cláusulas el objeto del presente trabajo le dedicamos completamente el capítulo quinto y nos referiremos a ella en el mismo.

- (1). Lord Keynes, Padre de la Inflación. Hilary Arathoon. Tòpicos de actualidad. Centro de Estudios Econòmicos y Sociales. #433 Marzo 10. , 1979. Pag.25 .
- (2). Floyd A. Harper. Tòpicos de Actualidad. Centro de Estudios Econòmicos y Sociales. #306. Noviembre 15, 1973. Pag. 191 .
- (3). Moisset de Espànes. Inflaciòn y actualizaciòn Monetaria. Editorial Universidad. Buenos Aieres, 1981. Pag.36 .
- (4). Ludwing Von Mises. La Acciòn Humana. Editorial Universidad Francisco Marroquin. Guatemala, 1980. Pag. 832.
- (5). Luis Pazos. La Devaluaciòn. Tòpicos de Actualidad. Centro de Estudios Econòmicos y Sociales. #523 Diciembre,1982. Pag. 146.
- (6). Ludwing Von Mises. La Acciòn Humana. Editorial Francisco Marroquin. Guatemala 1980. Pag. 1139.
- (7). Arthur Nussbaum. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayù. Buenos Aires, 1954. Pag. 254.
- (8). Moisset de Espànes. Inflaciòn y Actualizaciòn Monetaria. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981. Pag. 101.
- (9). Idem. Pag. 104.
- (10). Idem. Pag. 106.
- (11). Idem. Pag. 111.
- (12). Idem. Pag. 111.
- (13). Idem. Pag. 113.
- (14). Idem. Pag. 115.
- (15). Citado por Bonet Correa Jose. Las Deduas de Dinero. Editorial Civitas,S.A. Madrid. 1981. Pag. 442
- (16). Idem. Pag. 448
- (17). Idem. Pag. 450
- (18). Idem. Pag. 465

CAPITULO 4: NOMINALISMO Y VALORISMO:

NOMINALISMO:

La concepción nominalista del dinero nace como una reacción frente a la metalista de la moneda, aunque su nombre haya sido atribuido recientemente, su desenvolvimiento y principios ya han tenido operatividad a través de la historia, en diversas épocas, ya que, por ejemplo en Roma se entendía la moneda como unidad de cuenta cuyo valor era acuñado por la autoridad del gobernante. Asimismo, en la doctrina medieval ya se hace una diferenciación entre el valor intrínseco y el valor atribuido por el gobierno(1).

La concepción monetaria disociada del elemento metálico es comúnmente llamada "nominalista", término que encuentra su raíz en la filosofía escolástica como antitético de "realismo". En su aplicación monetaria no es muy clara, desde que la referencia al nomen(2) de la moneda no sugiere la idea contenida en el concepto; "numeralismo" sería quizá más exacto, pero la expresión nominalismo indica suficientemente la cualidad formal del enfoque en cuanto es opuesta a metalismo (2).

Junto a la sustancia, o materia de que se componía la moneda, estaba su valor convenido, representado por una unidad de medida que puede ser entregada por su cantidad o suma; el nominalismo sólo toma en cuenta el valor abstracto impreso al dinero por el gobernante, una vez que las personas han intercambiado la valoración de sus bienes y servicios y fijan el equivalente de una cuantía monetaria(3).

En el mundo medieval Molineo adopta una postura nominalista del dinero; el clasicismo de esta concepción monetaria está en que invoca y toma en cuenta los dos valores en que viene inmersa la moneda, es decir, su composición material, o sea el metal que la integra, más el valor declarado, o impuesto por la autoridad que gobierna; para este autor, la equivalencia de valores debe ser eficaz y durable, el valor extrínseco debe corresponder con el intrínseco, ya que es de jure gentium; por tanto las alteraciones deben tener el consensu populi(4).

La instauración en Francia del Estado nacional contribuyó a la elaboración de un concepto propio de moneda, la constitución de los ordenamientos monetarios de los Estados suponía, además de la concreción de especies monetarias, la determinación de la unidad ideal, por lo que la fijación de la deuda tenía lugar en función de aquella unidad, considerada como inalterable, no obstante la variación de especies monetarias concretas(5). El objeto de la deuda dineraria se determinaba por la mera referencia a la unidad ideal y su cumplimiento podía realizarse mediante la

prestación de cualquiera de las piezas monetarias correspondientes a aquella unidad, por lo cual el acreedor corría el riesgo de las variaciones de la unidad ideal de medida. Es así como se impone el principio del valor nominal que resulta más en consonancia con la naturaleza de la moneda y que, además, se armonizaba mejor con el concepto de soberanía del estado en materia monetaria. El edicto de 1602 francés proclamará en el país el triunfo de la concepción nominalista(6).

Independientemente de este desarrollo doctrinal, en Inglaterra el nominalismo monetario tiene fuerza en esta época, como resultado de la unificación compacta que llevan a cabo los Tudor dentro de su dinastía, y ya aparece consolidado en la época de la Reina Isabel(7).

La doctrina nominalista francesa encuentra su intérprete más idóneo en la figura del jurista Pothier(8), quien va a ser el enlace que introduzca en el Code Napoleón el principio del nominalismo monetario y cuya influencia se dejará sentir en los demás códigos civiles con influencia de los juristas italianos.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX la concepción nominalista contará con una serie de intérpretes que van a preparar el camino hasta llegar a su máxima formulación dentro ya del siglo XX(9). Al aceptarse sus criterios como un principio general, la mayor parte de códigos civiles reflejarán su posición para el pago de las deudas de dinero al entender que se responderá con la misma suma numérica concertada en el contrato cualquiera que sea el valor real de la moneda y, por tanto, el deudor no está obligado a restituir más que aquella suma y de la especie legal en curso al tiempo del pago(10).

Los códigos civiles más importantes de principios y finales de siglo, el napoleónico y el alemán, carecerán de una expresión legislada concreta sobre el nominalismo; tampoco el legislador español lo transcribirá expresa ni imperativamente, aunque lo sobreentienda en su ordenamiento público y privado(11).

En Guatemala el principio nominalista está consagrado en el artículo 1395 del Código Civil, el cual dice: El pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha en que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación. Nosotros creemos que este artículo norma el principio nominalista en Guatemala; sin embargo, no está debidamente redactado y creemos que debería decir así: El pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica a la debida con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha en que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación(12).

Creemos conveniente citar algunos artículos que regulan el nominalismo en el derecho comparado(13); así tenemos que:

*El artículo 1277 del Código Civil Italiano de 1942 que dice: Las deudas pecuniarias se extinguen con la moneda que tenga curso legal en el estado en el momento del pago y por su valor nominal.

* El artículo 404 del Código Civil boliviano de 1976 dice: Las deudas pecuniarias se pagan en moneda nacional y por el valor nominal de ella.

* El artículo 1170 del Código Civil Español dice: El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.. .

Hemos citado primero estos artículos porque creemos que no enuncian de una forma expresa el principio nominalista, y por otro lado los hemos citado así porque es importante que tengamos presente que nuestro código civil tampoco enuncia este principio de una forma expresa y clara como lo hacen los artículos que citaremos a continuación. Creemos de vital importancia no solo para facilitar el tráfico entre los particulares, sino que también para simplificar la función de los tribunales que nuestro artículo este redactado con más claridad y dejamos desde ya al lector la inquietud con respecto a lo aquí enunciado. Así creemos que estos son los artículos que contienen claramente el principio nominalista:

* El artículo 1985 del Código Civil francés dice así: La obligación que resulta de un préstamo en plata será siempre la suma numérica expresada en el contrato. Si ha sufrido un aumento o disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe devolver la suma numérica prestada y no debe volver sino esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago.

* El artículo 2199 del Código Civil uruguayo, actualmente derogado, disponía: La obligación que resulta de un préstamo de dinero, nunca es mayor que la suma numérica enunciada en el contrato. Si hay alza o baja de la moneda antes del pago, el deudor cumple, no habiendo estipulación en contrario, con devolver la suma numérica prestada en la moneda corriente al tiempo en que deba verificarse el pago.

* El artículo 312 del actual Código de Comercio español dice: Consintiendo el préstamo en dinero,

pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución.

Sin embargo, el principio nominalista del dinero, que trata de mantener la fijeza del valor monetario de la unidad acuñada, entrará en crisis y será duramente criticado por los autores. Budge y Goldschmidt(14), después de examinar los resultados de las alteraciones monetarias, ven como se desemboca en una tendencia revalorizadora. Seidler ya había expuesto como el dinero se va alterando en su valor y va adquiriendo un nuevo poder adquisitivo frente al fijismo nominalista. Según Stampe(15), el desarrollo histórico del nominalismo monetario pone en evidencia sus criterios de autoridad en cuanto al valor del dinero, y Henle(16) advierte la quiebra del principio nominalista para las relaciones civiles del derecho privado, al ir ocurriendo las fuertes alteraciones monetarias que trae la posguerra del primer conflicto europeo. El desorden monetario de esta época no sólo conduce a la crítica y revisión del principio nominalista, sino también a la aparición de un nuevo sistema, como el valorista, basado en los iniciales métodos correctores con índices económicos, a la cuantía de las obligaciones pecuniarias mediante la adopción de cláusulas de estabilización. Así, Eckstein defenderá la necesidad de practicar un realismo monetario y valorista, y Enderlen tratará de adoptar una posición conciliadora entre ambos principios nominalista y valorista (17).

Son, pues, dos las posiciones adoptadas por los gobiernos: A) La de quienes mantienen el principio nominalista de un modo general, si bien de una manera relativa, al poder introducir las partes una deuda de valor; B) La de quienes mantienen el principio nominalista de un modo absoluto, inderogable e imperativamente. La pregunta es ¿Cuál sería la postura de Guatemala?. De conformidad con la exposición de motivos de nuestro actual código civil, la postura es definitivamente nominalista y al respecto dice: La cantidad que ha de pagarse es la que expresa el documento aunque el valor de la moneda haya subido o bajado.

Dentro del primer caso tenemos los sistemas monetarios donde, aun adhiriéndose al sistema de "Bretton Woods" y proclamar la paridad de su unidad monetaria con relación al oro y al valor dólar oro, cupo la posibilidad de que se exceptuase el principio nominalista, es decir, pactar cláusulas estabilizadoras en las que se trata de atender el valor real de la moneda y prescindir del valor nominal de la misma. Dentro del segundo caso están aquellos países que mantienen el principio nominalista sin respaldo alguno en el patrón oro, o cualquier otro valor real, como la República Federal de Alemania, donde el Deutsche Mark, su unidad

monetaria, es puramente nominal. Una postura como ésta sólo pueden permitírsela aquéllos países que conscientes del compromiso y responsabilidad que inician con su postura exclusivamente fiduciaria, por su laboriosidad y organización social obtienen un potencial económico e industrial a corto plazo, ya que, en definitiva, el dinero no es más que un bien simbólico que responde a unas funciones instrumentales de medida, cambio y pago, como de acumulación de valor, capaz de lograr bienes y riquezas reales. Por otro lado, cuando los poderes públicos de un Estado son los primeros en vulnerar los compromisos de valoración nominal de su moneda sin lograr la correspondiente contrapartida en la producción de riqueza, contribuyendo a la inflación o no atajándola, el dinero deja de responder al compromiso de mantener el valor contraído ante sus súbditos y ante el concierto internacional en sus relaciones con los demás pueblos.

Por lo anteriormente señalado, creemos que nuestro país debe permitir las deudas de valor y, en consecuencia, las cláusulas de estabilización, por tres razones fundamentales: la primera es porque en nuestro criterio el ordenamiento jurídico guatemalteco si permite ciertos tipos de cláusulas de estabilización, la segunda es que nuestros gobiernos no han sido y no sabremos si lo serán, ejemplo de organización y rectitud ante sus compromisos y sobre todo los de carácter monetario; y por último, que nuestro sistema monetario no concibe nuestra unidad monetaria bajo un sistema puramente nominal en el que el valor de la moneda esta en relación a la producción y riqueza, como por ejemplo en Alemania.

Un importante sector de la doctrina italiana, entre los que se encuentran D'Antonio, Ferrari, Torrente, Giuliano y Distaso(18), concretan el principio nominalista a las obligaciones pecuniarias; es decir, que dicho principio comprende solamente las obligaciones pecuniarias, las que únicamente tienen por objeto una suma de dinero; que tales deudas se extinguen por medio de la moneda legal en curso en el momento del cumplimiento; que la moneda de curso legal extingue la deuda por su valor nominal. Esto significa para dichos autores que la unidad monetaria es siempre igual a ella misma, por lo que el deudor se libera con dar al acreedor igual número exacto de unidades monetarias comprendidas en la obligación, sin referirse a la relación entre el valor efectivo de la moneda en el momento en que la obligación surge y aquél eventualmente diverso en el momento del cumplimiento.

Al igual que para el ordenamiento italiano, el principio nominalista del dinero fue adoptado en Alemania por las autoridades aliadas de ocupación con su ley Marco igual Marco de 1947, constituyendo para un amplio sector de juristas

alemanes una norma de derecho constitucional monetario, o sea, un principio fundamental del derecho público de carácter imperativo.

La importancia de mantener el principio nominalista se expresa por Duden en unas finalidades esenciales: A) El nominalismo facilita el cálculo comercial; B) El nominalismo trata de que se mantengan fijos los precios de la economía privada y pública; C) El nominalismo da a la política monetaria estatal la posibilidad de influir en la inflación y deflación de acuerdo con la variable posición general de la economía (20).

Autores de prestigio, especialistas en este ámbito, ven en el nominalismo una categoría que pertenece consuetudinariamente al ordenamiento jurídico, un principio que existe y es aceptado; no obstante llega a la conclusión de que las cláusulas de escala móvil o índice, en cuanto condiciones negociales, son indiscutibles. Consideran al nominalismo como un principio interpretativo del ordenamiento económico y político, así como sus consecuencias sociales, que en tiempos de alteraciones monetarias mina su prestigio y tiene efectos dañosos e injustos. De aquí que no falte una posición interpretativa del nominalismo, donde a pesar de reconocer su victoria total, no obstante, cree que es necesario obtener una solución unitaria del problema del valor del dinero entre el nominalismo y el valorismo(21).

Los autores(22) concluyen y esto creemos que es muy importante para Guatemala y la posición en que se encuentra la misma ante este problema, y es que, si el principio nominalista de la moneda resulta del código civil y no es una disposición de orden público, hay que descartar el insostenible sistema de su ficción legal. De aquí que se llegue a la conclusión de que si no existe una finalidad ilícita por parte de los contratantes de vulnerar las leyes monetarias y el índice económico elegido no deja de estar en relación con la actividad contractual desplegada por las partes, quepa admitir por la jurisprudencia la validez de dichas cláusulas estabilizadoras de escala móvil.

Nosotros creemos que en Guatemala el nominalismo está únicamente enunciado en el Código Civil, en especial en el artículo 1395 y que no existe ninguna otra regulación al respecto, por lo que consideramos que no hay justificación o prohibición expresa en especial para las cláusulas de escala móvil.

VALORISMO:

Si el dinero que se recibe o se da se deprecia o

desvaloriza, si la moneda que el usuario acumula sufre una alteración de valor, cuando vaya a realizar una nueva transacción habrá cambiado su potencial de intercambio; este riesgo que el dinero tiene actualmente provoca situaciones insospechadas; no sucede como en épocas anteriores de relativa estabilidad, donde el riesgo del valor del dinero era mínimo o, al menos, no se tomaba en consideración más que como una de esas variables aleatorias o inherentes al negocio celebrado. De aquí que el dinero aún podía mantener en toda su línea el principio nominalista y seguir representando una unidad contable y de depósito de valor relativamente fija y estable. Hoy día el dinero ha perdido esa función de cúmulo de valor para ser un medio exclusivamente contable debido a la pérdida constante de su poder adquisitivo.

El valorismo monetario que nace como una reacción al nominalismo dinerario, despliega su efectividad en base al principio general concretado en el "valor real" del dinero, es decir, el que adquiere en el tráfico, por lo que se contrapone a aquel valor nominal fijo, impuesto, estático y ficticio, vulnerable por las alteraciones. El movimiento valorista resulta así el reflejo más evidente del debate que se entabla entre los poderes de la sociedad y los del estado.

Ya los autores diferenciaban los dos valores de la moneda y desde el siglo XVII entendían que el "quantum" metálico puro era el "objeto in obligatione" o sea lo que hoy podríamos decir "poder adquisitivo", mientras que las monedas corrientes eran las que entregaban o se daban "in solutione" (23).

Hoy en día, la sustitución de las monedas metálicas de oro y plata por las monedas fiduciarias actualmente conduce a que el cálculo de valor de una moneda, su poder adquisitivo, lo obtengan los particulares a base de comparar el valor que tenía al nacer la obligación, en relación con el precio de los productos vitales (trigo, grasas etc.), o índices económicos reales (de los salarios, del nivel medio de vida, etc.) con los que, después del paso de un período de tiempo determinado alcancen los productos o índices; la diferencia de precios obtenida da como resultado el poder adquisitivo o valor real del dinero en un momento determinado. Dicho ejemplificativamente: que con los quinientos Quetzales que se rentaba una casa hace diez años, ahora si mucho se logra alquilar un pequeño apartamento, por tanto para conseguir que nos arrenden una casa, se tendrá que pactar una cláusula estabilizadora, de modo que la renta sea revisable cada cierto período de tiempo (uno, dos o tres años), con el fin de que la cuantía arrendaticia sucesiva sea equivalente con el valor en uso de la casa, inicialmente valorado por las partes respecto a una determinada

rentabilidad.

El movimiento valorista ha recurrido así a crear y perfeccionar, dentro del ámbito de los negocios jurídicos privados, las llamadas cláusulas de estabilización y ha incitado a que los jueces y tribunales lleven a cabo la revisión judicial de las obligaciones y contratos de contenido pecuniario, incluso hasta propugnar que el legislador las acepte y dicte medidas normativas de revalorización.

Sin embargo, en casi todos los países, se observa como la jurisprudencia siempre ha luchado por una tendencia hacia la postura que mantiene el valor estatal o nominal del dinero; igualmente el legislador, si no ocurren trágicas alteraciones monetarias, es reacio a contradecirse así mismo dictando normas de revalorización monetaria, prefiriendo la seguridad que crea la determinación fija de su cuantía inicial y el valor legal del curso de la moneda.

La civilística moderna y contemporánea parte de Savigny(24) para sostener el movimiento valorista y su concepción dinámica del dinero; la teoría del "valor en curso" se basa en la idea del dinero como un poder patrimonial abstracto en cuanto es un medio para el intercambio de valores que pretende restaurar los créditos depreciados por su valor real al tiempo del cumplimiento del contrato. Desde entonces la doctrina germánica viene a mantener que, en las obligaciones pecuniarias, el objeto de la deuda es un valor, o la suma de un valor. Según este autor, la esencia del dinero está en su aplicación valorista, que tiene una gran significación para el punto de vista jurídico civil, concretamente la que tiene el dinero en cuanto poder de pago para el acreedor.

Es indudable que todas las obligaciones y deudas de dinero son obligaciones y deudas expresivas de un "valor", es decir, de valor patrimonial que por excelencia es el dinero. No obstante, la doctrina civilista alemana, a partir de Wolff, y Nussbaum, y la italiana, desde Ascarelli, han venido distinguiendo las llamadas deudas pecuniarias de las llamadas deudas de valor. Las deudas pecuniarias son aquellas en que el objeto de la prestación es una suma de dinero; y las deudas de valor son aquellas cuya prestación, en el momento en que surgen tiene por objeto un valor referido a bienes reales o a un determinado poder adquisitivo patrimonial (25).

La deuda de valor, al suponer un valor abstracto, o un poder adquisitivo relativamente constante y actualizado respecto al objeto de la prestación, presenta dos cuestiones fundamentales: A) La que se refiere a la determinación del valor, que constituye dicho objeto de la prestación de la deuda, en el momento en que debe ser tomado en cuenta para su determinación; B) la que se refiere a la liquidación de tal valor, en una suma de dinero de curso legal.

La aplicación de las técnicas de la deuda de valor a la obligación pecuniaria consiste en que, frente a la certeza e invariabilidad de la cuantía de dinero debidas por el deudor a su acreedor, es decir, frente al nominalismo que impera o norma las deudas pecuniarias, se pacta la variabilidad del "Quantum", o suma de dinero, objeto de la prestación, en función del valor de una cosa, bien o índice económico que adquiriera en el momento del pago; de este modo, el acreedor de dinero deja de correr el riesgo de las alteraciones en el valor de la moneda que así se adecúa a su cambiante poder adquisitivo, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones originariamente establecidas por las partes; el acreedor de dinero, ante las alteraciones monetarias, no queda obligado a una cuantía fija de la moneda, sino a la que resulte de una adecuación valorativa entre el valor nominal originario y el valor real del índice económico escogido en el momento de pago; esa nueva cuantía de moneda es la que refleja su poder adquisitivo, el que en un contrato de tracto sucesivo han previsto las partes como intercambio de valores para sus prestaciones.

Cuando las partes contratantes miden el intercambio de sus intereses a través del dinero creo que lo hacen, no porque el dinero tenga siempre un valor constante o inalterable, sino porque es un "valor", el valor económico y patrimonial más idóneo, la unidad de medida universal que permite el cambio con los demás bienes, servicios y cosas; de aquí que una determinada cuantía de ese valor pueda constituir el objeto de una obligación. Ahora bien, cuando las partes calcularon un valor y lo concretan en una determinada suma de dinero, a partir de su iniciación hasta su ejecución, nace lo que denominamos una obligación pecuniaria, puesto que el objeto exclusivo de su prestación es aquella suma determinada de dinero; en cambio, si la prestación específica o de dinero se mantiene ilíquida, aunque su valor venga determinado por concretas invariantes hasta que se obtenga su resultado el día del pago, se está ante una deuda de valor. En ambos vínculos obligatorios el dinero es el objeto de cumplimiento o de pago, si bien en las obligaciones pecuniarias dicho dinero haya sido el objeto inmediato, conclusivo y exclusivo de la prestación, mientras que en las deudas de valor el dinero es el objeto mediato, convertible y sustitutivo del objeto de la prestación.

Desde el ámbito del derecho público, la concepción valorista del dinero, en realidad, nace como contraste ante la concepción nominalista para tratar de resolver los efectos estáticos y ficticios que en esta última repercuten ante la manipulación por el Estado de la moneda: sus emisiones excesivas e incontroladas, su cambio de valor, bien por desvalorizaciones o por depreciaciones, dan por resultado la inflación y, con ella, la pérdida de su poder adquisitivo,

con el consiguiente daño patrimonial en las relaciones de crédito y respecto a los pagos en dinero. El nominalismo sólo es consecuente en sus principios si el Estado con su política económica le concede a la moneda un valor estable, es decir, si el Estado evita cualquier política que produzca inflación; si el mismo es el primero en conculcarlos, ¿cómo se puede exigir a sus gobernados que no se protejan de las consecuencias dañosas que les plantea?

Si nominalismo y valorismo, como lo fue el metalismo, son únicamente criterios de valoración en función del dinero, serán los particulares, en definitiva, a quienes corresponda la elección adecuada para el cumplimiento de sus obligaciones; lo incongruente es cuando el Estado, después de haberse pronunciado por el mantenimiento de uno de ellos y, aun quebrándolo, impone a priori sus consecuencias. Es que el dinero, en cuanto bien, es símbolo y síntesis de los demás valores, expresión de la unidad de medida, o mensura, es el sustitutivo más idóneo por el que se puede cuantificar lo medido, o mensuratum; si destruimos estas propiedades esenciales, el dinero habrá dejado de ser el fiel reflejo del equilibrio de aquellos valores intercambiados socialmente. Sin dinero o moneda sana no se facilita ni el crédito ni el ahorro, deja de ser el aliciente o acicate para las mejores empresas y deja de cumplir su función de equidad en la aplicación de la justicia equitativa y distributiva de los pueblos.

Creemos haber desarrollado este importante tema a profundidad, nuestra conclusión es que es justo ante una época de inestabilidad económica la aplicación del valorismo para superar el rigorismo y las consecuencias que crea el nominalismo.

- (1). Citado por Bonet Correa José. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1981. Pag. 135
- (2) Arthur Nussbaum. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1954. Pag.23
- (3) Bonet Correa, José. Las deudas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1981. Pag. 135
- (4). Idem. Pag.136
- (5). Idem. Pag.136
- (6). Idem. Pag. 137
- (7). Idem. Pag. 137
- (8). Idem. Pag. 137
- (9). Idem. Pag. 137
- (10). Idem. Pag. 137
- (11). Idem. Pag. 138
- (12). Ver capítulo 1 numeral 1.5 de esta tesis.
- (13) Citado por Moisset de Espânes. Inflación y actualización Monetaria. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1981. Pag. 47
- (14). Citado por Bonet Correa José. Las Deduas de Dinero. Editorial Civitas, S.A. Mdríd, 1981. Pag. 139
- (15). Idem. Pag. 139
- (16). Idem. Pag. 139
- (17). Idem. Pag. 139
- (18). Idem. Pag. 149
- (19). Idem. Pag. 150
- (20). Idem. Pag. 159
- (21). Idem. Pag. 153
- (22). Idem. Pag. 156
- (23). Idem. Pag. 171
- (24). Idem. Pag. 173
- (25). Idem. Pag. 174



CAPITULO 5 : CLAUSULA DE ESCALA MOVIL O LA INDEXACION:

5.1 HISTORIA: Como hemos mencionado anteriormente y vamos a concluir más adelante, este tipo de cláusulas tienden a una "valorización" de los créditos, conforman deudas de valor. Esta forma especial de ver las deudas de dinero tuvo su inicio en la asesoría notarial y en las grandes entidades acreedoras principalmente en Francia, por lo que fue la doctrina francesa la que inició lo que se ha conocido por la "valorización"(1). Este tipo de cláusulas tuvo su inicio a finales del siglo pasado, pero en realidad, toma su verdadero auge a principios de este siglo sobre todo a consecuencia de las calamidades económicas resultantes de la primera y segunda guerra mundial. Países como Francia, Inglaterra y Alemania son lo pioneros de esta nueva corriente, posteriormente en América, en especial Estados Unidos a consecuencia de la gran depresión de los años treinta. España a consecuencia de la guerra civil en los años treinta y cuarenta empezará a implantar estas cláusulas.

Ya en las décadas de los cuarenta y cincuenta, países en América Latina como por ejemplo Argentina y Chile utilizan este tipo de cláusulas, difundiéndose luego por todas partes del mundo.

Es importante mencionar que este tipo de cláusulas ha ido evolucionando y se han ido perfeccionando a través del tiempo y en muchos países se ha reconocido legislativamente la validez de muchas de estas cláusulas. En la actualidad, se encuentran difundidas en muchísimos países siendo los más importantes en América: Estados Unidos, México, Argentina, Brasil; países en los cuales ya existe una amplia experiencia jurisprudencial y en los cuales muchos autores han desarrollado y actualizado la doctrina referente a este tipo de cláusulas.

En Guatemala creemos que por la estabilidad que había mantenido nuestra moneda, la necesidad nunca nos indujo a buscar este tipo de soluciones, pero creemos que actualmente y de una forma empírica, incipiente y en muchos casos peligrosa y anti jurídica, se ha iniciado el empleo de este tipo de cláusulas.

5.2 UBICACION DENTRO DE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION, DENOMINACIONES Y CONCEPTO:

Las cláusulas de estabilización son así denominadas porque la suma o cantidad de dinero del objeto de la prestación no queda fijada definitivamente, sino

inicialmente, y será objeto de actualización, al poder variar hasta el momento de su ejecución o pago en relación con el valor de otra moneda más fuerte, el de un bien o un producto determinado o una moneda determinada, o el de un índice económico, de modo que resulte mantenida la equivalencia inicial de las prestaciones entre las partes contratantes(2).

Ahora bien, la doctrina francesa ha dividido este tipo de cláusulas en dos; las Cláusulas de estabilización monetaria, que tienen por objeto el oro o una moneda extranjera y que han sido criticadas por atentar y violar el prestigio de la política monetaria y de su régimen de curso legal forzoso y las segundas que se les ha denominado Cláusulas de estabilización económica, y que han sido llamadas así por atribuirseles una naturaleza económica, entre las que se encuentran "pago en especie" y "cláusulas índices" o de "escala móvil" y las cuales han cobrado auge y validez en muchos países(3).

Con base en lo anterior, podemos decir que la cláusula de escala móvil o la indexación es una modalidad de las cláusulas de estabilización económica.

DENOMINACIONES: Los nombres que se le han dado a este tipo de cláusulas más comúnmente son los de cláusulas de "escala móvil" o de "índice variable" y que por ser una modalidad desarrollada por la doctrina francesa se les ha denominado "clause d'échelle mobile", "clause indicielle" o "clause de reference". Según Noireau-Blanc, es preferible denominarla como "cláusula de variación según índice" o, simplemente, bastará con limitarse a añadir la palabra "indicada"(indexe) a la relación jurídica en que se pacte una cláusula de escala movable o móvil; así, se dirá una renta vitalicia indicada, o un préstamo indicado. Esta última denominación va a ser la más aceptada y divulgada en otros países, según se puede apreciar entre los autores italianos al referirse a la "clausola indice" o "clausola di indicizzazione" y en los alemanes o suizos, al concretar las "indexklausel" o "indixierung"(4).

Arthur Nussbaum recoge denominaciones del idioma inglés y se refiere a ellas como Las "Index clauses" o "escalator clauses" mencionando que la segunda goza de preferencia en los Estados Unidos, pero que a su criterio es más vaga(5). Mazeaud se refiere a ellas como "cláusulas sujetas a un índice"(6)

CONCEPTO: Para Nussbaum las cláusulas índices contractuales son aquellas que fijan el monto de una prestación pecuniaria mediante la referencia a números

índices(7).

De una manera más específica Menard (8) dice que la cláusula con un índice económico es aquella que se añade a un contrato respecto al precio allí determinado para que varíe en función de uno o varios elementos escogidos por las partes.

José Bonet Correa nos da un concepto de este tipo de cláusulas de estabilización diciendo que son aquellas que tienen por objeto hacer variar el total de la suma o cantidad dineraria exigida según las variaciones de un índice de valor económico en consideración al poder adquisitivo de una moneda de curso legal(9).

Del estudio que hemos desarrollado podemos nosotros definir las cláusulas de Escala Móvil diciendo: Son los pactos introducidos por las partes en un negocio jurídico en el cual la cuantía objeto de la obligación queda fijada inicialmente en una determinada cantidad de dinero y la cual variará al momento de pago conforme a las variaciones que se den en el índice que las partes hayan escogido previamente, con el objeto de mantener el valor real de la prestación ante las alteraciones monetarias.

Finalmente, creemos conveniente, para una mejor comprensión del tema, dar un concepto de lo que es INDEXAR y para tal efecto Jorge Bustamante Alsina nos dice que: es reajustar la cuantía originaria de una deuda en función de variaciones de indicadores de precios para recomponer su monto de manera de mantener constante el valor real de la deuda(10).

5.3 NATURALEZA JURIDICA:

Para tratar de exponer de una manera científica lo que es la naturaleza jurídica de una obligación en la que la cuantía de la prestación está sujeta a una cláusula de escala móvil, utilizaremos el procedimiento empleado por el tratadista Federico Puig Peña en su compendio de Derecho Civil Español referente a las obligaciones y contratos.

Junto a los términos clásicos de las obligaciones específicas y genéricas, los tratadistas modernos sitúan las llamadas deudas pecuniarias u obligaciones de entregar sumas de dinero, en las que señalan algunos tratadistas que confunden lo que son deudas pecuniarias con deudas de valor, al incluir unas y las otras en la misma clasificación, en especial Albaladejo y Puig Peña (11)(12).

En cuanto a las deudas pecuniarias nosotros participamos del punto de vista de Garrigues y de Diego Espin(13), que dicen que la más exacta delimitación de la deuda pecuniaria resulta de la combinación de estas dos notas características de la misma, a saber: ser una deuda de cantidad y una deuda de valor legal. La deuda pecuniaria es

una pura deuda de cantidad, dice Garrigues, basta con devolver una cantidad igual a la recibida, y de ahí el carácter indestructible de una deuda de dinero; el dinero nunca perece, porque la cantidad nunca perece, pudiendo haber tan solo una imposibilidad subjetiva (insolvencia). La deuda pecuniaria, añade el profesor Garrigues, es también una deuda de valor, pero sólo en el sentido de valor nominal, no en el sentido de valor efectivo o real o valor en curso de la moneda. De la combinación de estos dos principios (deuda de cantidad y deuda de valor legal), nace la nota característica de la deuda de dinero, que es la siguiente: que el acreedor ha de conformarse cuando reciba la misma cantidad de dinero pactada, aunque el valor intrínseco del dinero haya desendido. La característica esencial de la deuda pecuniaria es, por tanto, que el pago de la misma se rige por el principio nominalista, es decir, que se devuelve la misma cantidad que se recibió, o que se pacto.

Así tenemos que una obligación en la que la cuantía de la prestación está sujeta a una cláusula de escala móvil no es una obligación pecuniaria, ya que en la obligación pecuniaria el objeto de la prestación es una determinada suma de dinero, y en las obligaciones que acupan nuestro estudio el objeto de la misma es un valor, que como ya dijimos, se mide y se paga en dinero.

Ahora bien, ¿EN QUE CONSISTE UNA DEUDA DE VALOR? Al respecto de las deudas de valor, hemos encontrado un brillante trabajo elaborado por el tratadista argentino Jorge H. Bustamante Alsina (14) condensado de su libro "INDEXACION DE LAS DEUDAS DE DINERO" y el cual transcribiremos literalmente, ya que, consideramos que no sólo nos dá claramente la naturaleza jurídica de las cláusulas de escala móvil, sino que también contribuye a que se profundice y comprenda plenamente esta complicada figura jurídica.

Así Jorge H. Bustamante Alsina nos dice: "Las primeras manifestaciones de la tesis valorista aparecen en el reconocimiento de las deudas de valor como una categoría distinta de las deudas de suma o puras de dinero.

Quiero dejar acentada mi opinión en el sentido de que las deudas de valor son ontológicamente distintas de las deudas de dinero y que presentan una estructura jurídica que las diferencian de éstas. Niego entonces que tal distinción no sea real, fundamental y que sólo es un "standard" o instrumento de que se han valido los jueces para sustraer algunas obligaciones del rigor nominalista. La formulación de la deuda de valor tiene carácter científico y utilitario a la vez y se ha originado en un esfuerzo de la ciencia jurídica impuesto por la necesidad de conservar la sustancia del patrimonio.

La doctrina clásica en esta materia señala que en la deuda de valor no se debe dinero sino precisamente un valor

que constituye la prestación (in obligatione), pero ese valor se mide y se paga en dinero (in solutione). En tanto que en la obligación de dinero la prestación está fijada en esa cantidad de dinero que permanece invariada (in obligatione) hasta el pago (in solutione).

Estudios más modernos permiten definir la deuda de valor no por la función que ella cumple o para que sirve, sino conceptualmente como una categoría de obligación que tiene una naturaleza y una estructura particular, especialmente en cuanto a los caracteres de su objeto que permiten identificarla dentro de la teoría de las obligaciones. Para llenar su función la deuda de valor tiene elasticidad y plasticidad en su monto, de tal suerte que permite una transferencia inalterable en el tiempo de valores reales, mediante un mecanismo que le es propio y que está dado por su objeto como elemento variable en su expresión monetaria computándose a tal fin el valor en curso de la moneda, lo que permite sustraerlo al nominalismo.

La noción de objeto es esencial, pues refleja el contenido de la obligación y éste es directamente correspondiente de la función económica que ella cumple como medio de realización del intercambio de bienes y servicios. El objeto de la obligación según la doctrina clásica es la prestación debida, sea esta de dar, hacer o de no hacer.

Sin embargo siguiendo a Carbonnier se puede hacer otra distinción en cuanto al objeto: de un lado, la obligación de suma de dinero y del otro las obligaciones en natura, tal como a la economía en natura se opone la economía monetaria. Las obligaciones en natura tienen por característica ser insensibles a las variaciones monetarias porque el dinero es ajeno al objeto y por lo tanto la prestación no se altera por las variaciones de la moneda. Estas obligaciones en natura son todas las de dar que no sean de dinero, así como las de hacer y no hacer.

Las obligaciones de dinero son aquellas que consisten en la obligación de transferir la propiedad de cierta cantidad de unidades de moneda y que resultan invariables en su expresión monetaria porque se atienen al valor nominal de los signos con prescindencia de las alteraciones de valor en curso que deterioran el valor real de la prestación debida.

Tomando como punto de partida esta clasificación de Carbonnier se ha ensayado una teoría general de las deudas de valor. Georges Pierre-Francois, en su excelente tesis con prólogo de Pierre Raynaud, desarrolla una interesante doctrina. Al lado de las obligaciones en natura (de hacer) sitúa una categoría intermedia que participa a la vez de las obligaciones en natura durante su existencia y de las obligaciones de suma de dinero en el momento de su ejecución: son las deudas de valor (15).

Se asemejan a las obligaciones en natura en cuanto la deuda es invariable en su contenido real en relación a los demás bienes, diferenciándose de ellos en que no se pagan como éstos en especie sino que se pagan en dinero, pero se diferencia de éstas en que su expresión monetaria se fija por un número variable de unidades en periodos de depreciación monetaria".

Para concluir este autor, distingue dos especies de deudas de valor: A) la deuda de valor que no tiene expresión monetaria en su origen, y que está constituida por el supuesto de la reparación del daño, el cual es algo que en sí mismo permanece inalterado en el transcurso del tiempo y subsiste en el patrimonio del damnificado mientras no sea reparado; por ello debe variarse el monto nominal del crédito de indemnización. Y B) Es el caso de las deudas que tienen una cantidad determinada desde el origen, pero expresada en poder de compra en virtud de la aplicación de un índice. La indexación la convierte en una obligación cuya prestación es en natura, pero para su pago es en dinero. Es en natura porque la prestación como toda prestación en natura es insensible a la alteración de la moneda, ya que no se deteriora su valor, y es en dinero porque no se paga en especie sino en unidades monetarias(16).

Finalmente, una obligación en la que se incluye una cláusula de escala móvil, constituye una "deuda de valor"(17).

5.4 DISTINTOS TIPOS Y FUNCIONAMIENTO:

En realidad, no existen distintos tipos de cláusulas de escala móvil, ya que el procedimiento es único, es decir, el objeto que ellas persiguen siempre será el mismo, o sea, hacer variar el total de la suma o cantidad de dinero ADEUDADA INICIALMENTE exigida, según las variaciones de un índice de valor económico en consideración al poder adquisitivo de una moneda de curso legal.

Lo que sí es cierto es que éstas varían, ya sea por el territorio en que se aplica, por el campo jurídico en que son utilizadas o bien por el tipo de índice que se utilice. Hacemos constar que en el material de lectura con que se contó para hacer este trabajo no pudimos contar con una clasificación, por lo que dejamos claro que la clasificación que se desarrolla a continuación es fruto de nuestras investigaciones, por lo que no es definitiva. Las cláusulas de escala móvil pueden clasificarse así:

A) Atendiendo al territorio en que se aplican:

1) Nacionales: Este tipo de contratos son los más comunes y no presentan más problema que la determinación

de su validez.

2) Internacionales: Existen muchísimos contratos de carácter internacional, sobre todo préstamos concedidos por unos países a otros, así como el intercambio de bienes o servicios. Generalmente este tipo de contratos está automáticamente indexado por la moneda que se escoge para el pago. El problema con estos contratos internacionales estriba en que al darse el incumplimiento no existe en la mayoría de los casos una reciprocidad, porque varios Estados extranjeros con desprecio de los fallos de la justicia, no han cumplido con su obligación para con los acreedores.

B) Atendiendo a su origen:

1) Legislativa: Existe la indexación legislativa que es la utilizada por el Estado para muchas de sus obligaciones, es decir, el Estado dicta leyes en las que indexa cierto tipo de obligaciones, como por ejemplo los impuestos indexados, así como también jubilaciones, salarios y pensiones en las que el Estado es la parte obligada. Este tipo de indexación es bastante común en países como Francia, Suiza, Estados Unidos, Brasil.

2) Voluntaria: Esta es la más común de las indexaciones, es aquella que las partes introducen voluntariamente en sus contratos. Este tipo de indexación tiene como fundamento la soberanía de la voluntad de las partes y como limitación todas las que tienen en general los contratos.

C) Atendiendo al origen del índice a utilizarse:

1) Índices Oficiales: Existen en muchos de los países donde se ha desarrollado este tipo de cláusulas, son órganos oficiales los encargados de elaborar los índices que tanto el Estado como los particulares utilizarán en sus contratos. Estos índices, como ya dijimos son elaborados por organismos creados por el Estado, tienen carácter de oficial y son renovados dependiendo del tipo de índice, ya sea por mes, trimestre, semestre o por año.

Este tipo de índices son profesionales y de gran importancia ya que por su carácter oficial pueden ser utilizados en todo tipo de contratos, ya sea por el Estado o entre particulares y facilitan mucho la aplicación de las cláusulas de escala móvil, precisamente por dar una uniformidad. En los Estados Unidos se utilizan mucho y entre los más comunes encontramos el índice de la canasta

familiar, que se edita trimestralmente, y que contiene un promedio de los precios de los productos de consumo diario. También está el índice de todos los productos y servicios, el cual es elaborado estadísticamente con más de dos mil setecientos artículos y servicios de que goza un individuo dentro de la sociedad y que permite tener un dato bastante exacto del índice inflacionario y el poder de compra del dinero; incluye, además, de los productos de la canasta familiar, honorarios de servicios profesionales, precios de automóviles, seguros, etc. Es elaborado anualmente. Facilitan también la labor de los jueces y tribunales.

2) Índices no oficiales: Este tipo de índice es aquel que es escogido por las partes contratantes y que se refieren al valor de un producto o al promedio del valor de varios productos. Es en realidad el índice más sencillo, pero que presenta algunas inconveniencias como son la inestabilidad de muchos de los productos escogidos, por ejemplo el valor de un quintal de maíz o el del precio de cambio no oficial del dólar. Otro problema que presentan estos índices es que al darse un litigio complica la función de los jueces y tribunales, pues se hace difícil muchas veces determinar qué precio tenía cierto producto en cierta época. Sin embargo, también hay muchos productos que pueden ser escogidos como índice que cumpla bien su función, todo depende, claro está, del ingenio y talento de los contratantes.

D) Atendiendo al índice a utilizar:

Esta clasificación es bastante amplia, pues dependiendo del índice que se haya utilizado así será la cláusula. Así podemos tener cláusulas valor oro, valor moneda extranjera, valor maíz, valor trigo etc.; todo depende del producto o productos utilizados como índices.

E) Atendiendo a la rama del derecho en que se aplican: Básicamente en muchos países este tipo de cláusulas se han puesto en práctica en las siguientes ramas:

1) Derecho Civil: Esta es la rama del derecho en que más comúnmente se han aplicado las cláusulas de escala móvil, en especial para contratos de arrendamiento que regularmente exceden de tres años, mutuo con y sin garantías hipotecarias y prendarias, compra-ventas a plazos,

rentas vitalicias y seguros de vida; en estos últimos las primas y los beneficios son indexados.

2) Derecho Laboral: Creemos que es una de las ramas en donde más incidencia pueden tener este tipo de cláusulas. En países como Estados Unidos, los sindicatos las han venido usando para el cálculo de los salarios; algunas empresas que no poseen sindicato también ponen en práctica este método.

Las consecuencias políticas, económicas y sociales al emplearse este tipo de cláusulas en los contratos laborales han permitido una convivencia más pacífica entre patronos y laborantes. La incidencia del aumento nominal de los salarios por medio de la indexación son mínimos en los productos finalmente terminados, por lo que se han difundido en gran cantidad.

3) Derecho Administrativo: En esta rama del derecho ha tenido aplicación la indexación sobre todo en el seguro social.

4) Derecho Fiscal: Como ya mencionamos anteriormente, los impuestos han sido indexados últimamente en países como Francia, Suiza, Estados Unidos, Brasil. Ha sido aplicada sobre impuestos directos e indirectos, en especial el impuesto sobre la renta y el impuesto sobre la tenencia de bienes.

FUNCIONAMIENTO: Primero cabe preguntarnos qué es indexar: Así Jorge H. Bustamante Alsina nos dice: "es reajustar la cuantía originaria de una deuda en función de variaciones de indicadores de precios para recomponer su monto de manera de mantener constante el valor real de la deuda". Queremos dejar claro que existen una infinidad de probabilidades en cuanto a los tipos de cláusulas, y el funcionamiento de estas depende mucho de qué tipo de contrato es y de qué condiciones y circunstancias tomen en cuenta las partes contratantes. Nosotros nos limitaremos a explicar el funcionamiento de una de estas cláusulas en su expresión más sencilla, procurando que el lector capte lo fundamental.

Tomemos como ejemplo un contrato de mutuo bastante sencillo: Juan Perez (deudor) recibió en calidad de mutuo de X Banco (acreedor) la cantidad de cien Quetzales exactos (deuda inicial) el día siete de noviembre de 1986 (fecha en que se contrajo la obligación). El plazo del contrato es de seis meses por lo que la fecha de pago será el día 6 de mayo de 1987.

El banco utilizò como índice indicador del poder adquisitivo de la moneda el precio de un quintal de maíz, que el día en que se contrajo la deuda costaba diez Quetzales exactos.

Llega el señor Juan Perez al XBanco el día 6 de mayo de 1987 a hacer efectivo el pago del crédito. Pregunta el señor Perez cuánto es lo que el debe de capital y en el banco le contestan: Estimado señor Perez, el día en que usted contrajo la deuda, un quintal de maíz costaba diez quetzales exactos; hoy, día en que usted debe hacer efectivo el crédito, el quintal de maíz cuesta quince quetzales exactos, por lo que el quintal de maíz aumentò en un cincuenta por ciento (o sea que hubo un aumento del cincuenta por ciento en el indicador que se utilizò para mantener el VALOR objeto de la deuda). Con base en lo anterior señor Perez, nosotros reajustamos el monto de la deuda inicial aumentándole a esta un cincuenta por ciento, ya que ese fue el aumento sufrido en nuestro indicador, por lo que usted le debe al banco la cantidad de cien quetzales (deuda inicial) más el cincuenta por ciento de esos cien quetzales, lo que nos hace un total de ciento cincuenta Quetzales.

¿Qué fue lo que sucedió? Sencillamente hubo un aumento en el valor nominal de la deuda (de cien quetzales a ciento cincuenta quetzales), pero para el acreedor el valor real de la deuda se mantuvo (o sea la capacidad del acreedor de poder comprar diez quintales de maíz).

Podemos pensar en otro ejemplo, un contrato de tracto sucesivo como podría ser el arrendamiento de una casa. Luis Pasos es dueño de una casa en la zona nueve; el día de hoy da esa casa en arrendamiento al señor Jorge Toc. El plazo del contrato es de tres años contados a partir del 7 de noviembre de 1986, venciendo en consecuencia el día 6 de noviembre de 1989. El valor inicial de la renta mensual es de cien quetzales. Ambas partes pactaron en que el índice indicador del poder adquisitivo de la moneda es el precio al día de hoy (7 de noviembre de 1986) de un Kilovatio Hora de energía eléctrica el cual es de dos quetzales. Así mismo los contratantes pactaron que cada 6 de noviembre (si se encuentra vigente el contrato) se reajustará el monto de la renta a pagarse mensualmente conforme a las variaciones que sufra el índice indicador del poder adquisitivo de la moneda.

Efectivamente, transcurrió el tiempo, el primer seis de noviembre las partes contratantes se reunieron y determinaron que el índice indicador del poder adquisitivo de la moneda no variò en nada, pues el kilovatio Hora de energía eléctrica mantuvo su valor de dos quetzales; por lo que el monto de la renta mensual a pagar no se modificò.

El siguiente 6 de noviembre se volvieron a reunir las partes contratantes y vieron que el kilovatio hora aumentò a

dos quetzales cincuenta centavos, por lo que el monto de la renta que debe pagar el señor Toc aumento en un veinticinco por ciento, es decir, que a partir del 6 de noviembre de 1988 hasta la finalización del contrato aumenta la renta de cien quetzales mensuales a ciento veinticinco quetzales, ya que, ese fue el porcentaje de aumento que sufrió el kilovatio Hora de energía eléctrica (o sea el aumento que se dio en el indicador del poder adquisitivo de la moneda).

5.5 LA INDEXACION Y EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURIDICO EN GUATEMALA:

Ya hemos estudiado todo el desenvolvimiento de lo que han sido las cláusulas de escala móvil, hemos visto ya la naturaleza y desarrollo del dinero y la hemos analizado con respecto a la doctrina y sistemática jurídica; ahora pasamos a ver cuál es la posibilidad de utilizar este tipo de cláusulas en Guatemala tal y como se encuentra hoy día estructurado el ordenamiento jurídico y daremos cuáles son las modificaciones necesarias para que las deudas de valor sean aplicadas en nuestro medio. Al tratar de ver la posibilidad jurídica de la indexación en Guatemala nos estamos refiriendo a la indexación de tipo contractual, ya que la legislativa compete únicamente a lo que la voluntad del Estado pueda en cierto momento decidir.

Así tenemos que según nuestro Código Civil establece en su artículo 1319 toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Por lo tanto, para que se constituya una obligación esta tiene que reunir los requisitos mínimos, como son que sea creada por sujetos capaces, que exista un objeto el cual debe ser lícito y que exista un vínculo. Con respecto a los sujetos y el vínculo no entraremos en discusiones porque no es en estos elementos en donde se encuentra la posibilidad jurídica del objeto de nuestro estudio, únicamente nos referiremos a la prestación.

Según el artículo 1251 del Código Civil, el negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad legal de sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito. Ahora bien, ¿en qué consiste ese objeto lícito y cuáles son los requisitos que debe llenar?

Los requisitos que ha de reunir el objeto de la obligación o sea la prestación han de ser los siguientes:

A) Ha de ser posible: así el artículo 1538 nos dice que los hechos han de ser posibles; efectivamente ninguna persona puede obligarse a una prestación imposible, y si se obliga

sería nula, pues el derecho solo puede extender su manto protector sobre aquello que es en sí mismo posible. En la indexación el objeto de la prestación si es posible, ya que esta constituye UN VALOR que en cualquier momento puede ser calculado en una suma determinada de dinero, es esa naturaleza tan abstracta y tan ultrafungible que le permite siempre ser posible, le permite siempre cristalizarse en dinero.

B) Ha de ser lícito: El derecho no puede obligar a una persona a que realice un acto ilícito; por eso, la licitud es una condición esencial de la prestación. Así, pues, ya mencionamos que entre los requisitos establecidos por el artículo 1251 del Código Civil tenemos que el objeto ha de ser lícito. Por lo tanto, el objeto de una obligación de valor como la que nos ocupa, nunca podrá ser ilícita, pues es un valor que representa el poder de compra de bienes y servicios necesarios para la subsistencia humana o bien podríamos decir es un valor que en determinado momento representa la recompensa del trabajo durante cierto tiempo de un hombre; los valores de este tipo pensamos que se encuentran inmunes a la ilicitud, todo lo que constituye un valor es en sí mismo un bien, en el sentido de que nos proporciona un bienestar o una satisfacción.

C) Ha de ser determinada: Si la obligación supone una restricción a la libre actividad del deudor, es lógico que aparezca fundamentalmente determinada, con el fin de que no se quede aquél sujeto al arbitrio exagerado o desmesurado del acreedor. Además, en el mismo interés del acreedor, debe la prestación ser determinada, con el fin de que el deudor no pueda liberarse prestando cosas y objetos de infima estima en relación con la naturaleza de la obligación. Es necesario, pues, la determinación de la prestación para que también se mantenga la reciprocidad entre el uno y otro de los sujetos de la obligación.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 1538 que no solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas; a lo menos, en cuanto a su género.

Si se ha comprendido bien lo que es una deuda de valor y si hemos captado lo que significa una Cláusula de escala Móvil, nos daremos cuenta que en este tipo de obligación la prestación está perfectamente determinada desde su inicio, ya que siempre se fija una cantidad inicial de dinero (y esta cantidad inicial de dinero siempre representa en el momento de la constitución de la obligación un poder adquisitivo determinado, un valor específico) por lo que creemos que llena a satisfacción este requisito. Lo que no

está totalmente determinado es la cantidad de dinero que el deudor deberá pagar, ya que este es el elemento inestable, es el elemento relativamente indeterminado que variará conforme varíe el poder adquisitivo de la moneda. En conclusión, el valor siempre está determinado definitivamente desde el inicio de la obligación.

Ahora bien, la cantidad de dinero para determinar el valor no queda al antojo y voluntad del acreedor, está sujeto a un índice que se utilizará en el momento del cumplimiento para determinar cuál es la cantidad de dinero a entregar.

Entonces, con lo que hemos dicho, ¿estamos hablando de una obligación de dinero y por lo tanto estamos en contra del principio nominalista consagrado para las deudas de dinero y que nos dice que el deudor se libera de la obligación entregando igual cantidad de dinero a la recibida?. No, estamos plenamente convencidos de que una obligación de valor no es una obligación o deuda de dinero; el dinero en una obligación indexada es el instrumento que se utiliza inicial y finalmente para cristalizar o materializar o medir el valor objeto de la obligación. Por lo tanto, al indexar nos sustraemos de lo que el principio nominalista consagra y protege, ya que, en una deuda de dinero el objeto es exclusivamente la cantidad de dinero y no un valor, como lo es una obligación indexada. Por todo lo anterior creemos que el nominalismo consagrado en el artículo 1395 de nuestro Código Civil no es contrariado ni violado por una deuda de valor, ya que el supuesto de hecho en el artículo que se refiere al nominalismo es específicamente para las deudas de dinero y no para las de valor.

No queremos dejar por un lado los aspectos que conforman el pago de la prestación o en otras palabras el cumplimiento de la obligación. La obligación nace para ser cumplida, es la finalidad intrínseca que motiva su existencia. Por eso el cumplimiento no es más que el desarrollo físico de la obligación. Este cumplimiento consiste en la realización y obtención del fin perseguido a través de la actividad del deudor en el modo, tiempo y lugar convenidos. El fin perseguido es el cumplimiento de la prestación, es decir, hacer efectivo el objeto de la misma. Por lo que en cuanto al cumplimiento de la prestación exacta encontramos dos principios importantísimos y que hemos decidido mencionarlos por el interés que tiene para este trabajo; así estos principios son:

A) Identidad de la prestación: Las prestación que se cumple tendrá que ser idéntica a la convenida; si se entrega una cosa distinta de la pactada, no se entenderá

cumplida la obligación; salvo, naturalmente, el supuesto en que el acreedor convenga con el deudor en que aceptará aquella otra cosa. Así, nuestro Código Civil establece en su artículo 1386. que dice que no se puede obligar al acreedor a aceptar cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la ofrecida sea igual o mayor, salvo disposición especial de la ley. Por lo tanto, creemos que en una obligación que está sujeta a una cláusula de escala móvil se cumple con este primer principio, ya que se está entregando al momento del cumplimiento un valor idéntico al que se entregó al momento de constituir la obligación con la diferencia de que el "signo" en que está representado este valor varía en forma cuantitativa.

B) Integridad e indivisibilidad de la prestación: Las prestaciones deben ser cumplidas de un modo íntegro; es decir, completo y por lo tanto indivisible; así, el Código Civil regula en su artículo 1387 que el pago deberá hacerse en el modo pactado y no podrá efectuarse parcialmente, sino por convenio expreso o por disposición de la ley. Así, el deudor se libera (a menos que exista un pacto expreso o por disposición de la ley) de la obligación restituyendo íntegramente "el valor" a que se había comprometido al inicio de la obligación.

Hasta aquí hemos analizado conforme a la doctrina y nuestra legislación todos los aspectos que consideramos importantes y básicos para que una obligación indexada pueda subsistir dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Es nuestro criterio que en general son lícitas y conforme a derecho las cláusulas de escala móvil; creemos, sin embargo, que existen casos especiales de aplicación en que este tipo de cláusulas podrían ser nulas, para lo cual creemos que cada caso, ya sea por el tipo de cláusula a utilizar o por el tipo de contrato en que estas se empleen, debe ser cuidadosamente estudiado. A continuación vamos a analizar la posibilidad jurídica de las cláusulas de escala móvil más comunes, así como también en qué tipo de negocio jurídico pueden ser utilizadas.

Inicialmente creemos conveniente referirnos al artículo 1301 del Código Civil que dice: Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Creemos que los requisitos esenciales para su existencia ya los analizamos y estudiamos conforme a

la doctrina y a la ley guatemalteca.

Ahora, pues, cabe preguntarnos si la indexación es contraria al orden público o contraria a las leyes prohibitivas expresas. Creemos que no, ya que hasta el momento no hemos encontrado para las cláusulas de escala móvil una norma prohibitiva expresa.

Y entonces, ¿en qué posición están las cláusulas valor oro y valor moneda extranjera respecto a lo preceptuado por el artículo segundo de la ley monetaria(18)? Ya habíamos explicado en el capítulo cuarto los tipos de cláusulas de estabilización y habíamos analizado que existen las cláusulas de estabilización monetaria en las que encontramos la cláusula oro y la cláusula moneda extranjera; y por el otro lado estaban las cláusulas de estabilización económica en las que se utilizaba el valor del oro o el valor de la moneda extranjera o el valor de alguno o varios bienes o servicios. Ya habíamos mencionado que las cláusulas de estabilización monetaria eran duramente rechazadas por violar el sistema monetario de un país y por ir en contra de la política monetaria del mismo. Por estas razones, la cláusula oro y moneda extranjera están expresamente prohibidas en el artículo segundo de la ley monetaria, con excepción de las cláusulas moneda extranjera para los casos señalados en el artículo tercero de ese mismo cuerpo legal. Por lo tanto, se refieren a las cláusulas oro y moneda extranjera más comúnmente utilizadas y no a las cláusulas "valor oro" y "valor moneda extranjera", ya que en estas últimas el valor del oro y el valor de la moneda extranjera por ser mucho más resistentes y estables ante las alteraciones monetarias se han utilizado "como un índice" para medir la depreciación monetaria dentro de un país y así tratar de establecer una relación de justicia y equidad para las partes en sus relaciones contractuales.

En la práctica si se desea gozar de mayor tranquilidad y sustraerse eventualmente de que un juez o tribunal considere que este tipo de cláusulas valor oro y valor moneda extranjera son nulas, es conveniente utilizar el valor de algún bien, producto o servicio como índice, ya que al respecto no existe punto de discusión ni prohibición alguna que se pudiera mal interpretar. Con lo anterior estamos diciendo también que todo aquella cláusula de escala móvil en la que se utilice algún producto, bien o servicio, es definitivamente válida.

Ahora bien, vamos a hacer un breve análisis de la indexación en los contratos civiles más comunes y que por lo general representan el giro normal dentro de una sociedad; estos contratos son el de compra-venta, el de arrendamiento y el de mutuo.

Con respecto al contrato de compra-venta, nuestro Código

Civil en su artículo 1790 dice: Por el contrato de compra-venta el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero. El contrato de compraventa al contado no tiene ningún interés para nosotros, ya que el precio se paga inmediatamente. Es el contrato por abonos el que nos interesa, ya que se indexaría el precio con el objeto de ajustarse a cualquier variación del poder adquisitivo de la moneda mientras se hace efectiva la totalidad del precio. Así, vemos que la posibilidad de indexar una compra-venta a plazos depende de la factibilidad jurídica de indexar el precio. Respecto al precio el Código Civil señala en el artículo 1796 que no hay compra venta si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo.

Creemos que la misma ley nos abre las puertas al decirnos que por lo menos debe haber una manera de determinarlo. Al respecto de la determinabilidad del precio Diego Espin nos dice que esta ha de interpretarse de acuerdo con lo que se ha dicho de la determinación en general(19). Con respecto a lo cual dicho autor nos dice que la prestación ha de estar determinada o al menos ser posible de determinarse conforme a un criterio establecido desde el principio, ya que en caso contrario el vínculo sería completamente inexistente... Pero la indeterminación no impide el válido nacimiento de la obligación si existe un criterio también inicial para lograr la determinación, que no dependa del mero arbitrio de alguna de las partes(20). Así, el artículo 1538 del Código Civil corrobora lo enunciado por Diego Espin, ya que en su segundo párrafo dice así: La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Con todo lo anterior, creemos que si se pueden indexar las compra-ventas a plazos en Guatemala, ya que aunque el valor del precio siempre queda definitivamente determinado, la cantidad de dinero a pagar, que será la que represente el valor original del precio variará conforme a un índice indicador de la variación del poder adquisitivo de la moneda el cual no significa ni capricho ni arbitrariedad de una de las partes, sino que más bien es el reflejo de la realidad económica al momento del cumplimiento de la prestación.

En cuanto al contrato de arrendamiento el artículo 1880 del Código Civil que el arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado. El párrafo tercero de ese mismo artículo señala que la renta o precio del arrendamiento debe consistir en dinero o cualquier otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada.

Si tomamos en consideración lo referente al primer párrafo en cuanto a que el arrendador se obliga a pagar un precio determinado, es completamente válido y aplicable al contrato de arrendamiento el razonamiento que utilizamos para analizar la determinación del precio de la compra venta y por lo tanto en nuestro criterio sí procede la indexación en el contrato de arrendamiento.

?Y qué sucede si tomamos en consideración el tercer párrafo del mismo artículo, el cual nos dice que el precio o la renta debe consistir en dinero o cualquier otra cosa equivalente, con tal DE QUE SEA CIERTA Y DETERMINADA? ?Seguirá siendo posible indexar la renta ya que esta debe ser cierta y determinada? ?Seguirá siendo cierta y determinada la renta a pesar de que la cantidad de dinero a pagar mensualmente variará conforme a las fluctuaciones económicas?

Es nuestro criterio que tomando en consideración lo que nuestra ley señala para el precio del arrendamiento, la indexación sigue siendo válida y aplicable al contrato de arrendamiento en Guatemala. La anterior afirmación la tomamos en base al siguiente razonamiento:

* El artículo octavo del decreto 1762 del Congreso de la República (Ley del organismo judicial) establece que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, pero cuando el legislador la haya definido expresamente, se le dará su significación legal. Con base en lo anterior y a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1880 del Código Civil, el cual nos dice que el precio o la renta del arrendamiento debe consistir en dinero o cualquier otra cosa equivalente, entendemos por cosa, según la Real Academia Española todo lo que tiene entidad ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta(21). Así, define también "Valor" de la siguiente forma: el grado de aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite(22).

* Por lo tanto, un contrato que ha sido indexado se convierte en una deuda de valor (ese valor lo constituye el poder adquisitivo de la moneda) o sea que el objeto de la prestación es un valor y no otra cosa. Ese valor conforme la definición señalada en el apartado anterior es UNA COSA ARTIFICIAL Y ABSTRACTA que satisface las necesidades o proporciona bienestar o deleite. Creemos en conclusión que el valor (poder adquisitivo) representado en una deuda de valor por medio de dinero (instrumento para medir la cantidad de valor inicial y finalmente) ES UNA COSA.

* Y si estamos de acuerdo con los dos apartados anteriores, el fijar como renta por medio de dinero un valor (poder adquisitivo) este es CIERTO Y DETERMINADO DESDE EL INICIO del contrato de arrendamiento, por lo que la renta o precio del mismo será cierta y determinada en cuanto a un valor específico; pero como ya hemos dicho variará en su materialización al variar de renta en renta la cantidad de dinero a pagar (pero no varía el monto del valor); por lo que consideramos totalmente válido y posible el indexar los contratos de arrendamiento.

En cuanto al contrato de mutuo, nuestro Código Civil se refiere a él diciendo que por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el encargo de que se devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.

Con base en lo anterior, si Juan diera en calidad de mutuo a José la cantidad de cien Quetzales y se le obligara a devolver ciento veinte, este contrato no solo iría en contra del principio nominalista, sino que también sería nulo, ya que según el artículo citado si se entrega dinero, se debe devolver este en igual cantidad de la misma especie y calidad a la recibida.

Ahora bien, la indexación en un contrato de mutuo no es posible si se trata de una deuda de dinero. Es únicamente válido si se entrega un valor (cierta cantidad de poder adquisitivo), que como ya analizamos en el contrato de arrendamiento es una "cosa" y sobre todo "ultrafungible" que se traslada y materializa a través de un signo llamado dinero. Solo así, al momento del cumplimiento de la obligación el deudor podrá entregar esta "cosa fungible" en igual cantidad (debe entenderse cantidad de valor de poder adquisitivo) especie y calidad (es muy importante saber que en las deudas de valor la calidad siempre se conserva). En conclusión, si es válida la indexación de un mutuo en Guatemala con la salvedad de que si éste no está estructurado y planteado correctamente en el contrato, fácilmente se puede interpretar como un mutuo de dinero y no de "valor".

Queremos dejar claro que NO ES POSIBLE INDEXAR una deuda pecuniaria pendiente de cumplimiento que ha sido creada por las partes como tal, es decir, que si los contratantes habían convenido en que Juan le debe a Pedro la cantidad de cien Quetzales, Juan debe pagar a Pedro cien Quetzales y no otra cosa. Esto se debe a que si se indexa una obligación pecuniaria pendiente de cumplimiento esta se está novando a una obligación de valor. Así también, debemos recordar los principios de certeza y seguridad contractual, los cuales serían seriamente violados y que no debemos ignorar. La única excepción sería que las partes de mutuo acuerdo o por disposición de la ley hagan NOVACION de la obligación pecuniaria en Obligación de valor. El artículo 1519 del Código Civil claramente dice: Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Creemos haber analizado de una forma muy simple la validez y posibilidad jurídica de la indexación de tan importantes contratos en Guatemala. Dejamos claro que no profundizamos más ni nos extendemos a otros contratos porque dada la complejidad del tema este tendría dimensiones ilimitadas y, en realidad nuestro objetivo primordial está en tratar de exponer y comprender lo que es la Indexación en sí.

5.6 HACIA UNA LEY DE INDEXACION: PAUTAS PARA ACTUALIZAR.

La indexación, uno de los temas más controvertidos, ha sido objeto de discusión tanto en el campo del derecho, la política y la economía. Es un fenómeno que aparece súbitamente luego de que se dan las primeras alteraciones monetarias dentro de un país; se inicia así un movimiento que es nuevo tanto para los sujetos contratantes como para los abogados y notarios y sobre todo para los Jueces y Tribunales quienes son sorprendidos por el nuevo objeto de juicio y, es hasta ese momento en donde se percibe la orfandad legislativa y jurisprudencial en que se encuentra este fenómeno.

Creemos que una ley de indexación "a priori" al problema de las alteraciones monetarias es indispensable para que la actualización de las deudas de dinero se efectúe dentro de un marco de seguridad y equidad, sin desmedro del valor justicia. Una ley de indexación permitiría poner fin al mosaico de soluciones legales y jurisprudenciales que se llegan a originar, así como también es importante encauzar a los particulares a encontrar una medida de valor que no produzca complicaciones. Una buena ley de indexación, sin pretender imponer un criterio uniforme, ni

avasallar el principio de la autonomía de la voluntad, marcaría un camino correcto y sobre todo regularía la actividad de los particulares que, como nunca faltan, usando el ingenio han desarrollado ciertas formas que muchas veces constituyen verdaderos pactos leoninos.

En cuanto a los índices, creemos que es importante que se den índices de carácter oficial que puedan utilizarse por los particulares, el Estado y los jueces al momento de resolver un litigio, para así con una relativa uniformidad tratar de simplificar el problema. También creemos que mientras no sean lesivos o abusivos los índices utilizados por las partes distintos de los previstos por la ley, estos deben ser permitidos. También es importante mencionar que un solo índice no es necesario porque son múltiples las obligaciones con distintas características, por lo que es necesario que existan varios índices.

Para Jorge Bustamante Alsina, la indexación debe llenar los siguientes requisitos: A) Debe hacerse por ley. B) debe abarcar todas las áreas de la actividad económica del país. C) Debe darse un índice único que sea el reflejo de las variaciones de precios en los distintos sectores de la economía. D) Deben indexarse solamente las deudas de tracto sucesivo periódicas y continuadas por lapsos según el ritmo más o menos acelerado de la inflación. E) Los índices a aplicarse deben ser los que tengan vigencia al día de pago. F) Deben darse a conocer públicamente los índices de reajuste, para que la corrección resulte un procedimiento de adecuación automática(23). Nosotros creemos que debe haber un índice único, pero es necesario que este se actualice por lo menos cada tres o seis meses y que sea como el elaborado en los Estados Unidos que comprende el promedio de más de dos mil setecientos productos y servicios para que verdaderamente refleje la situación económica.

Creemos que las pautas dadas por Pedro N. Cazeaux y Wenceslao Tejerina son bastante adecuadas e idóneas, por lo que nos parece importante mencionarlas, estas son: A) La indexación desde el punto de vista metodológico debe tener carácter excepcional, por lo que no deberá ser incorporada al código civil, sino regulada en forma especial, previniendo que su vigencia ha de ser transitoria. B) Sus normas han de ser supletorias de la voluntad de las partes. C) La depreciación ha de ser sustancial para que se aplique la ley, pues no cualquier desajuste puede provocar la actualización. D) El reajuste en principio ha de llegar solo al término medio de la depreciación. Entienden estos tratadistas que ambos sujetos deben soportar equitativamente los estragos de la inflación. El acreedor no puede según los tratadistas salir indemne de un mal que ha afectado a todo la comunidad(24).

5.7 Modelo de algunos contratos que incluyen la cláusula de escala móvil:

A continuación transcribiremos algunos contratos en los que se ha utilizado la cláusula de escala móvil. Nuestro objetivo es que el lector tenga en sus manos ejemplos de este tipo de cláusulas y trate de obtener el mejor provecho de ellas en su actividad profesional, creemos de que con estos ejemplos se pueden hacer ciertas modificaciones y emplearse en muchos de los contratos más importantes.

La presente cláusula fue tomada de un contrato de arrendamiento elaborada por el Notario Juan Ruiz Skinner Klee y creemos que se encuentra bastante bien estructurada y que en sí es un buen ejemplo de lo que significa indexar. Como única observación no creemos que sea justo que si los productos objeto del índice disminuyeran de precio no se pueda disminuir el precio de la renta.

RENTA: La parte arrendataria pagará una renta mensual mínima de (Q) que se incrementará en caso aumente el costo de la vida en la ciudad de Guatemala. Para estos efectos, las partes de común acuerdo fijan como INDICE ACTUAL del costo de la vida en esta ciudad, el conformado por los valores de los siguientes productos de consumo en esta ciudad, : Una Hamburguesa "McDonald's, Big Mac", cuyo precio actual es de DOS QUETZALES CON VEINTE Y CINCO CENTAVOS (Q 2.25) y un Menú Campero, de pollo campero (compuesto de dos (2) piezas de pollo, papas fritas, pan y agua gaséosa o café), cuyo precio actual es de DOS QUETZALES CON OCHENTA CENTAVOS (Q 2.80), por lo que el promedio de la suma de estos dos (2) precios, da un INDICE ACTUAL de DOS QUETZALES CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (Q 2.52) . Cada día treinta (30) de junio, comenzando a partir del día treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), mientras este contrato permanezca vigente, sea porque su plazo ha sido mayor de un año, o bien porque se prorrogue su vigencia conforme a los propios términos del contrato, la arrendadora establecerá los precios de los productos de consumo arriba convenidos y si el promedio de la suma de los dos (2) arroja un resultado mayor al INDICE ACTUAL aquí establecido, la arrendadora a partir del mes de julio inmediato siguiente incrementará la

renta mensual en un porcentaje igual al aumento reflejado sobre el promedio del INDICE ACTUAL aquí establecido, que será la nueva renta mensual mínima que pagará la parte arrendataria durante el año subsiguiente y hasta el mes de junio entrante, y así anual y sucesivamente, mientras este contrato continúe vigente. La reducción de los precios de los productos señalados en relación con el año anterior, no resultará en que se compute una reducción de la renta, ya que la renta mensual mínima incrementada por el procedimiento aquí establecido, entrará a ser la nueva renta mensual mínima que pagará la parte arrendataria. Si dejaren de vender uno o ambos de los productos aquí contemplados, las partes se comprometen a negociar un nuevo sistema para medir el alza en el costo de la vida o bien a convenir anualmente de mutuo acuerdo en los incrementos que sean razonables.

Arthur Nussbaum(25) en su obra titulada Derecho Monetario Nacional e Internacional, en la página 425 transcribe un contrato de compra-venta de cosechas de azúcar cubanas celebrado entre Cuba y los Estados Unidos, el cual en su parte conducente dice:

" Artículo 1o. CANTIDAD COMPRADA: Por la presente, Cuba conviene en vender y U.S.A. en comprar las cosechas cubanas 1946 y 1947 de azúcar sin refinar, exceptuando 350,000 long tons en 1946 y 350.000 long tons en 1947 destinadas al consumo local de Cuba... y 250.000 long tons en 1946 y 300.000 long tons en 1947 destinadas a la libre exportación por parte de Cuba.... según los términos y condiciones establecidos en el presente contrato..... Artículo 4o. PRECIO: (A) El precio básico mínimo del azúcar adquirido de acuerdo al presente contrato de la cosecha de 1946 será la cantidad de : (1) 3.675 céntimos moneda de Estados Unidos, per libra, base 96 de polarización, F.O.B. puerto habitual de embarque de cada ingenio en cuba....

(2) La diferencia entre .75 de céntimo per libra y el monto de cualquier derecho de importación de los Estados Unidos sobre azúcar cubano sin refinar que sea inferior a .75 de céntimo per libra..... (C) Los aumentos del costo de la vida o del precio de alimentos serán tomados en cuenta para aumentar el precio mínimo básico del siguiente modo:

1o. Si en cualquier trimestre o trimestres del año calendario de 1946 al promedio de los índices mensuales de alimentos que aparece en el consumers Price Index and Retail price food publicado mensualmente por Bureau of Labor Statistics del United States Departament of Labor excede de

140,27 (o sea el promedio de tales índices para el último trimestre del año calendario de 1945) en 2% o más, el precio básico mínimo de la cuarta parte de la cantidad total del azúcar en bruto de la cosecha de 1946 adquirida por el presente contrato será aumentado respecto de cada uno de tales trimestres... por el porcentaje total de 140.27 en cuanto tal promedio exceda de 140,27....

20. Si en cualquier trimestre o trimestres del año calendario de 1946 el promedio de los índices mensuales del costo de la vida publicado en el Consumers Price Index and Retail Price of Food.. excede de 129,37 (o sea el promedio de tales índices para el último trimestre del año 1945) en 2% o más, el precio básico mínimo de la cuarta parte de la cantidad total de azúcar en bruto de la cosecha de 1946 adquirida por el presente contrato será aumentado respecto de cada uno de tales trimestres por el porcentaje total de 129,37 en cuanto tal promedio exceda de 129,37..."

5.8 ASPECTOS PROCESALES DE LA INDEXACION:

Si en lo que a derecho sustantivo se refiere la indexación es nueva y desconocida en Guatemala, más aún lo ha de ser en materia de derecho adjetivo, en concreto, en materia de derecho procesal. Creemos que la indexación presenta una gran ayuda en cuanto a mantener la justicia y la equidad dentro de un negocio jurídico en épocas de inestabilidad económica.

La situación se complica cuando entramos ya al campo de los litigios, cuando esos negocios se convierten en litigiosos y se hace necesaria la intervención de los jueces. Sucede que muchas normas de carácter procesal no fueron estructuradas conforme a los requerimientos que demanda la indexación.

Nos concretaremos a este tema de una manera generalizada, pretendiendo que el lector conozca cuales son los problemas fundamentales que encierra la indexación dentro del derecho procesal. Daremos algunas posturas de nuestros antecesores en esta materia y expondremos las tendencias más conocidas en la actualidad al respecto.

Así, para que proceda la actualización por depreciación monetaria de los montos reclamados, es preciso que tal pretensión sea debidamente reclamada en la sede judicial. Los jueces no pueden Indexar de oficio los montos adeudados, pues una actitud semejante vulneraría el principio de congruencia procesal que se encuentra consagrado en el artículo 26 del Código Procesal Civil de Guatemala (decreto-ley 107).

Y con base en lo anterior, ¿cuál sería el momento

procesal oportuno para solicitar el reajuste? Inicialmente debemos dejar claro que cuando el juez, a petición de parte interesada, ordena la valorización de una obligación de dar dinero, no hace más que adecuar las sumas adeudadas, a fin de que ellas representen, al tiempo de pago, un poder adquisitivo igual al debido originariamente. Por vía de la llamada indexación no se da más, ni menos, de lo debido, sino lo mismo; si medimos la deuda en función de valores constantes resulta fácil advertir que el condenado en la sentencia debe un valor idéntico al comprometido originariamente; sólo será menester desembolsar un numerario mayor para hacer efectivo ese valor.

Es necesario como presupuesto, que al concretarse el negocio jurídico las partes manifiesten expresamente que el objeto del mismo será indexado, de lo contrario el juez tampoco podría proceder a hacer el reajuste, ya que, si las partes no lo pactaron al contraer la obligación es porque sencillamente ellas no deseaban indexarlo.

Con base en lo anterior, es lógico que el momento procesal oportuno para pedir el reajuste de lo adeudado es al interponerse la demanda, ya que el juez como dijimos anteriormente no puede indexar de oficio.

Otro aspecto importante es el que suele ocurrir a veces cuando media un lapso más o menos prolongado entre el momento en que debería haber sido cumplida la obligación y el momento de las promociones de las acciones judiciales tendientes a lograr su pago; cuando dicha demora fuese imputable al acreedor. La pregunta es: ¿deberá computarse la depreciación monetaria operada en ese periodo? Han existido opiniones en contra y a favor. Mencionaremos cual es la de más fuerza.

Moisset de Espànes dice: El deber de pagar está latente hasta que llegue el momento en que se hace efectivo el pago, de lo contrario todo retraso que se de es única y exclusiva responsabilidad del deudor, pues este debería pagar en tiempo sin esperar ser demandado; por lo que no es posible que ese sujeto que dejó de cumplir su obligación, por dolo o culpa, pueda pretender, amparándose en la demora del acreedor en demandarlo, que no se compute la depreciación monetaria hasta el momento en que se promovió la acción(26).

Otro aspecto importante es la prueba de la depreciación. Al respecto Moisset de Espànes dice que la doctrina y la jurisprudencia en forma casi unánime, ha sostenido el carácter de hecho notorio que asume la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. De allí que ella no requiera ser probada para ser tenida en cuenta

judicialmente. Algunos autores, pese a la consideración de que el deterioro de la moneda es un hecho notorio y público, requieren que su incidencia en el caso concreto sea probada, criterio que nosotros compartimos, ya que creemos que es importante que el juez tenga (por no existir índices oficiales en Guatemala) conocimiento del deterioro sufrido por la moneda desde que se contrajo la obligación objeto del juicio hasta que se haga efectivo el pago reclamado.

En cuanto al reajuste de la cosa juzgada, suele existir un lapso entre la sentencia condenatoria y el momento en el cual se paga efectivamente la deuda. Cabe entonces preguntarse si es factible reclamar la actualización de las sumas fijadas en la resolución judicial que dirimió el conflicto, manteniendo de ese modo la relación fijada en la sentencia.

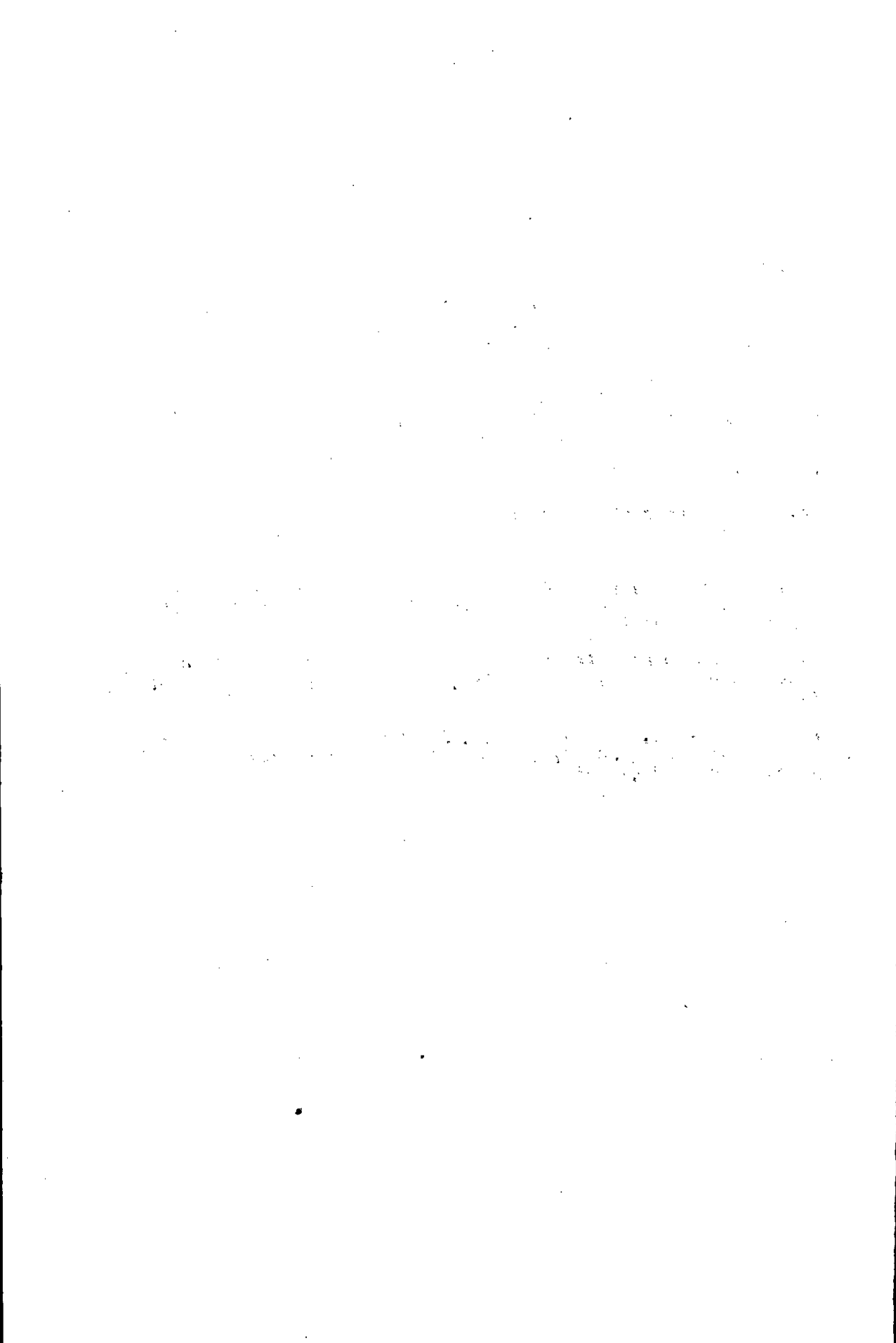
Para el mismo autor que hemos venido citando, la sentencia no cambia la naturaleza de la obligación, se limita simplemente a reconocerla. Si antes del pronunciamiento judicial el deudor debía un valor, no puede después de la sentencia deber otra cosa que no sea ese valor. Dicho valor es medido en dinero al tiempo de la sentencia, determinándose la "suma que en ese momento" resulta apta para representarlo; si con ulterioridad media un intervalo entre la resolución definitiva y el pago, operándose una depreciación sobreviniente de la moneda, se seguirá debiendo ese mismo valor, solo que, por obra de la inflación, será menester incrementar el numerario a entregar para satisfacerlo. Únicamente así se evita que el deudor se libere pagando menos de lo debido.

En conclusión, el juez debe dictar una sentencia que para ajustarse a derecho, debe disipar toda incertidumbre y dar las bases necesarias para que la liquidación se reduzca a un simple cálculo y permita sin dificultades el cumplimiento del fallo.

El juez debe siempre tener en cuenta que lo que el deudor debe es un determinado valor y debe así utilizar dentro de lo jurídico todos aquellos instrumentos que le permitan mantener ese valor hasta que el acreedor lo reciba efectivamente, solo así se protege adecuadamente la necesaria identidad intrínseca que debe mediar entre lo condenado a pagar y lo pagado.

- (1). Bonet Correa, José. Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1981. Pag. 462
- (2). Idem Pag. 424
- (3). Idem Pag. 460
- (4). Idem Pag. 464
- (5). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1954. Pag. 421
- (6). Mazeaud Henry. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960 Pag. 160
- (7). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1954 Pag. 421
- (8). Citado por Bonet Correa José, Las Deudas de Dinero. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1981. Pag. 465
- (9). Idem. pag. 466
- (10). Bustamante Alsina. Jorge H. INDEXACIÓN DE LAS DEUDAS DE DINERO.
- (11). Albaladejo Manuel. Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La Obligación y el Contrato en General. Librería Bosch. Ronda Universidad. Barcelona Pag. 5
- (12). Citado por Diego Espín. Manual de Derecho Civil Español. Volumen III. Obligaciones y contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1959. Pag. 83
- (13). Bustamante Alsina Jorge H. Indexación de las Deudas de Dinero Pag.3
- (14). Idem. Pag.3
- (15). Idem. Pag.4
- (16). Idem. Pag.5
- (17). Idem. Pag.5

- (18). Ver Decreto 203 del Congreso de la República y sus Reformas.
- (19). Espin Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen III. Obligaciones y Contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959 Pag.495
- (20). Idem. Pag. 61
- (21). Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1970. Pag 371
- (22). Idem. Pag. 1321
- (23). De Espanès Moisset. Inflación y actualización Monetaria. Editorial Universidad. Buenos Aires 1981. Pag. 21
- (24). Venini Juan Carlos. La revisión del Contrato y la protección del adquirente. Editorial Universidad Buenos Aires, 1983. Pag 14
- (25). Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954. Pag. 425
- (26). Moisset de Espanès Luis. Inflación y actualización Monetaria. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1954. Pag. 244



CAPITULO 6: EFECTOS JURIDICOS DE LA INDEXACION:

6.1. Subsistencia de la obligación principal: (comparación con la novación): No existe substitución de una obligación por otra, por lo que no se produce novación.

Ya hemos dicho que la indexación consiste en los pactos introducidos por las partes en un negocio jurídico en el cual, la cuantía objeto de la obligación queda fijada inicialmente en una determinada cantidad de dinero y la cual variará al momento de pago conforme a las variaciones que se den en el índice que las partes hayan escogido previamente, con el objeto de mantener el valor real de la prestación ante las alteraciones monetarias.

Ya se ha dicho también que la naturaleza jurídica de estas obligaciones consiste en ser deudas de valor y no de dinero. Y finalmente diremos que son obligaciones en las que su razón de ser primordial consiste en tratar de mantener la identidad de un "valor" desde el inicio de la obligación hasta el cumplimiento de la misma. El único factor que variará conforme al pacto previamente convenido es la cantidad de "dinero" en que se cristaliza ese "valor".

De conformidad con Puig Peña la novación consiste en la substitución de una relación obligatoria por otra, destinada a extinguir aquella(1). Así, nuestro Código Civil(decreto Ley 106) se refiere a la novación en el artículo 1478 diciendo: Hay novación cuando el deudor y el acreedor alteran sustancialmente la obligación substituyéndola por otra.

De esta definición se infiere que los requisitos de la novación son los siguientes:

- 1.- Realidad de una obligación preexistente que se extingue al ser reemplazada por otra(2): Nosotros creemos que en la indexación no se está substituyendo una obligación por otra, lo que sencillamente se está haciendo es tratando de mantener el valor objeto de la obligación.
- 2.- Creación de una nueva obligación(3): Tampoco creemos que se este creando una nueva obligación, ya que definitivamente es la misma desde su inicio hasta el fin, las condiciones en que se pacta no se alteran en ningún momento durante la vida de la obligación, al contrario, creemos que lo que se procura es precisamente que la prestación objeto de la obligación permanezca idéntica hasta el momento del cumplimiento.
- 3.- Existencia de un animus novandi(4): Nuestro Código civil señala en su artículo 1478 que la novación no se

presume; es necesario que la voluntad de efectuarla resulte claramente del nuevo convenio, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto de vista incompatibles.

De lo anterior inferimos varios elementos. El primero que consiste en una declaración expresa, el segundo que existe un cambio de una obligación a otra. Por todo lo anterior, en la indexación no existe un animus novandi, ya que en ningún momento se sustituye una obligación por otra, ni se manifiesta en ningún momento el deseo de sustituirla.

Conforme al tratadista Federico Puig Peña⁽⁵⁾ hay dos tipos de novación, la subjetiva o personal que para los objetivos del presente trabajo no nos interesa; y una novación objetiva o real que es la que nos ocupa.

En cuanto a la novación objetiva dice el mismo autor, para que se dé la novación tiene que haber:

A) Mutación del objeto: Es decir, que se dé un cambio sustancial en la prestación. Nosotros creemos que no se da ningún cambio sustancial en el objeto de la prestación, ya que precisamente lo que se desea es mantener ese "valor" que constituye el objeto de la obligación.

B) Cambio de la causa de la obligación: No creemos tampoco que se dé un cambio en la causa.

C) Alteración de las condiciones principales de la misma: Creemos que las condiciones en la indexación son pactadas desde el inicio y estas no se modifican y se mantienen hasta el momento del cumplimiento de la misma.

Finalmente concluimos que en la indexación no existe novación. Queremos dejar nuevamente claro que lo que se procura es precisamente que no se dé ninguna variación en el objeto de la prestación, lo que se desea es que ese "valor" objeto de la misma se mantenga desde el inicio de la obligación hasta el cumplimiento. Lo que sí variará y que únicamente cumple la función de materializar ese "valor" es la cantidad de dinero a entregar en el momento de pago. Recordemos que no se trata de una deuda de dinero, se trata de una deuda de valor. Si consistiera en una deuda de dinero y el monto del mismo variara si estariamos plenamente convencidos de que hay novación; pero este no es el supuesto de hecho objeto de nuestro estudio.

6.2 Efectos sobre las obligaciones accesorias:

De conformidad con el tratadista Federico Puig Peña⁽⁶⁾, atendiendo al orden en que vienen considerados los objetos de la prestación, se clasifican las obligaciones en

principales y accesorias.

Principales son aquellas que tienen un fin propio e independiente, subsistiendo por sí mismas como determinantes del vínculo; y accesorias aquellas añadidas a una principal, integrando un complemento de ellas o un equivalente de las mismas, para caso de incumplimiento.

Atendiendo a su finalidad estas obligaciones accesorias pueden ser complementarias o de garantía. Nos referiremos por ser las más comunes e importantes a las obligaciones accesorias de garantía, las cuales tienen por finalidad: unas intimar el cumplimiento de una obligación por medio de una pena o una carga como lo es la cláusula penal. Las otras que tiene por objeto reforzar la posición del acreedor, en las que encontramos la fianza, la prenda y la hipoteca, a las cuales nos referiremos en el próximo numeral.

Las obligaciones accesorias de conformidad con Manuel Albaladejo (7) siguen la suerte de la obligación principal, por razón de su dependencia. Ahora bien, no en todos los casos y en todos los supuestos. La pregunta será: ¿ocurriría lo mismo con las obligaciones accesorias cuando la obligación principal ha sido indexada?

CLAUSULA PENAL: Esta cláusula está contemplada en nuestro Código Civil (decreto ley 106) en su artículo 1436 y dice: Las partes pueden fijar anticipadamente UNA CANTIDAD que deberá pagar el que deje de cumplir la obligación, o no la cumpla de manera conveniente, o retarde su cumplimiento, la cual, en tales casos, compensa los daños y perjuicios.

Este tema ha sido uno de los más complejos en países como Argentina. Nosotros intentamos analizar la posibilidad de que se indexe el monto fijado en una cláusula penal en Guatemala, para tal efecto veremos cual es la posición en otros países.

De conformidad con Moisset de Espânes (8) existen actualmente posturas distintas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Queremos mencionar que el artículo que regula la cláusula penal en Argentina ha sufrido algunas modificaciones por lo que no es congruente con lo que regula la ley en Guatemala. Dice este autor que la doctrina tradicionalmente ha sostenido que no procede la indexación de los montos de las cantidades fijadas como pena, por el principio de inmutabilidad, el cual reza que el monto de la pena queda inicialmente fijado. Por otro lado, argumentan que se trata de una cantidad de dinero y no de una cantidad de valor.

De conformidad con lo establecido por el Código Civil guatemalteco, creemos que esta es la posición en cuanto a la cantidad fijada como pena en una cláusula penal, ya que la ley dice claramente que "las partes pueden fijar

anticipadamente la cantidad" o sea que esta debe quedar inicial y definitivamente determinada en cierta cantidad de dinero . Por lo que siendo una deuda de dinero, creemos que está subordinada al principio nominalista y, por ende, no es susceptible de indexarse.

Para el caso de Argentina ha prevalecido actualmente la tesis opuesta, argumentando que la cláusula penal está prefijando el valor de los daños y perjuicios derivados de la mora o del incumplimiento y se ha estimado en una suma de dinero. Por lo que la revalorización de una pena o multa para neutralizar la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no significa incorporar un nuevo capítulo resarcitorio a la indemnización fijada por las partes, sino adecuar el importe de la pena al actual valor de la moneda. El incremento es puramente nominal y sólo tiende a restablecer el equilibrio roto a consecuencia de los indicados factores económicos. La persona que debe pagar una cláusula penal es, precisamente, un deudor moroso o un incumplidor, hipótesis ambas que justifican el reajuste de las deudas de dinero.

Finalmente, este autor nos dice que no es la mora la que justifica el reajuste sino que es la falta de integridad en el pago, ya que la indexación contribuye a mantener inmutable el valor de la indemnización prevista por las partes.

LA FIANZA: En cuanto a la cláusula accesoria de la fianza creemos nosotros que no existe ningún impedimento o prohibición legal si la obligación principal está indexada. Ya expusimos que uno de los principios que regulan las cláusulas accesorias es que estas siguen la suerte de las cláusulas principales.

Por lo tanto, si un contrato tiene indexada la obligación, el fiador estará obligado a cumplir esa misma obligación en los mismos términos, por el principio de que la obligación accesoria corre la suerte de la obligación principal, es decir, que para el fiador la obligación también está indexada.

Nuestro Código Civil regula la Fianza en el artículo 2100 y dice: Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. Es decir, en términos generales, que el fiador debe responder en su totalidad por las obligaciones en la forma y modo en que las contrajo el deudor original.

Así, también el artículo 2102 dice que el fiador sólo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido. Con base en lo anterior, repetimos que si se comprometió de una forma ilimitada a ser fiador en una obligación cuyo monto se encuentra sujeto a la indexación, este, el fiador, debe responder exactamente por la misma

obligación. Este mismo artículo señala cuál es la extensión de la fianza y nos dice que el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiere obligado a más, se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso.

La única excepción que encontramos es si el fiador se obligó a cierta cantidad limitada y fija, en este caso el fiador sólo responde hasta el monto que se haya establecido.

En conclusión, si el fiador no limitó su obligación o responsabilidad a cierta cantidad, y la obligación principal está indexada, el fiador debe responder por esta obligación indexada, siempre que no se haya obligado a más de lo que se obligó el deudor principal.

6.3 Efectos sobre las garantías reales:

Los derechos reales se dividen en dos categorías: los derechos reales de goce y los derechos reales de garantía. Los derechos reales de garantía según nuestra legislación son la prenda y la hipoteca.

Este apartado tiene por objeto analizar cuales son las consecuencias sobre estas obligaciones accesorias cuando la obligación principal se encuentra sujeta a una cláusula de estabilización económica, es decir, cuando el monto de la obligación principal se encuentra indexado y por lo tanto la cantidad de dinero a entregar es variable conforme al índice.

Con respecto a la prenda diremos que según el artículo 880 del Código Civil (decreto-ley 106) la prenda es el derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Son muchos los requisitos y elementos que regulan la constitución legal de una prenda. En el presente trabajo nos referiremos únicamente a los requisitos formales para su constitución.

Nuestro Código Civil señala en el artículo 884 que la prenda debe constar en documento público o privado, haciéndose constar la especie y la naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida, cuando fueren necesarios y demás datos indispensables para su identificación; nombre del depositario y especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignoralos. La aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa. Como podemos observar, no encontramos entre las disposiciones generales de la prenda ninguna

disposición que nos obliga a estipular una cantidad determinada por la que responde la prenda dada en garantía.

Según la doctrina, y de conformidad con José Puig Brutau (9) los elementos formales para la constitución de la prenda son cuatro a saber: 1.- La entrega de la cosa pignorada; 2.- El acuerdo de pignoración ha de constar por escrito; 3.- En la escritura de la prenda ha de hacerse constar el importe de la deuda asegurada; y 4.- La cosa pignorada ha de ser descrita de modo que pueda ser perfectamente identificada.

Para los efectos del presente estudio nos interesa únicamente el tercero de los requisitos formales, el cual se refiere a que en la escritura de la prenda ha de hacerse constar el importe de la deuda asegurada. Como podemos observar, nuestra legislación no mencionó nada al respecto de que en la escritura de constitución de la prenda ha de establecerse el importe de la deuda asegurada.

Al respecto señala el autor que hemos estado citando que con ello (que el importe esté determinado) estarán protegidos los demás acreedores, pues queda fijada exactamente la cuantía de la obligación asegurada. Según el tratadista Slovenko (10), la prenda igual que la hipoteca, solo puede ser una garantía real por una cuantía determinada. Todo incremento de la suma garantizada ha de reunir los requisitos establecidos por la ley para que pueda afectar a terceros.

Ahora bien, no encontramos ninguna estipulación al respecto en el apartado general de la prenda; sin embargo, existen dos estipulaciones al respecto en el libro cuarto de nuestro Código Civil que se refieren al Registro de la Propiedad. En el capítulo referente a la forma y los efectos de la inscripción, el artículo 1136 del Código Civil dice: Las inscripciones hipotecarias y prendarias expresarán las condiciones a que estén sujetos los créditos, el importe de la obligación garantizada y el plazo. Así también, el artículo 1188 que señala los requisitos para la inscripción de la prenda agraria establece en su inciso 4o. la suma o cantidad recibida en préstamo y la forma en que deberá devolverse.

Con lo anterior dejamos plenamente establecido que si es necesario fijar la cantidad determinada que cubre o asegura la prenda dada en garantía.

Por su parte, la hipoteca se encuentra legislada en Guatamala en el artículo 822 el cual dice: La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Conforme a los elementos formales para la inscripción de la hipoteca tenemos: 1o. que se haya constituido en escritura pública; y 2o. Que la escritura se haya inscrito

en el Registro de la Propiedad. Lo anterior con base en los artículos 841 y 1125 inciso lo del mismo cuerpo legal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1136 del Código Civil, el cual ya citamos, es necesario que para que se constituya la hipoteca también se fije el importe que esta garantiza de la deuda.

Por lo que en conclusión es necesario que la cantidad que garantiza una hipoteca este determinada.

Hemos, pues, determinado que es requisito sine qua non que para que la prenda y la hipoteca se formalicen, que esté determinado el importe que asegura cada una para garantizar el cumplimiento de la obligación. La pregunta sería: ¿Es posible en Guatemala garantizar con prenda e hipoteca una obligación en la cual el monto de la obligación está sujeto a una cláusula de escala móvil y por lo tanto el importe que garantiza la prenda o la hipoteca es variable?

Definitivamente NO ES POSIBLE GARANTIZAR UNA OBLIGACION INDEXADA CON PRENDA O HIPOTECA, ya que conforme a lo estipulado por el artículo 1136 las inscripciones hipotecarias y prendarias expresarán el importe de la obligación garantizada. Así también, el artículo 1128 del Código Civil señala que si el documento presentado no fuere inscribible o careciere de los requisitos legales necesarios, el registrador lo hará constar en el Diario y en el propio documento que devolverá, expresando la hora de entrega y la ley en que se funda. Por lo tanto si no se expresa el importe que garantiza la prenda o la hipoteca no será registrada por el registrador.

Como complemento, el artículo 1129 dice que en ningún tribunal u oficina pública se admitirán escrituras ni documentos sujetos a inscripción, que no hubieren sido razonados por el registrador. Por lo tanto esto vendría a complicar más la situación ya que de nada sirve una escritura que será rechazada en todas partes, por no reunir los requisitos registrales.

Finalmente queremos citar a Diego Espin quien nos transmite material muy valioso respecto a las cláusulas estabilizadoras en el préstamo hipotecario y que nos dice: Además de las cuestiones generales en torno a la validez de las cláusulas estabilizadoras, su aplicación a la garantía hipotecaria presenta problemas propios de la misma, como es la necesidad de determinar la garantía máxima de que responde la cosa hipotecada. Esta consideración fue recogida por la Dirección General de los Registros al denegar la inscripción de cláusulas estabilizadoras, por no ajustarse al principio de especialidad, al no determinar la

responsabilidad real, de interés para los terceros adquirentes, indicándose, sin embargo, que este obstáculo podría evitarse señalando una responsabilidad máxima, camino que ha seguido la reforma como vamos a ver.

Por lo tanto fue necesario en España hacer modificaciones al Código Civil para que pudieran ser registrados los préstamos hipotecarios con cláusula de escala móvil y así fue como se creó el Reglamento Hipotecario a través del decreto del 17 de marzo de 1959.

Este decreto, por lo tanto, admite las cláusulas de escala móvil para los préstamos hipotecarios y dice así: En las inscripciones de escrituras de préstamo hipotecario se podrán hacer constar las cláusulas de estabilización del valor cuando concurren las circunstancias siguientes:

Primera: Que la duración mínima pactada sea de tres años.

Segunda: Que se determine la estabilización con referencia a uno de los tipos o módulos siguientes, vigentes en la fecha de otorgamiento de la escritura y en la de vencimiento del crédito: A) Valor de trigo, fijado a efectos del pago de rentas por el Ministerio de Agricultura. B) Índice general ponderado del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística; o C) Premio del oro en las liquidaciones de los derechos del arancel de aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda. En la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigentes en la fecha de otorgamiento de la escritura.

Tercera: Que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, que no podrá exceder, aparte de intereses y costas, del importe principal más un 50 por 100 si el plazo de préstamos fuera superior a diez años o un 25 por 100 en los demás casos.

Como podemos ver, este reglamento tampoco viola el principio de especialidad que establece que para constituir una hipoteca tiene que estar determinada la cuantía que asegura la garantía; no se admite una estabilización ilimitada, sino hasta el 25 ó 50 por 100 del importe del principal nominal según el plazo del contrato, por lo tanto a pesar de la modificación a la ley, se sigue respetando este principio de especialidad(11) (12).

- (1). Puig Peña Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Tomo III. Obligaciones y Contratos. Editorial Arazandi. Pamplona, 1979. Pag. 387
- (2). IDEM PAG. 388
- (3). Idem. Pag. 388
- (4). Idem. Pag. 389
- (5). Idem. Pag. 390
- (6). Idem. Pag. 125
- (7). Albaladejo Manuel. Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el Contrato en general. Libreria Bosch, Ronda Universidad, Barcelona 1983. Pag. 116
- (8). Moisset de Espànes Luis. Inflación y Actualización. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1981. Pag. 298
- (9). Puig Brutau José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen III. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1983. Pag. 28
- (10). Citado por Puig Brutau José. Fundamentos De Derecho Civil. Tomo III. Volumen III. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1983 Pag. 34
- (11). Espin Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen III Obligaciones y Contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. Pag. 97
- (12). Puig Brutau. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo III. Volumen III. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1983 Pag. 89

1. The first part of the document

describes the general situation

and the objectives of the study.

The second part of the document

describes the methodology used

in the study.

The third part of the document

describes the results of the study.

The fourth part of the document

describes the conclusions of the study.

The fifth part of the document

describes the recommendations of the study.

The sixth part of the document

describes the references of the study.

The seventh part of the document

describes the appendices of the study.

The eighth part of the document

describes the index of the study.

The ninth part of the document

describes the glossary of the study.

The tenth part of the document

describes the bibliography of the study.

CAPITULO 7: ASPECTOS ECONOMICOS DE LA INDEXACION:

Queremos iniciar este capítulo haciendo mención a los países y los campos en que la indexación ha sido utilizada. Así vemos que la indexación ha sido utilizada en los últimos treinta años en Dinamarca, Italia, Bélgica, Finlandia, Suiza, Holanda, Francia, Austria, Estados Unidos, Chile, Brasil, Argentina etc.

Es importante que el lector sepa, que hasta la fecha, es decir, la década de los ochentas, en Guatemala afortunadamente no hemos tenido algún tipo de inflación que se asemeje a la que han sufrido los países que hemos mencionado. Nosotros creemos que la indexación, en estos momentos, aún no es necesaria en Guatemala; hasta el momento la depreciación de nuestra moneda no ha alcanzado respecto al dólar una baja mayor de cuatro Quetzales por uno, por lo que en realidad no hemos conocido las famosas inflaciones "galopantes" en las que de un día para otro la moneda se deprecia un cien por ciento o un doscientos por ciento o aún más como el caso del franco alemán para la post guerra cuando este se depreció en trece millones por ciento de veces. Por lo tanto, creemos que el utilizar la indexación constituye un proceso enormemente complicado, el cual si no se presenta una inflación "galopante" no es merecedor de tantos sacrificios. Sin embargo es aconsejable como medida de precaución.

La indexación se ha utilizado en estos países en salarios, sobre todo para empleados de sindicatos, en préstamos, cuentas de ahorros, seguros, alquileres, rentas vitalicias, seguro social, impuestos, Bonos del Tesoro Nacional y préstamos públicos.

No existe problema técnico en cuanto a poner fin a la inflación, el problema es político y no técnico. Ya hemos dicho que el único y principal responsable de la inflación es el Estado y por lo tanto sólo este tiene la potestad y facultad de poner fin a esta enfermedad. La inflación acarrea como principales consecuencias el alza de los precios, se afecta la estructura de producción y se crea un gran desempleo.

El problema fundamental estriba en la enorme cantidad de dinero que emite el Estado, y por lo tanto hasta que el Estado deje de emitir dinero en forma desmedida el grado inflacionario decrecerá. Para reducir la inflación, el Estado no sólo tiene que dejar de emitir tanto dinero, sino que también debe tomar una serie de medidas como son facilitar la producción, reducir el número de billetes

circulando por las calles y lograr un índice mínimo de desempleo. Probablemente otra medida sería incrementar los impuestos, reducir los gastos públicos y por supuesto reinvertir estos impuestos de una forma consciente y honesta.

Con base en lo anterior, no existirá ningún procedimiento o técnica en manos de los particulares para reducir la inflación, por otro lado no existe ningún mecanismo estatal que reduzca la inflación, a menos que decida tomar la política que ya mencionamos. Por lo consiguiente, cualquier medida que tomemos, y que no sea la que debe tomar el Estado, consiste únicamente en reducirle la fiebre al paciente y no atacar de frente la infección.

Por lo tanto la indexación no es la panacea. No es posible utilizar la indexación en todo tipo de contratos y transacciones porque su aplicación es sumamente complicada, los problemas causados a los jueces y tribunales son infinitos. Precisamente por esto es que el dinero tiene una función importantísima y lo que hay que procurar es que este mantenga su valor y no estar tratando de mantener el valor de los objetos de los contratos y transacciones, ya que es demasiado complicado. Lo mejor sería no tener inflación, y por lo tanto no existiría ninguna necesidad de recurrir a la indexación.

Si bien es cierto la indexación no contribuye a reducir la inflación, esta tiene otros efectos de carácter político que acarrear grandes ventajas, como lo es por ejemplo que los salarios de los empleados estatales, sindicales y de la iniciativa privada se indexen con el fin de lograr una tranquilidad laboral, se reducen las huelgas; el empleado si bien no está contento por lo menos está conforme. Por otro lado, en momentos de inflación se reducen las ofertas de préstamos para el mantenimiento de la producción, precisamente porque el que presta no desea que, al paso de dos o tres años, recibir menos de lo que prestó, por lo que es importante que se sigan ofreciendo préstamos para que la producción no se paralice, lográndose así reducir el índice de desempleo.

Las objeciones más importantes que se han hecho en contra del empleo de la indexación consisten en que esta produce una desconfianza en el dinero y contribuye a generalizar más la inflación. Políticos y economistas han criticado duramente la indexación. Podemos dar un ejemplo de que en Argentina se refieren a la indexación algunos economistas como el principal agente de endeudamiento y por lo tanto de encarecimiento, estos traen a colación los préstamos con garantía hipotecaria, destinados a la compra o construcción de la vivienda familiar, expresando que el sistema de reajustes mensuales y progresivos ha creado ya la absurda situación en que se encuentran incontables prestatarios, que ni aún vendiendo la casa para saldar la

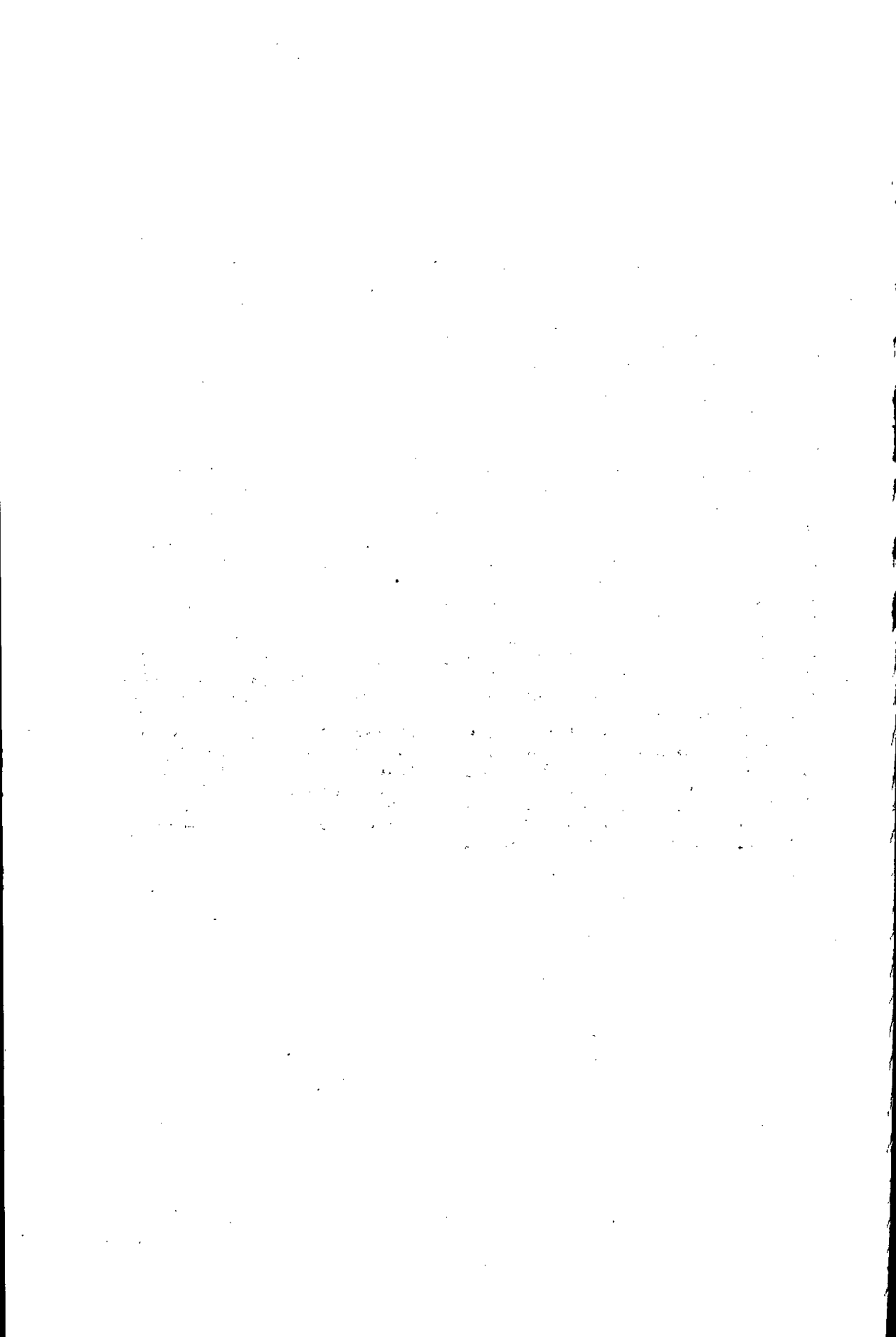
deuda logran pagarla enteramente.

Los ataques contra la indexación provienen de personas con mentalidad estatista, así como los inspirados por la filosofía "liberalista". Los primeros porque consideran un atentado contra la seguridad de la moneda y del monopolio del Estado de fijarle a la misma el valor que ellos consideren conveniente, es decir, atenta contra la soberanía del Estado. Y los segundos pretenden que la ley de la oferta y de la demanda se encarga de una forma natural de establecer la realidad económica y que, por lo tanto, la indexación únicamente produce un desequilibrio en esta ley.

En conclusión, si bien es cierto que la indexación no es la panacea, que la indexación contribuye al alza de los precios y de que la misma es en sí complicada, también así es cierto que no se ha sugerido otra alternativa que prometa tanto como la indexación para lograr por lo menos abstraerse del cáncer que produce la inflación, de lograr mantener cierto ambiente de tranquilidad social y sobre todo que se logre mantener en marcha la producción y reducir el nivel de desempleo.

Por otro lado, la indexación es el único instrumento que se ha tenido a la mano para lograr mantener la equidad y la justicia en todas aquellas relaciones en las que interviene el dinero con objeto de cambio y de medida del valor de las cosas, bienes y servicios.

Nadie puede pretender que la indexación ponga fin a la inflación cuando ya conocemos la raíz del mal, es decir, mientras no se deje de producir dinero y se restablezca una moneda sana; en el interin resultan indispensables para que el barco no se hunda. La otra alternativa sería retornar a la época del trueque, la cual consideramos infinitamente más complicada que la indexación.



CONCLUSIONES

1.- El dinero es un bien de naturaleza "sui generis" que consiste en una unidad "ideal" de medida, un instrumento de cambio y, por último, un objeto de pago en las relaciones patrimoniales.

2.- El dinero concentra en sí dos valores: El intrínseco o real, que consiste en lo que comúnmente conocemos por "poder adquisitivo"; y el valor nominal, que es aquel atribuido por el Estado a cierta moneda.

Cuando se crea una moneda el valor real y el nominal son equitativamente correspondientes, porque la valoración de los bienes y servicios se hace equiparadamente a una cuantía monetaria.

3.- En épocas de estabilidad económica el nominalismo debe ser imperativo, ya que constituye un principio de seguridad contractual, de equilibrio entre las prestaciones, de reciprocidad contractual, de seguridad jurídica.

4.- La concepción valorista de las deudas de dinero nace como un contraste ante el nominalismo, para tratar de resolver los efectos estáticos y ficticios que en este último repercuten ante la manipulación de la moneda por el Estado; el valorismo trata de mantener el equilibrio de las prestaciones, el principio de reciprocidad contractual que se ve seriamente dañado por el nominalismo en las épocas de graves alteraciones monetarias.

5.- En la deuda de valor no se debe dinero, sino precisamente "un valor" que constituye la prestación (in obligatione), pero ese valor se mide y se paga con dinero (in solutione). La deuda de valor tiene elasticidad y plasticidad, de tal suerte que permite una transferencia inalterable en el tiempo de valores reales.

6.- En tiempos de inestabilidad económica el acreedor trata de asegurar el valor del objeto de su contrato y evitar las consecuencias de la disminución eventual del poder adquisitivo de la moneda, por medio de cláusulas de estabilización; manteniendo en el transcurso de la vida del contrato un mismo valor inmune a las variaciones.

7.- Las cláusulas de estabilización son así denominadas porque la suma o cantidad de dinero del objeto de la prestación no queda fijada definitivamente, sino inicialmente; y será objeto de actualización al poder variar hasta el momento de su ejecución o pago en relación con el valor de otra moneda más fuerte, el de un bien o un producto determinado o una moneda determinada o el índice económico, de modo que resulte mantenida la equivalencia inicial de las prestaciones entre las partes contratantes.

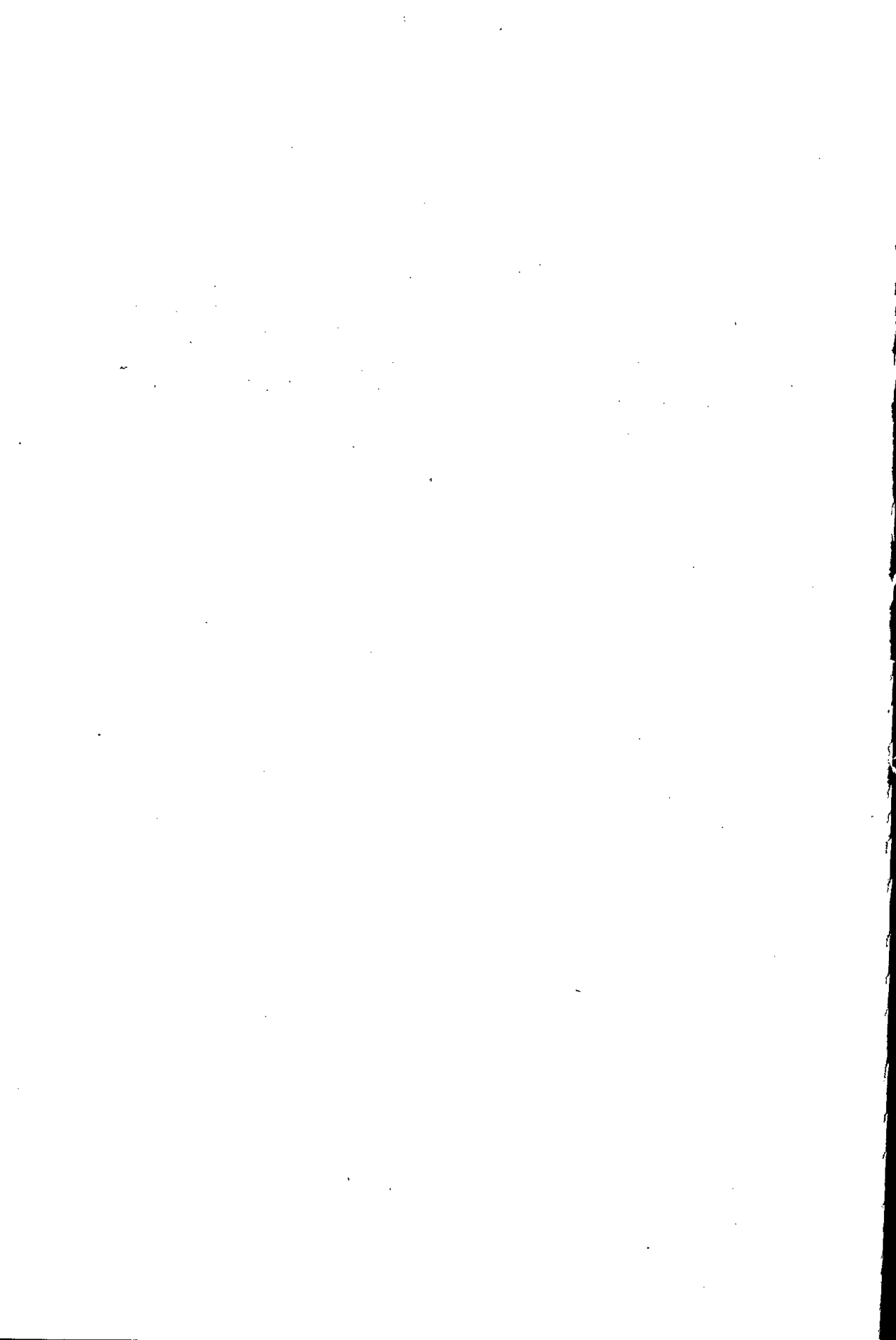
8.- Las cláusulas de escala móvil son los pactos introducidos por las partes en un negocio jurídico, en el cual la cuantía objeto de la obligación queda fijada inicialmente en una determinada cantidad de dinero (la cual represente un valor) y que variará al momento de pago conforme a las variaciones que se den en el índice que las partes hayan escogido previamente, con el objeto de mantener el valor real de la prestación ante las alteraciones monetarias.

9.- La cláusula de escala móvil no produce novación, ya que el objeto de la prestación (ese valor fijado inicialmente) permanece inalterable; lo único que variará será el instrumento que se utiliza para materializar la prestación.

10.- Desde un punto de vista práctico y económico la indexación solo debe utilizarse en situaciones en las que la depreciación o devaluación de la moneda sean severas, ya que su uso suele resultar bastante complicado.

11.- La indexación es un instrumento utilizado en épocas de inestabilidad económica para lograr mantener la equidad y justicia en todas aquellas relaciones en las que interviene el dinero como objeto de cambio y medida de valor de las cosas, bienes y servicios.

12.- Nadie puede pretender que la indexación ponga fin a la inflación. La solución está en manos de los gobiernos, cuando estos gasten menos de lo que poseen y dejen así de emitir moneda descontroladamente. La otra alternativa sería retornar a la época del trueque, lo cual no es práctico.



BIBLIOGRAFIA

General:

- Albaladejo Manuel. Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Libreria Bosch. Barcelona, 1932.
- Beltràn de Heredia. J. El Cumplimiento de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956.
- Diccionario de la Lengua Española. Décimo Novena Edición. Real Academia Española. Madrid, 1970
- Espin Diego. Manual de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1961.
- Hedemann J.W. Tratado de Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid, 1958.
- Mazeaud Henri y Léon. Lecciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.
- Puig Brutau José. Fundamentos de Derecho Civil. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona 1982.
- Puig Peña Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Tomo III Obligaciones y Contratos. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1979.
- Ripert Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Edición La Ley. Buenos Aires, 1965.

Específica:

- Bonet Correa José. Las deudas de Dinero. Editorial Civitas.S.A. Madrid, 1981.
- Bustamante Alsina. Indexación de las Deudas de Dinero. 1975
- Díaz Lozano Argentina y Daniel R, Contreras. Historia de la Moneda en Guatemala. Biblioteca del Banco de Guatemala.
- Floyd A. Harper. Tópicos de Actualidad. Centro de Estudios Económicos y Sociales. #306 Noviembre 15 de 1973.

-Giersch Herbert. Essays on Inflation and Indexation. Domestic Affairs Studies. American Enterprise Institute for Public Policy Research. Washington D.C., 1974.

-Gurfinkel de Wendy. Efectos de la inflación en los Contratos. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1979.

- Keynes Lord, Padre de la Inflación. Hilary Arathoon. Tópicos de Actualidad. Centro de Estudios Económicos y Sociales. # 433 Marzo 10. 1979

-Moisset de Espanes Luis. Inflación y Actualización Monetaria. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1981.

-Nussbaum Arthur. Derecho Monetario Nacional e Internacional. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1954.

-Pazos Luis. La Devaluación. Tópicos de Actualidad. Centro de Estudios Económicos y Sociales. # 523 Diciembre de 1982

-Quintana Roberto. Apuntes Sobre el desarrollo Monetario de Guatemala. Editado por el Banco de Guatemala. Guatemala Centro América- 1971

-Venini Juan Carlos. La Revisión del Contrato y la Protección de Adquirentes. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1983

-Von Mises Ludwing. La Acción Humana. Editorial Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, 1980.

Leyes:

Código Civil. Decreto Ley 106. (con Exposición de Motivos)

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 1762 del Congreso de la República.

Ley Monetaria. Decreto 203 del Congreso de la República y sus Reformas.

Ley de Especies Monetarias. Decreto-ley 265

Leyes Bancarias y Financieras de Guatemala. Recopilado por

Rosario Dominguez. Publicaciones del Banco de Guatemala. 1979