

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
BIBLIOTECA
DONATIVO

Pontificia Universidad Católica del Perú

ESCUELA DE GRADUADOS



**Los Efectos de la Inflación en el Pago de las
Obligaciones Dinerarias en Situación
de Mora del Deudor**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE
MAGISTER EN DERECHO
con mención en Derecho Civil**

Francisco Javier Ruiz de Castilla Ponce de León

Lima - Perú

1991

TD

3

0011

A mi padre Mario

"La moneda tiene todo el poder y
toda la debilidad de la ficción."
Georges Simmel

INTRODUCCION

Latinoamérica es una de las regiones que en los últimos tiempos viene padeciendo los estragos que produce la inflación.

En particular, el Perú ha registrado recientemente uno de los mayores índices de inflación a nivel mundial. Por ejemplo en 1990 los precios se incrementaron en un promedio de 7649.7%

Este dato nos puede dar una idea sobre la magnitud de la depreciación del valor real de nuestra moneda nacional.

En las obligaciones pecuniarias sucede que cuanto mayor es el lapso que demora el deudor en cumplir con la prestación a su cargo, entonces resulta más seria la pérdida del poder adquisitivo del dinero que se emplea en el pago, con el consiguiente perjuicio para el acreedor común y corriente.

¿Cómo ha reaccionado el Derecho frente a este problema? La doctrina y jurisprudencia vienen desarrollando fórmulas de solución bastante polémicas que han alcanzado ribetes verdaderamente brillantes sobretodo en Argentina.

Sin embargo, la inflación y la mora del deudor configuran un tema riquísimo en cuanto a posibilidades de investigación se refiere, muchas de las cuales todavía no han merecido una debida atención.

En virtud de esta última consideración nuestro trabajo pretende explorar ciertos puntos de vista que nos parecen verdaderamente medulares para comprender a cabalidad el problema planteado.

Sabemos que a lo largo de esta obra hemos discurrido por los oscuros límites que separan al Derecho Civil de otras ramas del Derecho en general.

En efecto hemos abordado la perspectiva de la Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Comparado y Derecho Monetario con el propósito de enriquecer la visión de conjunto con relación al tema central de nuestro análisis.

Al final puede constatararse una suerte de «retroalimentación» entre todas estas áreas del quehacer jurídico y que viene a constituir una expresión más del carácter dinámico, complementario y creativo que tiene todo sistema jurídico para dilucidar los problemas económicos y sociales que se deben regular.

Por otra parte, el rigor científico nos ha obligado a la realización de una investigación a un nivel bastante especializado con relación a muchas materias que corresponden a las áreas del Derecho antes indicadas, cuyos aspectos generales asumimos que son suficientemente conocidos.

Por ejemplo, no estudiamos con detenimiento la mora en sí. Mas bien examinamos los efectos de la inflación en este tipo de institución jurídica.

Además nos interesa resaltar que hemos tenido muy en cuenta la realidad peruana tanto para plantear los casos prácticos como para analizar las posibles soluciones que el Derecho puede ofrecer con relación a nuestro objeto de estudio.

Sin embargo, creemos que el esfuerzo desplegado constituye también un modesto aporte a la teoría de la revaluación de las deudas dinerarias, pues hemos desarrollado una serie de planteamientos que bien pueden reproducirse dentro del ordenamiento jurídico de cualquier país que sufre los embates de la inflación.

Por último queremos dejar expresa constancia de nuestro sincero agradecimiento al Dr. Manuel de la Fuente y Lavalle, Dr. Jorge Avendaño V., Dr. Carlos Cárdenas, Dr. Gastón Fernández Cruz y Dr. Julio Fernández Cartagena, quienes nos brindaron el invalorable privilegio de utilizar sus bibliotecas privadas para hacer posible la realización de nuestro trabajo.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES ETICAS

A) Planteamiento del problema

Vamos a comenzar exponiendo un caso común de la vida diaria que facilitará considerablemente la comprensión de todo lo que explicaremos más adelante.

Supongamos que el 1º de Enero de 1990, Cintia le presta a Mario S/.10.00 para que éste los devuelva a fin de mes. Aceptemos que también en Enero los precios al consumidor se han incrementado en un promedio de 29.8%, mientras que en Febrero el índice de precios llega a 30.5%.

Si Mario deviene en deudor moroso a partir del 1º de Febrero del mismo año y cancela su deuda el día 4 de este mes ¿Qué debe? ¿Cuánto debe?

Precisamente nos encontramos frente al problema central que analizamos a lo largo del presente trabajo de investigación.

O sea en virtud de un contrato de mutuo ha nacido una obligación dineraria cuyo monto es de S/.10.00 y si Mario la paga en situación de mora ¿Qué tratamiento ofrece el sistema jurídico nacional al factor inflacionario que ha repercutido directamente en esta deuda civil?

Algunos sostendrán que al deudor moroso le basta con abonar -adicionalmente- los intereses legales. Otros mas bien sostendrán que el capital de S/.10.00 debe ajustarse en función de la inflación ocurrida durante los tres primeros días de Febrero y sobre el monto resultante recién tendrían que aplicarse los intereses legales del caso.

Estas dos posiciones extremas admiten una serie de propuestas intermedias que, en conjunto, ofrecen una temática compleja por sus variantes y muy rica en materia de argumentación novedosa.

Por si fuera poco los Códigos Civiles carecen de una norma expresa que resuelva nuestro problema. Es verdad que normalmente estos cuerpos legales disponen que las deudas dinerarias pagadas en situación de mora del deudor dan lugar a la obligación accesoria de los intereses legales. Sin embargo, nada establecen sobre los casos de ajuste por inflación.

Obviamente los acreedores como Cintia, ante una inflación mensual del 30%, exigen al Derecho una respuesta justa que ha estimulado tanto a la jurisprudencia como la doctrina para que desarrollen diferentes interpretaciones «heterodoxas» a partir de ciertos preceptos de la legislación civil en particular y del sistema jurídico en general; para arribar a diversas soluciones en función de la riqueza que la casuística ofrece al respecto.

En la base de todos estos esfuerzos de razonamiento jurídico siempre encontraremos los planteamientos filosóficos. Aunque parezca una verdad de perogrullo, este es el momento de recordar que todo intento de investigación serio y consistente debe comenzar por el principio.

Llama francamente la atención el escaso estudio que la doctrina exhibe sobre los aspectos filosóficos que el Derecho debe tener muy en cuenta para regular las relaciones económicas/influídas por el factor inflacionario, tal como sucede con los créditos moratorios por ejemplo.

Estas consideraciones nos han inducido a dedicar el primer capítulo de nuestro trabajo al desarrollo de ciertas reflexiones filosóficas que nos servirán para lograr una comprensión más profunda de los diversos aspectos jurídicos que abordaremos en los capítulos posteriores.

B) Etica Jurídica

Sabido es que en nuestras sociedades modernas normalmente las personas contraen entre sí diversas relaciones económicas tal como ocurre con la venta, alquiler, préstamo de dinero, etc.

Los sistemas jurídicos regulan los términos básicos que deben observarse para llevar a cabo las referidas transacciones.

De esta manera observamos una cierta primacía del Derecho sobre la Economía; debido a que la Ética gobierna todas las acciones humanas, incluso las de contenido económico (1)

Es decir que en la conciencia de los hombres existen ciertos principios que siempre han inspirado sus reglas de conducta, cuando por ejemplo intervienen en determinadas transacciones económicas.

Cierto es también que los referidos principios, tales como la seguridad y justicia, nunca han tenido un significado inmutable; mas bien experimentan adaptaciones según el tiempo y la sociedad determinadas en que son considerados.

Por estos motivos vamos a centrar nuestras reflexiones filosóficas a partir de la realidad latinoamericana, en medio de economías inflacionarias que a veces han alcanzado verdaderos records a nivel mundial en la segunda mitad del siglo XX.

¿Qué intereses económicos persiguió Cintia al prestar S/.10.00? ¿Por qué Mario recurre al contrato de mutuo, en vez de trabajar para obtener este monto de dinero? También nos preguntamos lo siguiente: ¿No repugna a la conciencia de los hombres que Mario se libere de una deuda morosa pagando exigüos intereses legales en medio de agudos procesos inflacionarios?

En fin de esta manera hemos ingresado al dominio de una rama del pensamiento que se preocupa de las necesidades humanas y los medios lícitos para satisfacerlas, que es conocida como la Ética Jurídica (2)

1) Seguridad

Todos sabemos que el hombre moderno requiere de la seguridad económica o capacidad de predicción cierta en base al cálculo del costo-beneficio que determina sus decisiones o conductas con el objetivo de lograr un determinado lucro.

Los sistemas jurídicos modernos definitivamente se asientan de manera prioritaria sobre este fundamento básico, sobretudo en materia de Derecho Privado. Incluso se afirma que si la seguridad entra en conflicto con cualquier otro principio, debe preferirse aquélla. Naturalmente se admiten casos de excepción.(3)

De esta manera la seguridad económica requiere de la seguridad jurídica. Así las cosas el Derecho ofrece un conjunto de reglas ciertas que los agentes económicos también tienen en cuenta a la hora de realizar los referidos cálculos de costo-beneficio.

Sin embargo la seguridad económica no es absoluta, ni siquiera en épocas de estabilidad. Los países modernos siempre experimentan alguna variación del poder adquisitivo de su moneda nacional.

Si el grado de la depreciación del valor del dinero es pequeño, nos encontramos frente a una variable económica casi estable que así será considerada por quienes realizan transacciones monetarias.

Esta seguridad económica casi total va acompañada de una meridiana seguridad jurídica sobre el sentido y alcances de la legislación civil respecto de la mora de las obligaciones dinerarias por ejemplo.

En cambio si las variaciones del valor de la moneda son muy considerables, entonces las personas tienen mayor incertidumbre económica sobre el resultado de sus operaciones monetarias. La gravedad de esta situación dependerá de ciertos rangos mínimos y máximos de inflación por los que atraviesa una sociedad a lo largo de un período de tiempo determinado.

Además esta inseguridad económica acarrea una inseguridad jurídica ante la expectativa sobre el sentido y alcances que la jurisprudencia y doctrina atribuirán a las reglas sobre los intereses legales o la cláusula penal, entre otras materias. Desde luego los agentes económicos también quedan preocupados por la posibilidad que el Estado expida una norma sobre la indexación de las deudas privadas y públicas en general.

Para comprender mejor estas afirmaciones teóricas volveremos a nuestro ejemplo inicial. En principio el 1^o de Enero de 1990 Mario sabe que su deuda al final del mismo mes continuará siendo de S/.10.00 ni más, ni menos.

También puede predecir que en virtud del art.1324 del Código Civil peruano si decide devolver el préstamo a Cintia el 4 de Febrero de 1990 tendrá que abonar adicionalmente los respectivos intereses legales que fija el Banco Central de Reserva del Perú.

Sin embargo bien puede suceder que si Mario consideró suficiente el monto de S/.10.00 para sufragar ciertos gastos personales de salud, a lo mejor a fin de mes esta suma no le basta porque los precios de las escasas medicinas que recién ha encontrado en el mercado nacional se han incrementado en 29.8%

En este orden de ideas Mario no tiene seguridad sobre el resultado positivo de sus operaciones económicas pues la deuda contraída no necesariamente le permitirá cubrir los gastos indispensables para la recuperación de su salud; debido a la pérdida del poder adquisitivo del dinero prestado.

De igual modo, si Mario es constituido en mora, tampoco puede predecir a ciencia cierta el monto exacto del capital que debe devolver, pues si viene actuando de buena fe tendrá que convenir en alguna fórmula indemnizatoria que Cintia procurará llevar adelante para protegerse de la inflación.

Respecto de los intereses legales también el deudor padece la incertidumbre sobre la suma precisa que tendrá que abonar en su debido momento.

Para tener una idea cabal sobre este punto recuérdese que de conformidad con el citado art.1324 el Banco Central fija la tasa de los intereses legales que en las épocas de estabilidad económica suele mantenerse en el 5% anual aproximadamente.

En cambio en los tiempos de incesante incremento de los precios el Banco Central varía con mucha frecuencia estas tasas para indexarlas casi a la par que la inflación; pues en buena cuenta el interés legal representa el precio del dinero que cobran los bancos a las personas que obtienen un préstamo en moneda nacional.

De esta manera podría ser que el 1º de Enero de 1990 la tasa del interés legal obedezca al 30% mensual y que a partir del 2 de Febrero por ejemplo sufra un incremento del 29.8%, elevándose entonces a una tasa del 38.94% mensual.

En todo caso mas allá de estas dudas propias del deudor sobre los porcentajes de interés legal que deberá considerar, también cabe otro tipo de incertidumbre pues no sabe a ciencia cierta si las tasas de intereses que correspondan se aplicarán sobre el capital nominal (S/.10.00) o el capital ajustado por inflación.

Al respecto existen diferentes posiciones teóricas que aun no han sido suficientemente discutidas y definidas por nuestra doctrina y jurisprudencia; observándose un panorama relativamente similar en los países vecinos.

Por otro lado Cintia afronta la inseguridad acerca del grado de pérdida del poder adquisitivo de su capital equivalente a S/.10.00 que habrá de sufrir sobretodo entre la fecha de constitución de mora del deudor (1º de Febrero de 1990) y el momento del pago.

Además Cintia tampoco puede predecir el monto de los intereses legales que le corresponderían porque ya sabemos que en las épocas inflacionarias el Banco Central modifica las tasas financieras virtualmente a la par que la inflación.

2) Justicia

Aristóteles en su *Ética Nicomaquea* denomina justicia sinalagmática a la que procura igualar las prestaciones convenidas entre las partes, debiéndose observar cierta proporción entre lo que se da y lo que se recibe; de manera que no se devengue por un lado «pérdida» y por otro «provecho» (4)

Los civilistas franceses, italianos, alemanes y españoles sostienen que esta justicia conmutativa ofrece la siguiente clasificación:

-) Equivalencia subjetiva que resulta de la autonomía contractual de las partes, quienes en base a sus apreciaciones personales otorgan un determinado valor a los bienes y servicios empleados en la transacción.

-) Equivalencia objetiva con relación a los valores económicos que fija el mercado a los bienes y servicios(5)

Esta doctrina apunta a las facetas de la justicia en el momento de la celebración del contrato. Probablemente se asume una situación de estabilidad económica que nos llevaría a concluir que, por ejemplo, en la fase de ejecución de los contratos a plazo las respectivas prestaciones continuarían guardando las mismas proporciones de justicia establecidas en un principio.

Por otra parte así como hemos visto que la seguridad solo es relativa, también puede afirmarse que la justicia nunca es absoluta, ni siquiera en los períodos de mínima inflación.

Por definición la justicia subjetiva es producto de las apreciaciones personales de los contratantes que guardan cierto margen de relatividad.

En otras palabras los términos o cláusula pactadas por Cintia y Mario pueden ser consideradas injustas por otras parejas de contratantes.

En lo que toca a la justicia objetiva se tiene que las apreciaciones de las personas sobre los valores de mercado que corresponden a los bienes y servicios que pactan es solamente una estimación racional con todas las limitaciones de información, tasación, etc.

Así por ejemplo, lo si Mario y Cintia nada pactaron sobre los intereses moratorios, entonces -de conformidad con el art. 1324 de nuestro Código Civil- están aceptando las respectivas tasas que fija el Banco Central.

Sobre el particular bien podemos encontrar algunos bancos que bajo el supuesto de una mínima inflación cobran un interés del 4% anual por concepto de préstamos en moneda nacional; en el entendido que esta es la tasa justa.

Otras entidades financieras a lo mejor acuerdan con sus clientes una tasa de interés del 6% anual por estas mismas operaciones de préstamo; asumiendo que se trata de un pacto justo.

Si el Banco Central determina que la tasa de los intereses legales es de 5% anual ¿Hemos encontrado el valor de mercado respecto de los préstamos de dinero en moneda nacional?

Al menos para los bancos que acabamos de referir esta tasa del 5% anual no es justa. Habrá que suponer que son del mismo parecer los clientes que han concertado préstamos con tales agentes financieros.

¿Hasta qué punto el mero promedio matemático de las diversas tasas de interés por operaciones activas (préstamos) vigentes en el mercado en un momento determinado constituye una tasa justa para todos los agentes económicos?

En nuestro caso parecería que esta justicia objetiva es mas bien la resultante del promedio de las justicias subjetivas presentes en cada transacción económica.

De esta manera el valor del mercado de los intereses legales fijados por el Banco Central tiene cierta dosis de relatividad, pues en el fondo se asienta sobre consideraciones de justicia subjetiva que -a su vez- son relativas y se encuentran presentes en cada uno de los agentes económicos que actúan en el mercado financiero .

En otras palabras cada persona fija su valor de mercado y lo negocia con otras. En la medida, que por ejemplo, los intereses bancarios fluctúan entre el 5% o 6% estamos muy cerca de un valor de mercado mas o menos «objetivo» en razón de su aceptación generalizada por parte de los intermediarios financieros y sus clientes.

Estas consideraciones también son seguidas por el Banco Central para fijar la tasa de los intereses legales, pues no hay otra manera de aproximarse a la medición «imparcial» del precio del dinero.

Acabamos de analizar la relatividad de la justicia respecto a los intereses legales en las épocas de estabilidad económica.

Seguidamente volvemos a tocar los problemas que se desprenden de las deudas dinerarias morosas pero bajo el supuesto de procesos inflacionarios galopantes.

Notaremos que una grave depreciación monetaria es capaz de alterar la justicia contractual que se observa en la fecha de la celebración del acto jurídico y que muy difícilmente se mantendrá en el momento del pago moroso al extremo que en este segundo instante más apropiado resulta hablar de la injusticia contractual .

3.1) Justicia Subjetiva

En nuestro ejemplo original ¿Es justo que a Cintia se le devuelva S/.10.00 el 31 de Enero de 1990 ? Debemos considerar que celebró un contrato de mutuo que ella asume como justo (equivalencia subjetiva) a pesar de la evidente depreciación monetaria del 29,8% ; resintiéndose de esta manera la justicia objetiva .

Aún cuando Mario cumpla con devolver oportunamente la suma prestada Cintia sufrirá un margen de pérdida económica del 29.8% conocido en teoría como el «coeficiente de injusticia» intrascendente con relación al principio de autonomía de la voluntad (6) .

Es por esta razón que -a pesar de cierto resquebrajamiento de la justicia objetiva - habrá de prevalecer la justicia subjetiva; siempre que nos refiramos a los contratos privados cuyas obligaciones dinerarias son cumplidas dentro de los plazos acordados.

Distinta es la situación cuando estamos ante el pago de estas obligaciones en situación de mora del deudor. ¿Es justo que Mario devuelva a Cintia S/. 10.00 mas intereses legales únicamente , el día 4 de Febrero de 1990?

Vamos a desarrollar la respuesta colocándonos en diversos supuestos :

a) Depreciación del Capital

En las sociedades modernas normalmente nadie celebra contratos que produzcan una pérdida patrimonial. Cuando un agente económico compromete parte de su dinero en una operación de mutuo por ejemplo, espera la recuperación de esta suma y la percepción adicional de cierto margen de ganancia.

En todo caso la justicia exige que estos tipos de contratos exista una equivalencia entre el valor del dinero prestado y la suma que finalmente se devuelve.

Ahora bien en cuanto esta equivalencia de valores sea medida en base a las apreciaciones personales de los contratantes - sin tener en cuenta mayormente algún estimado técnico sobre la depreciación monetaria- entonces estamos refiriéndonos a la justicia subjetiva.

En este sentido para cualquier acreedor la moneda nacional no es un tema de reflexión académica, sino un medio para intercambiar mercancías al que le atribuye cierto valor o capacidad adquisitiva que le sirve como punto de partida para negociar sus transacciones económicas.

Con mayor propiedad puede sostenerse que los contratantes al adquirir obligaciones dinerarias miden su compromiso con relación a la cantidad de bienes y servicios que la moneda representa.

En la medida que las partes que intervienen en estos negocios resulten convencidas de la equivalencia del poder adquisitivo del dinero prestado con relación a la suma devuelta, es posible pensar en la justicia subjetiva.

Probablemente en las épocas de estabilidad económica los contratantes pueden encontrarse más rápidamente convencidos acerca de lo que es justo para ellos si se presta S/. 10.00 y se devuelve este mismo valor nominal, incluso cuando el deudor ya ha sido constituido en mora.

En cambio si, por ejemplo, en medio de una inflación galopante Cintia presta S/. 10,00 y a partir del 1º de Febrero de 1990 Mario incurre en mora ¿Estos contratantes de buena fé estarán convencidos de lo justo que significaría para ellos que el 4 de Febrero el deudor devuelva estos S/. 10,00 sin ninguna consideración especial?

Lo razonable es pensar que en este caso Cintia experimentará una sensación de injusticia pues al final de cuentas habra percibido que la inflación transcurrida en los primeros días de Febrero de 1990 ha mermado en cierto grado la capacidad de compra del dinero que comprometió en la operación de préstamo a favor de Mario.

Por su parte este deudor moroso pero de buena fé, probablemente sentirá que al devolver tan solo el monto de S/. 10.00 en el fondo termina por no reintegrar realmente todo el dinero que le fué prestado, obteniendo de este modo un provecho injusto según su entendimiento .

b) Interés Legal

En la medida que los contratantes decidan no pactar sobre los intereses compensatorios, una cláusula penal o la indemnización del daño ulterior, parecería que no hay lugar para mayores reflexiones filosóficas.

Pero es posible la omisión de una cláusula sobre cualquiera de estos puntos en el entendido que son suficientemente justos los intereses legales que, en vía supletoria, deben aplicarse en virtud del art. 1324 anteriormente citado .

Sin embargo debemos recordar que para los contratantes de nuestro ejemplo la inflación distorsiona la seguridad jurídica. El 1º de Enero las partes acuerdan un contrato que consideran justo según las variables económicas disponibles y conocidas en esa fecha, como es el caso de la tasa inflacionaria del mes anterior y los intereses legales vigentes en la fecha de la celebración del contrato .

A partir de este momento ni siquiera los propios economistas pueden predecir con cierta exactitud la trayectoria ascendente o descendente de las referidas variables para el mes que comienza a transcurrir (Enero) o peor aún para el próximo año (1991) que bien podría ser la fecha del pago moratorio .

Aunque alguien pudiese saber con anticipación el porcentaje de incremento mensual de los precios, resulta que el Banco Central no modifica de manera correlativa los intereses legales .

Quizás en un sentido muy genérico - en medio de un proceso inflacionario- los contratantes pueden avizorar razonablemente el riesgo de la futura desproporción entre estos factores económicos .

Pero es imposible determinar a priori el grado o magnitud exacta de este desfase . A lo mejor en el momento del pago moroso recién aparece un proceso hiperinflacionario.

Estas circunstancias impulsarán a la revisión de los términos pactados, Cada contratante, desde su particular punto de vista, examinará si la justicia de lo querido con relación a los intereses legales se ha transformado en una situación de injusticia no deseada en el momento del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por otra parte se observa que a mayor desfase entre la tasa de inflación y los intereses legales, menor será el grado de justicia subjetiva presente en la fecha del pago moroso.

También debe pensarse que cuanto más prolongado es el período inflacionario entre la fecha de constitución en mora del deudor y el pago extemporáneo, menor será el grado de justicia subjetiva vigente entre las partes.

Por el resultado los contratantes experimentan una relación inversa. Así cuando el 4 de Febrero de 1990 Mario paga los intereses legales que se encuentran rezagados con relación a la inflación mensual, entonces se produce una ganancia para él y una pérdida con relación a Cintia, puesto que percibe menos de lo que quizo en un principio.

Desde otro ángulo debemos señalar que cuanto menor es el ritmo inflacionario y sus tasas declinan progresivamente, entonces los contratantes de nuestro ejemplo encontrarán una mayor coincidencia con relación a la justicia subjetiva, tanto en la fecha de celebración del contrato como en el momento del pago moroso a cargo del deudor.

c) Interés Moratorio

También podría ser que se acordó un interés compensatorio de 6% anual que a la postre deviene en interés moratorio en virtud del art. 1324 del Código Civil

En este caso vamos a comenzar por explicar el funcionamiento de esta regla cuando hay estabilidad económica. En la fecha de celebración del contrato (1^o de Enero de 1990) seguramente Cintia y Mario pueden haber considerado justo el acuerdo de un interés compensatorio de 6% anual.

Pero si el deudor incurre en mora nos interesa saber como opera la justicia subjetiva cuando entra en funcionamiento el art. 1324 en la parte que dispone lo siguiente : «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú desde el día en que el deudor incurra en mora Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios....»

Entonces si en la fecha en que Mario queda constituido en mora (1^o de Febrero de 1990) los intereses legales son tan solo del 5% anual; los intereses ya pactados de 6% continuarán devengándose hasta la fecha del pago extemporáneo, pero con la calidad de intereses moratorios.

Durante la celebración del contrato seguramente Cintia presionó para acordar una tasa de interés retributivo del 6% a fin de superar siquiera en un punto el interés de plaza con el objetivo de quedar protegida, por ejemplo, de una depreciación monetaria ciertamente mínima.

En la medida que ambas partes aceptaron los términos de este acuerdo es evidente que en su etapa de ejecución se encontrará aún presente esta justicia subjetiva original.

Ahora si estamos en condiciones de formular la siguiente pregunta : ¿En las épocas de galopante inflación sucede lo mismo?

Antes de esbozar cualquier respuesta es conveniente precisar algunos datos de nuestro ejemplo . Asumamos que el 1º de Enero de 1990 Mario y Cintia acordaron unos intereses compensatorios del orden del 40% , mientras que la tasa del interés legal era tan solo del 35%

En el caso planteado lo razonable es pensar que las partes contratantes -sobre todo Cintia- tuvieron muy en cuenta la inflación de Diciembre de 1989 (33.8%) y la tasa de los intereses legales vigentes de Enero de 1990 (35%) para acordar finalmente el interés compensatorio de 40% mensual .

Probablemente Cintia es conciente que el interés fijado por el Banco Central no se ajusta en la misma proporción y oportunidad que la inflación mensual; razón por la cual insiste en unos intereses compensatorios que superan en cinco puntos a la tasa de los intereses legales. Además de esta manera se sentirá convenientemente protegida si en su caso llegan a devengarse los intereses moratorios.

Pero esta justicia subjetiva bien puede quedar desmoronada debido a la dificultad para acertar las proyecciones de estos factores económicos.

En efecto si el deudor queda constituido en mora, resulta que los intereses compensatorios continuarán devengándose con la rígida tasa del 40% pero con la calidad de intereses moratorios, aún cuando la inflación acumulada continúe con una trayectoria ascendente o descendente.

Cualquiera que sea la fecha de pago moroso a cargo de Mario lo más probable es que estos intereses moratorios acumulados no tengan ninguna relación con la realidad económica ni, por tanto, con los términos queridos por las partes cuando celebraron el mutuo .

Definitivamente cuando mayor es el grado de oscilación de la espiral inflacionaria, menor es la identidad de la justicia subjetiva de los intereses moratorios presente tanto en la fecha del acuerdo como en la oportunidad del pago moroso.

Del mismo modo cuanto mayor es el lapso de tiempo entre ambos acontecimientos (pacto y pago) entonces menor será la verificación de la referida identidad en materia de justicia subjetiva.

Por el resultado cualquier cosa puede suceder. En el ejemplo sugerido si Mario paga el 4 de Febrero de 1990 los intereses moratorios a razón de 40% mensual, Cintia experimentaría una pérdida y el deudor una ganancia pues estaría abonándose menos de lo que ambos contratantes consideraron justo cuando negociaron el contrato .

En efecto la rígida tasa del interés moratorio siempre se encontrará «retrasada» con relación al ritmo de incremento de los precios durante el período moratorio.

Mas bien si la tasa inflacionaria real es menor que la supuesta, los intereses que abone Mario le importarán una pérdida, mientras que Cintia experimentará una ganancia que va mas allá de la querida por ambos contratantes .

Creemos que todas estas afirmaciones son también valederas en los casos que los contratantes han pactado de modo voluntario una determinada tasa por concepto de interés moratorio, al amparo del art. 1243 del Código Civil.

d) Cláusula Penal

Nuevamente debemos recordar que la inflación enerva la seguridad jurídica y que en estas condiciones la justicia subjetiva observada en la fecha del pacto muy probablemente resultará superada cuando se realice el pago moroso.

Volviendo a nuestro ejemplo supongamos que la cláusula penal consiste en el pago de una indemnización de S/. 3.00

¿Mario considerará justo el pago de este monto el 4 de Febrero si la inflación de Diciembre de 1989 es de 33.5% y la inflación de Enero de 1990 sólo llega , por ventura, al 20%?

Muy probablemente el 1º de Enero de 1990 los contratantes tuvieron en cuenta y de manera decisiva la inflación de Diciembre de 1989 (33.5%) para considerar como justa la cifra de S/.3.00 por concepto de cláusula penal.

Tanto Mario como Cintia, si actúan de buena fé, entenderán que en la oportunidad del pago moroso esta suma resarcitoria resulta algo exagerada en vista que la inflación de Enero ha llegado tan solo al 20% y, por tanto, la depreciación del capital comprometido no ha alcanzado la magnitud que originalmente se proyectó .

Repasaremos en parte estas situaciones pero ubicándonos en el lugar de Cintia. ¿Esta acreedora considerará justo su compromiso de recibir S/.3.00 si, por ejemplo, el pago moroso se efectúa un año después, es decir el 31 de Enero de 1991?

La inflación anual, francamente difícil de calcular, habra alterado la justicia querida por las partes en la fecha de la celebración del contrato pues se habrá reducido significativamente el valor real de los referidos S/.3.00 que, por lo demás, estarán lejos de lograr un justo resarcimiento por concepto de la depreciación monetaria del capital comprometido.

En definitiva puede sostenerse que si se ha pactado una cláusula penal la justicia subjetiva queda alterada en relación directamente proporcional a las oscilaciones del valor de la moneda nacional, y la extensión del período moratorio.

O sea cuanto mas pronunciada es la inflación, mayor es el resquebrajamiento de la justicia subjetiva que debe observarse en la fecha del pago moroso.

Del mismo modo cuanto mayor es el transcurso del tiempo concerniente a la época de las alteraciones monetarias comprendidas entre la fecha del pacto y el momento del pago extemporáneo; entonces la justicia subjetiva resulta más afectada.

También se aprecia por el resultado una relación inversa para ambas partes. En efecto si Mario paga S/. 3.00 el 4 de Febrero de 1990 por concepto de cláusula penal entonces se produce una pérdida para él y una ganancia para Cintia, pues recibe mas de lo que realmente le corresponde.

Pensando en una fecha lejana podemos señalar que si Mario paga los referidos S/. 3.00 el 31 de Enero de 1991 por ejemplo, se produce una ganancia para él y una pérdida para Cintia, pues la inflación acumulada hasta la fecha del pago moroso prácticamente habrá reducido a su mínima expresión el poder adquisitivo del monto pactado por concepto de cláusula penal.

Vistas las cosas de otra manera, sólo en épocas de estabilidad económica - es decir con inflación mínima- resulta que es mayor la identidad de la justicia subjetiva presente en la fecha del acuerdo de la cláusula penal y el momento de su pago.

e) Indemnización del Daño Ulterior

Vamos a suponer en nuestro ejemplo que en la fecha del contrato de mutuo (1^o de Enero de 1990) había estabilidad económica. Asumamos que el plazo para la devolución del dinero prestado es el 31 de Enero del mismo año y además se estipuló -mediante una cláusula especial- la indemnización del daño ulterior. También imaginemos que el pago se efectúa el 2 de Diciembre de 1990, en medio de una inflación galopante .

Dentro de este orden de ideas seguramente Mario se limitará a devolver los S/.10.00 prestados más los intereses legales..La pretensión del pago de una indemnización adicional por concepto de daño ulterior en razón de la depreciación monetaria sufrida obligaría a Cintia a proseguir un largo y costoso proceso judicial con la explicable incertidumbre tanto sobre el resultado final del pleito como la eventualidad del real cumplimiento de la sentencia, si le es favorable.

Suponiendo de manera optimista que Mario acata y cumple la sentencia que declara fundada la pretensión de Cintia ¿Esta es la justicia subjetiva que estuvo presente en el momento de la celebración del contrato?

Algunos podrán responder afirmativamente en la medida en que Cintia sabía a lo que se exponía cuando aceptó la vía judicial para dilucidar la indemnización de cualquier daño ulterior como, por ejemplo, el producido por la depreciación monetaria.

Nosotros pensamos que si las partes efectivamente acordaron la indemnización del daño ulterior vaya uno a saber si tuvieron en mente resolver de esta manera el caso de la aguda depreciación monetaria que no existía en el momento de la celebración del contrato.

Más lógico parece pensar que con una inflación galopante en la fecha del pago moroso, Cintia preferirá llegar a una transacción con Mario para lograr alguna indemnización reducida pero efectiva, lo que importaría una suerte de justicia subjetiva; en vez de insistir en pleitos judiciales que no le aseguran finalmente el pago inmediato de una indemnización siquiera parcial.

De cualquier modo el punto es que en la oportunidad del pago moroso Cintia recibirá un capital depreciado que prácticamente la obligará a transar y, por ende, tendrá que aceptar una indemnización a medias.

Dejando de lado esta opción no habría mas remedio que apelar al Poder Judicial por lo que, en el mejor de los casos, se estaría aplazando el día de la solución equitativa para recuperarse de la inflación y es por todos conocido que una justicia tardía ya no es justicia.

Es difícil pensar que estas son las alternativas consideradas justas por los contratantes de buena fe cuando celebraron el acuerdo del préstamo.

Desde otro punto de vista se tiene que en medio de una inflación en alza el monto indemnizatorio por concepto de daño ulterior será más significativo en la medida en que la fecha del pago moroso sea más lejana.

Sin embargo un mayor monto indemnizatorio acumulado dará lugar a la renuncia de una mayor proporción y cantidad del mismo para que Cintia pueda hacer inmediatamente efectiva una transacción al respecto.

Si más bien se recurre al Poder Judicial resultará muchísimo menor la proporción y cantidad de dinero que finalmente el acreedor o Cintia en nuestro caso logrará cobrar para resarcirse de la depreciación monetaria; pues normalmente el deudor moroso siempre encontrará algún pretexto o excusa para pagar de menos o simplemente no pagar.

Por el resultado en todos estos casos Cintia experimentaría una pérdida y Mario un beneficio pues en definitiva estaría reintegrando un capital parcialmente protegido con relación a la depreciación monetaria experimentada durante el período moratorio.

En estos casos se habrá respetado de modo muy parcial la justicia inicialmente observada por las partes.

2.2) Justicia Objetiva

Ya sabemos que el principio de justicia no es absoluto. Mas bien suele inspirar un cierto grado de margen o proporción razonable en los términos de intercambio que realizan a diario los agentes económicos.

Esta es una de las razones por las cuales los sistemas jurídicos -por definición- son dinámicos y flexibles con la finalidad de poder regular del modo más adecuado las transacciones dinerarias que se llevan a cabo diariamente y que se encuentran rodeadas por circunstancias económicas muchas veces cambiantes y diferentes.

Por ejemplo en una economía estable siempre hay algún grado de oscilación del poder adquisitivo de la moneda nacional.

Se tratan de inflaciones y deflaciones tan reducidas que no son jurídicamente relevantes, cuyos resultados quedan asimilados por el conocido «coeficiente de injusticia» que ya revisamos páginas atrás.

Hecha esta salvedad puede sostenerse que los contratos con obligaciones dinerarias celebrados y ejecutados durante los períodos de estabilidad económica guardan una justicia objetiva que no ofrece mayores problemas para el Derecho, incluso cuando media el pago en situación de mora del deudor.

Nada parecido sucede en las épocas de aguda inflación. Es muy fácil comprender en nuestro ejemplo que el 1^o de Enero de 1990 Cintia tuvo con los S/. 10.00 que prestó un poder adquisitivo equivalente a 100% mientras que entre la fecha que Mario es constituido en mora (1^o de Febrero de 1990) y el día del pago este capital habrá sufrido cierta merma respecto de su capacidad de compra.

¿Es justo que el deudor devuelva este capital depreciado sin ninguna consideración adicional? nuevamente vamos a colocarnos en diferentes puntos de vista para contestar esta interrogante.

a) Depreciación del Capital

Si en la épocas de estabilidad económica Cintia presta S/. 10.00 es justo que se la devuelva solamente esta cantidad, a parte de los intereses legales; toda vez que este capital habrá mantenido siempre su poder adquisitivo original.

En cambio cuando hay una inflación galopante, por ejemplo, del orden del 29.8% al mes, resulta que si el 1^o de Enero de 1990 Cintia presta S/. 10.00 y el pago moroso se realiza el 4 de Febrero del mismo año. entonces Mario está devolviendo en realidad un capital efectivo de S/. 7.02 aproximadamente.

Ya sabemos que la depreciación monetaria del 29.8% acumulada hasta el 31 de Enero de 1990, en la medida que ha ocurrido dentro del plazo que el acreedor ha aceptado para que se le devuelva el capital prestado, no es relevante desde el punto de vista filosófico.

Se trata del conocido «coeficiente de injusticia» según el cual si el acreedor considera justo que se le devuelva el 31 de Enero de 1990 únicamente los S/. 10.00 - a pesar de la depreciación monetaria experimentada- entonces prevalece esta clase de justicia subjetiva.

En la medida que a partir del 1^o de Febrero de 1990 Mario queda constituido como deudor moroso y dado que devuelve el capital prestado el 4 de Febrero del mismo año; entonces la depreciación monetaria acumulada durante estos primeros días del mes es la única que teóricamente debe tomarse en cuenta para examinar los perjuicios que experimenta Cintia al recibir en la fecha del pago tan solo el capital de S/. 10.00 aparte, claro está, de los respectivos intereses legales.

¿Es justo que en este caso Mario devuelva únicamente el capital nominal de S/10.00 o su valor efectivo de S/.7.02; cuando realmente en la oportunidad del pago moroso este último valor ya habrá descendido a S/.7.00 o quizás S/.6.93 por ejemplo?

Desde el punto de vista conceptual parece que la justicia objetiva resulta trastocada por esta inflación de los 3 ó 4 primeros días del mes de febrero. Sin embargo más allá de esta apreciación general es verdaderamente difícil ofrecer una respuesta más precisa.

En efecto de por medio hay un problema técnico vinculado a la medición y publicación de la inflación. El instituto oficial competente difunde durante los primeros días de cada mes la inflación o incremento de los precios al consumidor correspondiente al mes anterior.

A parte de este tipo de mediciones mensuales es improbable que los agentes económicos -sobre todo los que no están vinculados a las actividades empresariales- tengan algún tipo de acceso con relación a informaciones sobre la medición diaria de la inflación.

De esta manera para el deudor moroso y sobre todo para Cintia resulta complicado y cuestionable estimar y ponerse de acuerdo sobre la depreciación monetaria acumulada durante los primeros días de febrero, a pesar que ambas partes son concientes del incremento diario de los precios.

En la medida que estos contratantes actúen de buena fé intuirán que la inflación está desvirtuando la justicia objetiva con referencia al capital depreciado.

Lógicamente si el período moratorio comprende más de un mes calendario será más fácil la medición de la inflación al tener como referencia la variación mensual de los precios al consumidor que debe haber publicado el órgano oficial.

De este modo si cabría la posibilidad de apreciar con mayor exactitud el grado de pérdida del poder adquisitivo del capital prestado y, por tanto, la dimensión del trastocamiento de la justicia objetiva.

b) Interés Legal

Ya sabemos que si las partes no han pactado expresamente sobre una cláusula penal o intereses compensatorios, entonces los pagos extemporáneos dan lugar a los intereses legales que se traducen en cierto monto de dinero adicional que Cintia tiene derecho a cobrar.

Algunos podrían sostener que de esta manera todo acreedor se recupera - en parte- de la depreciación monetaria acaecida entre la fecha en que el deudor es constituido en mora (1º de Febrero de 1990) y el día del pago, restableciéndose hasta cierto punto el nivel de las proporciones contractuales que la justicia objetiva manda observar.

Nosotros pensamos que afirmaciones de este tipo simplemente están confundiendo los conceptos. Ya sabemos que los intereses legales representan el precio por el uso del capital. En cambio la depreciación monetaria expresa la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

En épocas de estabilidad económica los intereses legales que Cintia tiene derecho a cobrar no son mas que el precio que, a su vez, tuvo que pagar a un banco para que le preste los S/.10.00 que Mario no los devolvió de modo oportuno y que a lo mejor ella necesitaba el 31 de Enero de 1990 para atender sus gastos personales o quizás alguna deuda.

En otras palabras los intereses legales que giran alrededor del 5% tienen por función restituir al acreedor perjudicado los intereses bancarios, también próximos al 5%, que ha debido desembolsar para obtener el préstamo de S/.10.00; nivelándose de esta manera la balanza de la justicia objetiva.

Así las cosas podemos afirmar que una mínima depreciación monetaria deviene en un factor prácticamente irrelevante, incapaz de erosionar la justicia objetiva lograda por la aplicación de los intereses legales en el ejemplo propuesto.

En cambio en las épocas inflacionarias sí hay una relación mas gravitante entre la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional y la elevación de la tasa del interés legal, pero que no debe dar lugar a las confusiones conceptuales antes señaladas.

En períodos de creciente inflación los intereses legales son cada vez más altos . Si en la fase de estabilidad económica el precio promedio del dinero es del 5% anual, no debe impresionarnos que durante los tiempos hiperinflacionarios este precio se eleve al 40% mensual por ejemplo,

Así que a mayor depreciación monetaria corresponderá un incremento en la tasa tanto de los intereses bancarios como legales . Sin embargo ya hemos visto al estudiar la justicia subjetiva que: a) Generalmente la tasa de inflación es mayor que la tasa de interés legal, b) Suponiendo que ambas tasas fuesen matemáticamente iguales resulta que los intereses legales se devengan desde el momento en que el deudor queda constituido en mora, mientras que la inflación repercute en el valor de las prestaciones a partir de la fecha de celebración del contrato correspondiente.

Sobre este último punto podría objetarse que en virtud del conocido «coeficiente de injusticia» la inflación solo es relevante a partir de la fecha de constitución de mora del deudor, siendo éste el mismo tratamiento que también se observa en los intereses legales; por lo que en ambos casos habría un régimen bastante similar.

Sin embargo no debemos tener la ilusión de pensar que si los intereses legales son mas o menos parecidos a los intereses bancarios por préstamos de dinero tanto en el procedimiento del cómputo como en la cuantía de sus tasas; entonces el acreedor perjudicado recibe un trato objetivamente equitativo.

En este orden de ideas puede caerse en la tentación de plantear que Cintia - al verse obligada a pagar un interés bancario del orden del 40% mensual a partir del 1º de Febrero de 1990- tiene todo el derecho de percibir desde esta misma fecha los intereses legales también del 40% mensual aproximadamente; con lo que quedaría satisfecha cualquier exigencia de justicia

Pero mas allá de cierta equidad entre ambas tasas de interés el problema central es que la inflación afecta considerablemente el monto nominal del capital que se toma como referencia para el cálculo de ambos intereses.

Aquí es donde vamos a descubrir que la inflación socava la aparente justicia objetiva de los intereses legales frente a los intereses bancarios.

En esta línea de pensamiento se tiene que el 1º de Febrero de 1990 el capital prestado de S/.10.00 ya ha sufrido una depreciación monetaria de 29.8% lo que equivale decir que en esta fecha el capital real es de apenas S/.7.02

Mientras que formalmente el interés legal se calculará sobre un valor nominal de S/.10.00; en rigor la base real de tal estimación es de tan solo S/.7.02

Así se incrementa la tasa de los intereses legales a la par que la inflación, normalmente su aplicación sobre el monto nominal de la prestación dineraria dará lugar a una suma muy inferior con relación a los intereses bancarios.

En efecto el 1º de Febrero de 1990 Cintia necesitará para sufragar sus gastos - pagar deudas no el capital de S/.10.00 que Mario aún no devuelve; sino que requerirá realmente de S/.12.98 para mantener su verdadera capacidad tanto adquisitiva como de pago de gastos o deudas privadas que deben haberse incrementado en 29.8% durante el mes de Enero de 1990

De esta manera el banco que le presta a Cintia calculará los intereses por operaciones activas computados sobre S/.12.98 que sería el monto del préstamo bancario que necesita efectivamente esta acreedora.

Tal como se puede apreciar en nuestro ejemplo es harto considerable la brecha entre los intereses legales y bancarios (por operaciones activas); siendo aquellos insuficientes para cubrir o nivelar los desembolsos que Cintia realiza por sus compromisos financieros.

Esta inflación del 29.8% tiene pues un doble efecto sobre el capital nominal de S/.10.00 ; por un lado hace que los intereses legales se calculen sobre un capital real de S/.7.02, mientras que por otra parte determina que los intereses bancarios se computen sobre un capital efectivo de S/.12.98

Esta disparidad marca el grado de quiebre de la justicia objetiva en materia de obligaciones dinerarias cuando el deudor se encuentra en mora.

Debemos agregar un detalle que agrava más esta situación. En épocas inflacionarias normalmente el acreedor perjudicado por la mora tendrá un difícil acceso al préstamo bancario por las explicables restricciones que opondrán los intermediarios financieros. Mas bien este acreedor no tendrá mas remedio que recurrir a la banca llamada «paraísla» o «informal» donde se verá expuesto a los intereses usurarios superiores al 40% por ejemplo.

Así la diferencia entre estos intereses y el interés legal será todavía mucho mayor; razón por la cual en vez de hablar del señalado resquebrajamiento de la justicia objetiva, mas bien tendríamos que pensar en la configuración de la injusticia objetiva.

c) Interés Moratorio

Otro caso podría consistir en el pacto de intereses compensatorios superiores al interés legal regulado por el art. 1324 del Código Civil.

Ya hemos estudiado esta materia, incluso con ejemplos, al tratar sobre la justicia subjetiva. Comenzamos señalando que en los periodos de estabilidad económica los intereses legales normalmente oscilan alrededor del 5% mientras que Mario y Cintia bien podrían haber acordado unos intereses retributivos en el orden del 6% anual.

En todo caso lo importante es destacar que a partir de la fecha de constitución en mora del deudor (1º de Febrero de 1990) los referidos intereses compensatorios continuarían devengándose pero con la calidad de intereses moratorios, en virtud del art. 1324 del Código Civil.

Ahora bien si Mario no ha cumplido con la devolución oportuna del monto prestado, Cintia tendría que obtener un préstamo bancario para disponer a partir del 1º de Febrero de los S/.10.00 que facilitó al deudor moroso.

Desde este momento Cintia debería abonar intereses al banco, a razón de 5% anual aproximadamente. En esta medida los intereses moratorios del 6% anual que corren a partir de igual fecha cubrirán suficientemente los daños y perjuicios sufridos por nuestra acreedora.

Así las cosas apreciamos una evidente justicia objetiva siempre que los referidos intereses moratorios logren una efectiva indemnización de los perjuicios financieros experimentados por Cintia.

Nada parecido sucede en las épocas inflacionarias. Imaginemos que en la fecha del acuerdo del préstamo (1^o de Enero de 1990) el interés legal es de 35% mensual y la inflación del mes de Diciembre de 1989 ha sido de 25% .

Asumamos también que en estas condiciones las partes han acordado unos intereses compensatorios de 40% mensual. En el caso que Mario no cumpla con su obligación de restituir puntualmente el préstamo obtenido, Cintia se verá forzada a negociar con un banco para disponer desde el 1^o de Febrero de 1990 de S/.12.98 .

Lo determinante será el grado de inflación correspondiente a Enero de 1990. En efecto si por ejemplo los precios se han incrementado en 29.8% que es un promedio mayor al observado en el mes de Diciembre de 1989; entonces los intereses bancarios por operaciones activas podrían ascender a más del 40% mensual a partir del 1^o de Febrero de 1990 y tendrían que aplicarse sobre S/.12.98

En este caso los rígidos intereses moratorios (pactados) del 40% resultarían insuficientes para restituir los desembolsos que por concepto de intereses debe realizar Cintia con relación al banco que le falicitó los referidos S/.12.98

Este grado de diferencia entre las tasas de intereses moratorios y bancarios marcará, a su vez, la dimensión de la fisura de la justicia objetiva observada en la fecha de celebración del contrato.

Desde luego la anotada brecha resulta más pronunciada si consideramos también que los insuficientes intereses moratorios se calculan sobre la base del capital nominal de S/.10.00; mientras que los crecientes intereses bancarios se aplican sobre S/.12.98

Al igual que el caso de la cláusula penal el porcentaje fijo de la tasa de los intereses moratorios pactados puede devenir en injusto si la inflación impulsa significativamente el incremento de los intereses por préstamos bancarios.

d) Cláusula Penal

Otra alternativa es que ambos estipulantes hayan acordado una cláusula de carácter indemnizatorio, por ejemplo, de S/ 3.00 en caso que el deudor incurra en mora y pague con atraso la obligación a su cargo.

En las épocas de estabilidad económica los contratantes habrán tenido en cuenta diversos factores -diferentes a la inflación- para fijar el monto de S/3.00 por concepto de cláusula penal.

En este sentido Cintia habrá sopesado, entre otras consideraciones, el interés bancario vigente en la fecha de celebración del contrato que bien podría bordear el 5% anual.

Si el 31 de Enero de 1990 Mario no ha cumplido con la obligación de devolver los S/. 10.00 que se le facilitó, Cintia no tendrá más remedio que recurrir al préstamo bancario para obtener dicha cantidad y poder solventar sus gastos urgentes, comprometiéndose al pago de un interés cercano al 5%.

Cuando Mario efectúe el pago el día 4 de Febrero de 1990 también deberá abonar la indemnización pactada de S/3.00; lográndose de esta manera que el deudor cubra suficientemente los daños y perjuicios financieros sufridos por Cintia.

En este caso podemos apreciar el imperio de la justicia objetiva en la medida que el monto indemnizatorio pactado realmente ha cubierto la merma patrimonial de nuestra acreedora.

En cambio en las estaciones inflacionarias todo sucede de manera diferente. Así en la fecha de celebración del préstamo Cintia tendrá muy en cuenta el factor de depreciación monetaria para acordar una cláusula penal cuyo monto nominal sea suficientemente satisfactorio como para sentirse protegida de los daños y perjuicios que podría ocasionarle la mora del deudor.

Si por ejemplo el mutuo se celebra el 1º de Enero de 1990 habrá que considerar la inflación de Diciembre de 1989 ascendente a 33.8% y los intereses legales de 22% mensual vigentes en la misma fecha del acuerdo; con la finalidad de negociar un monto indemnizatorio que permita realmente cubrir, entre otros daños, los eventuales intereses bancarios que Cintia tendría que pagar para disponer de S/.12.98 a partir del 1º de Febrero de 1990.

Suponiendo que el monto de la cláusula penal es de S/3.00 y la inflación ocurrida en Enero de 1990 ha sido tan solo del orden del 20% ; entonces en la fecha del pago moroso (4 de Febrero de 1990) los intereses bancarios no habrán sido tan altos como para requerir de un monto indemnizatorio a todas luces exagerado como pueden ser los S/3.00 pactados.

De esta manera por el resultado no hay una justicia objetiva en la medida que Cintia estaría experimentando una «ganancia» y Mario sufriría una «pérdida» por estar pagando más de lo que realmente se ha obligado a indemnizar.

Si acaso el pago moroso se cumple el 31 de Enero de 1991, con una inflación acumulada de 1,000% por ejemplo, entonces la suma nominal de S/.3.00 se habrá tornado irrisoria ante los intereses bancarios que seguramente Cintia ha venido abonando para disponer a partir del 1º de Febrero de 1990 de los S/.12.98 prestados.

Aquí tampoco se observa la justicia objetiva pues esta acreedora resultaría perjudicada desde el punto de vista financiero, mientras que Mario obtendría una «ganancia» en razón de pagar una indemnión menor de la que realmente le corresponde sufragar.

En este sentido debe quedar suficientemente claro que la cláusula penal normalmente consiste en cierto monto nominal fijo pero que en los periodos inflacionarios se altera su valor real, sobre todo a la hora de hacerse efectiva, produciéndose estos resquebrajamientos de la justicia observada en la fecha de celebración del contrato.

e) Indemnización del Daño Ulterior

Cuando analizamos este punto a propósito de la justicia subjetiva propusimos a título de ejemplo que Cintia había prestado S/.10.00 a Mario cuando la economía atravesaba por un período de estabilidad.

También indicamos que si Mario había sido constituido en mora probablemente pretendería devolver estos S/.10.00, sin ningún ajuste, aunque exista un proceso inflacionario de por medio.

En este caso Cintia no tendría mas remedio que recurrir al Poder Judicial para demandar una indemnización del daño ulterior, en razón de la depreciación monetaria experimentada por el capital prestado.

Una primera observación es que la inflación galopante puede haber comenzado antes o después de la fecha de constitución en mora del deudor. Pero lo relevante es la pérdida del poder adquisitivo del capital prestado que ocurre desde el momento en que el deudor incurre en mora hasta la fecha que cumpla con devolver la suma prestada.

Aunque Mario abone - adicionalmente- los correspondientes intereses legales resulta injusto que devuelva un capital depreciado.

En segundo lugar a partir de este pago moroso continuará la desvalorización del capital comprometido hasta que algún día el deudor cumpla con pagar la indemnización del daño ulterior que puede ordenar una sentencia que ampare semejante petición, en favor de la acreedora..

Todos sabemos que este segundo tramo de tiempo, con un juicio ordinario de por medio y agotadas las diversas instancias apelables, bien puede prolongarse 4 ó 5 años en promedio.

Cuanto mayor sea el lapso de tiempo entre la fecha del pago moroso y la cancelación de la referida indemnización, menor será la efectividad del restablecimiento del equilibrio contractual, pues ya sabemos que toda justicia tardía... no es justicia.

Una manera de atenuar estos perjuicios para la acreedora podría ser que acuerde una transacción con el deudor moroso para evitar el pleito judicial y percibir de manera rápida la indemnización correspondiente, aunque sea por un monto mucho menor con relación al grado de la depreciación monetaria experimentada por el capital devuelto extemporáneamente.

En este último caso puede haber una suerte de justicia subjetiva pero que no es capaz de recubrir la evidente injusticia objetiva que sufre la acreedora por llegar a obtener un monto indemnizatorio menor en relación con la dimensión del perjuicio acaecido.

2.3) Justicia Individual

Hemos terminado de examinar las situaciones injustas que puede causar un proceso inflacionario galopante cuando se tratan de las deudas dinerarias que se pagan con mora.

De ahora en adelante nos preocuparemos del remedio para afrontar estos problemas filosóficos. En otras palabras nos ocuparemos de la revaluación en la medida que procura el restablecimiento de la justicia individual para cada una de las partes que intervienen en la relación obligatoria antes mencionada.

a) Nominalismo

Ya sabemos que en los períodos de estabilidad económica hay en todo momento una correspondencia casi uniforme entre el valor nominal y real de la moneda.

Por ejemplo los S/.10.00 que Cintia presta a Mario bien pueden mantener el 100% de su capacidad adquisitiva cuando se produzca la devolución de este dinero.

Desde este punto de vista se torna irrelevante la circunstancia del cumplimiento oportuno o moroso que efectúe el deudor porque de todos modos el capital comprometido originalmente mantendrá un mismo nivel de poder de compra.

Estas semejanzas de los valores económicos en distintos momentos a través del tiempo otorgan relevancia a la permanente identidad del valor nominal de la moneda nacional.

En este sentido una estabilidad económica permite la justicia del nominalismo en cada caso concreto. Si Mario recibió en vía de préstamo la cantidad de S/.10.00 es justo que devuelva este mismo monto.

Sin embargo la doctrina sostiene que estas ventajas del nominalismo no pueden llevarnos a una defensa cerrada respecto de su vigencia. En el Derecho Privado el principio nominalista no tiene por finalidad sostener el prestigio de la moneda nacional sino administrar justicia entre los particulares.

Si hay una depreciación monetaria significativa debe ser considerada para lograr las soluciones mas justas bajo las nuevas condiciones (7).

En este orden de ideas la inflación galopante o peor aún la hiperinflación convierten en injusta para el acreedor la situación de verse obligado a recibir el mismo monto nominal de dinero que prestó, en vista que ha perdido gran parte de su poder adquisitivo .

En este caso podría llegarse al extremo de sostener que el contrato de mutuo se habría transformado en uno de donación, pues el acreedor terminaría recibiendo una suma de dinero cuya capacidad de compra podría haberse reducido practicamente a la nada.

Por otro lado debe tenerse presente que una creciente inflación y la consiguiente depreciación del valor del dinero son fenómenos económicos que ocurren al margen del Derecho (en los casos que postula el nominalismo) y de la voluntad de los contratantes.

Sin embargo en estas épocas de inestabilidad económica la situación personal de la mora del deudor sí es relevante desde todo punto de vista.

Esta clase de mora no origina pero sí prolonga la repercusión de los efectos negativos que una inflación pueda ocasionar a cualquier acreedor de obligaciones dinerarias.

Esta circunstancia hace que la justicia reclame una mayor responsabilidad por parte del referido deudor, que no se puede agotar con el pago de la deuda nominal, mas intereses legales, cláusula penal, etc (8)

Retornando nuestro ejemplo original debe recordarse que para la justicia y el Derecho el problema se presenta desde la fecha de constitución en mora del deudor, es decir a partir del 1º de Febrero de 1990; sin interesar mayormente la inflación de 29.8% ocurrida el mes de Enero.

La actitud de Mario de cancelar su deuda el día 4 de Febrero de 1990 no origina en sí misma la depreciación monetaria que ocurre durante los tres primeros días de este mes.

Sin embargo es muy importante tener presente que si Mario hubiese cumplido oportunamente con cancelar el préstamo contraído; entonces Cintia no habría sufrido los perjuicios de la sobreviniente depreciación de su capital de S/.10.00; además tampoco tendría que haber adquirido mayores deudas para contar el 31 de Enero con este recurso.

En resumidas cuentas cuando hay mora del deudor la inflación cuestiona abiertamente tanto la justicia contractual como las reglas legales que consagran la vigencia del sistema nominalista con carácter general.

Ante esta situación la doctrina ha reaccionado y postula la indexación como un medio para restaurar la justicia sinalagmática que cada uno de los contratantes reciba algo equivalente (9).

b) Indexación

Con mucha propiedad se ha señalado que el planteamiento según el cual la indexación es exigida por la justicia implica colocarnos en el terreno de la ética.

En efecto este mecanismo para ajustar deudas se concibe como un medio idóneo capaz de hacer posible el bienestar de cada uno; permitiéndonos la realización individual tanto del acreedor como del propio deudor (10).

Por ejemplo en algún momento dijimos que a lo mejor Mario se había prestado el 1º de Enero de 1990 la cantidad de S/.10.00 porque necesitaba comprar medicinas para su familia y quizás recién las pudo encontrar el 31 de Enero de 1990 con un incremento de precios de 29.8% porque en las épocas inflacionarias es frecuente el acaparamiento y especulación de este tipo de productos básicos.

Si en los períodos de inestabilidad económica normalmente las personas humanas recurren al préstamo tan solo por problemas elementales de salud, etc. ¿El Derecho debe alentar al crédito, mediante la indexación de las deudas dinerarias, para que los acreedores no se descapitalicen?

Si la respuesta fuese negativa, precipitaríamos la restricción del crédito en moneda nacional, limitando este canal de financiamiento - casi único- a muchísimas personas que no tienen mas liquidez que una remuneración mensual cuyo poder adquisitivo es cada vez menor por los efectos de la depreciación monetaria, resultando más restringida aún su capacidad para adquirir ciertos productos básicos como medicinas.

Será justa la situación del deudor que se presta un monto tal que le permita por un lado satisfacer ciertas necesidades elementales y que por otra parte se encuentre en una posibilidad real de pagar el total de la deuda acumulada.

En efecto no se trata de obedecer exclusivamente al interés del acreedor para que la indexación proteja el íntegro de la depreciación monetaria sufrida por su capital. Cualquier ajuste monetario debe tener un límite en el sentido que deo dar lugar al cálculo de una cantidad de dinero tal que siempre sea factible de pago por parte del deudor moroso, según las circunstancias de cada caso concreto.

Indexar capitales depreciados sin la reserva que acabamos de formular podría dar lugar al cálculo de sumas dinerarias capaces de alcanzar proporciones astronómicas, imposibles de ser canceladas; con perjuicio para el propio deudor que podría llegar a ver comprometido prácticamente todo su patrimonio (así como el bienestar de su familia), mientras que por otra parte el acreedor vería cada vez mas lejana la posibilidad de ver satisfecha su pretensión de cobro respecto de esta deuda impaga.

Del mismo modo sólo habrá una situación justa para el acreedor si luego de estar cancelada su deuda ha logrado algún lucro efectivo tal como los intereses compensatorios (si fueron pactados) y además constata la recuperación de su patrimonio, aunque sea parcialmente, respecto a la depreciación monetaria sufrida durante el período moratorio.

En caso contrario el envilecimiento del dinero no sólo habrá perjudicado el poder de compra del capital devuelto sino que podría llegar a reducir a una suma virtualmente irrisoria el monto de los intereses compensatorios y/o legales quedando transformado el correspondiente mutuo oneroso en un contrato de préstamo casi gratuito; perjudicándose en muchos casos el bienestar del acreedor que se vale de estas operaciones financieras para obtener una justa ganancia que le permita cubrir sus necesidades a veces elementales.

De cualquier modo lo que nos interesa resaltar es que gracias a la indexación puede restablecerse de manera considerable la justicia contractual en el sentido que -pese a la inflación- el deudor moroso estaría devolviendo alrededor del 100% de la capacidad adquisitiva que el acreedor le facilitó mediante un préstamo de dinero.

De esta manera se recupera en cierta medida la justicia sinalmática, es decir la proporción razonable con relación al efectivo valor de las prestaciones para ambas partes.

En este sentido debe quedar suficientemente claro que la indexación es tan solo un medio que responde a las exigencias de la justicia individual que persiguen los contratantes de buena fé y no representa un sistema teórico que pretenda desplazar la vigencia del nominalismo como principio rector de las transacciones en el país.

c) Índice de Precios al Consumidor

Tan importante como la prédica de la revaluación es también saber encontrar un método de ajuste de las deudas dinerarias morosas que nos permita arribar a sumas más justas para ambos contratantes.

Si los agentes económicos perciben una inflación galopante ¿cómo medirla? Existe el riesgo de escoger un índice inapropiado que podría arrojar un porcentaje de inflación muy inferior o superior al verdadero nivel del incremento de los precios.

La extensión y complejidad del mercado nacional constituye una realidad económica imposible de conocer y medir con toda exactitud en un momento determinado.

Esta limitación es mucho mayor si pensamos en el proceso diario de variación de los precios de cada uno de los bienes y servicios que se negocian en el país.

Por más sofisticadas que sean las técnicas para mensurar este proceso siempre llegaremos a establecer un porcentaje de inflación relativo que no necesariamente es un fiel reflejo de las variaciones de los precios realmente ocurridos.

Por esta razón es muy importante saber escoger el índice inflacionario más apropiado para poder ser utilizado en la indexación de las deudas dinerarias morosas, de tal manera que exista el mayor grado de correspondencia posible entre la trayectoria de la depreciación monetaria y la revaluación del monto de las prestaciones.

Solo de esta manera la deuda indexada consistirá en un monto justo para los contratantes. En procura de este objetivo la doctrina predominante recomienda tener en cuenta el índice de precios al consumidor, al parecer, es el indicador más confiable desde el punto de vista técnico (11).

En todo caso lo que nos interesa es que si este índice ofrece relativa confianza, su aplicación para indexar deudas dinerarias morosas no permitirá que las sumas así calculadas gocen de absoluta justicia para los contratantes.

d) Situación Individual de las Personas

Desde otro punto de vista también debe considerarse que a lo mejor el indicado índice de precios - como promedio general - no es del todo compatible con la particular situación de ciertos contratantes que han pactado una deuda dineraria, por lo que su mera aplicación matemática para indexar esta deuda podría dar lugar a un monto relativamente injusto.

Para comprender mejor estas ideas regresemos nuestro ejemplo original, asumiendo que el índice de precios correspondiente al mes de Febrero de 1990 ha sido de 30.5%.

El coeficiente anotado no es tan sólo un promedio; o sea que representa el término medio que resulta de considerar una serie de bienes y servicios que han tenido un incremento real de precios superior o inferior al mencionado 30.5%. A lo mejor ninguna de estas mercancías individualmente consideradas sufrió un aumento de precios equivalente al 30.5%.

En este orden de ideas vamos a asumir que el universo de la canasta básica familiar del Perú consiste en los siguientes productos con sus respectivos incrementos de precios durante Febrero de 1990 :

PRODUCTO	AUMENTO DE PRECIOS
A	22.5%
B	26.5%
C	34.5%
D	38.5%

El promedio matemático arroja la cifra de 30.5% pero ninguno de los productos considerados habrá aumentado de precio exactamente en 30.5%

Ahora bien en la fecha de constitución en mora del deudor (1º de Febrero de 1990) podría ser que Cintia requiera del dinero prestado para adquirir la mercadería «A» cuyo incremento individual de precio ha sido tan sólo de 22.5%

Si aplicamos el promedio mensual de variación de precios, es decir el 30.5% para indexar la deuda dineraria de S/.10.00 se llegaría a la determinación de un monto actualizado relativamente injusto para ambas partes.

En efecto si la creadora ve incrementados sus gastos en 22.5% no es razonable que su crédito de S/.10.00 experimente un incremento de 30.5% ; máxime si el retraso del pago realizado por Mario es de solo los cuatro primeros días de Febrero mientras que el mencionado promedio de 30.5% refleja la inflación del mes completo.

Por el resultado Cintia obtendría un «beneficio» y Mario padecería una «pérdida» por dar más de lo que realmente le corresponde.

En cambio si los gastos de Cintia para adquirir el producto «D» se han incrementado en 38.5% es relativamente injusto que su crédito de S/.10.00 se indexe conforme al IPC de Febrero de 1990, es decir en 30.5%

En este caso mas bien Cintia experimentaría una «pérdida» mientras que Mario lograría una «ganancia» que la ética jurídica no tolera.

Además de estas injusticias simplemente estadísticas, la indexación cuya práctica no contemple la particular situación económica de cada uno de los contratantes puede dar lugar a la determinación de montos dinerarios relativamente más injustos (12)

Por ejemplo debe tenerse en cuenta las limitaciones del deudor moroso. En épocas altamente inflacionarias el incremento mensual de las remuneraciones o salarios siempre es menor que el correspondiente porcentaje de elevación de la mayoría de los demás precios.

Esta brecha entre la indexación laboral y comercial disminuirá la capacidad de pago de un deudor moroso con relación a sus pasivos dinerarios.

Cuando Mario se prestó S6.10.00 el 1º de Enero de 1990 para comprar medicinas, podría ser que recién las encuentre el 31 del mismo mes; debido al acaparamiento y especulación que suele producirse con este tipo de productos.

Mientras que en esta última fecha el precio de los remedios puede haberse incrementado en 30.5% el sueldo que percibe Mario también habrá aumentado pero en un porcentaje mucho menor.

Si el 4 de Febrero de 1990 la deuda morosa se indexa aunque sea por el período correspondiente a los tres primeros días de este mes, Mario tendrá una menor capacidad de pago para afrontar este compromiso dinerario por varias razones.

En primer lugar las medicinas compradas habrán costado mucho más que el monto del dinero originalmente prestado

En segundo lugar el sueldo que el deudor percibe el 31 de Enero de 1990 le permitirá adquirir menos bienes y servicios indispensables durante el mes de Febrero, perjudicándose aún más su bienestar elemental.

¿Sería justo determinar el monto total de la deuda morosa que Mario debe pagar sin tener en cuenta estas consideraciones económicas? ¿No podrían ser estos aspectos particulares las razones que explicarían que un deudor de buena fe incurra en mora?

Por otra parte no es lo mismo que Cintia sea una acaudalada acreedora, en vez de una prestamista poco solvente.

Tampoco nos puede ser indiferente que Cintia haya prestado los S/.10.00 por consideraciones humanitarias, sin interese compensatorios, cuando bien pudo haberlo hecho con propósito lucrativo.

Al final de cuentas las razones que motivaron el préstamo y la consiguiente deuda dineraria también deben tenerse presentes para establecer la suma indexada que definitivamente tendrá que pagar el deudor moroso.

2.4) Justicia General

Si en vez de preocuparnos por este crédito individual entre Mario y Cintia mas bien tomamos en cuenta la generalidad de las deudas morosas que a diario se constituyen entre millones de personas, entonces deberemos efectuar algunas reflexiones filosóficas más abstractas.

a) Estabilización Económica

El fenómeno inflacionario es de corte macroeconómico y solo puede reducirse a su mínima expresión mediante un programa de estabilización diseñado y ejecutado por el Estado.

Únicamente de esta manera el valor nominal y real de la moneda nacional guardará una relación proporcional más uniforme; por lo que el nominalismo como sistema monetario recién será adecuado para los propósitos de la justicia que persiguen cada una de las transacciones dinerarias, incluso cuando son de tipo moratorio.

Dentro de este contexto la indexación es solamente un paliativo que puede atenuar los efectos negativos de la secuela inflacionaria, pero de ninguna manera es la solución más aceptable y definitiva del problema; toda vez que en el fondo los ajustes monetarios son un recurso técnico para convivir con la inflación y no están dirigidos a combatirla o reducirla.

Nada más que una economía con inflación mínima puede garantizar la justicia de las deudas dinerarias morosas en función de sus montos nominales (13).

Pero mientras el Estado intervenga en la economía mediante la implantación de un plan de estabilización -que normalmente dura años- es recomendable la indexación de los valores, incluso de los que corresponden a las deudas dinerarias morosas, con la finalidad de lograr un remedio que de alguna manera se aproxime a la justicia.

En cambio si el Estado no lleva a cabo el referido programa de estabilización, cualquier fórmula indexatoria simplemente estará alimentando el mantenimiento o peor aún el incremento de la inflación con todas las injustas repercusiones que deben soportar los agentes económicos que tienen entre sí deudas dinerarias morosas.

b) Justicia Social

Como puede apreciarse la indexación en sí misma no es buena o mala para los hombres. Todo depende si va acompañada o no de la intervención del Estado para revertir la tendencia inflacionaria que perjudica a los contratantes que contraen compromisos dinerarios, sobretodo cuando los deudores se encuentran en situación de mora.

Si el Estado aplica un plan de estabilización económica, las fórmulas indexatorias hacen posible que se mantenga o que en todo caso no disminuya significativamente la oferta del crédito por ejemplo.

De esta manera se cuenta con un canal de financiamiento para que las personas necesitadas contraigan deudas dinerarias con la finalidad de poder adquirir ciertos bienes y servicios muchas veces elementales.

Por otro lado el referido plan de estabilización permite el mantenimiento o progresivo incremento del poder adquisitivo de los salarios haciendo posible que los deudores morosos se encuentren en condiciones reales de pagar sus deudas -incluso indexadas- por encontrarse en situación de mora.

Asimismo los acreedores se verán hasta cierto punto no afectados en sus márgenes de ganancia por estas operaciones financieras, evitándose de esta manera la dolarización de la economía, la fuga de capitales al exterior o la realización de actividades puramente especulativas.

Pero no podemos pensar que de esta manera se alcanza un bienestar social. Mas bien de lo que se trata es de evitar un mayor grado de empeoramiento de las condiciones de vida de los contratantes.

Estos son los términos de vigencia de la justicia social que debido a los períodos inflacionarios reduce sus objetivos en procura de alcances muy modestos.

Esta clase de justicia ya no vela por la realización de las personas y por tanto de la comunidad. Mas bien se preocupa por las fórmulas o medios que eviten un mayor decaimiento de la calidad de vida humana.

Gracias a los préstamos indexados muchos deudores, sean o no morosos, podrán adquirir medicinas y evitarán el empeoramiento de su salud física, pero este logro en modo alguno puede calificarse como un evento que permite la realización personal y grupal de este sector de la población.

Del mismo modo cuando los acreedores reciben el pago de una deuda morosa indexada simplemente están recuperando parte de su patrimonio, muchas veces sin ningún margen normal de lucro que les permita tener una mayor capacidad real de inversión o gasto con relación a la fecha que concedieron el préstamo.

En este sentido no estamos de acuerdo cuando se afirma que la indexación de las deudas dinerarias, sean o no morosas, permite la realización del conjunto de la comunidad (14).

Nos parece que para la justicia individual la indexación resulta un medio que permite en muchos casos recuperar en parte las posibilidades económicas del acreedor perjudicado por la depreciación monetaria. En cambio para la justicia social tanto los prestamistas como los deudores recurren a la indexación para evitar un mayor decaimiento de sus condiciones de vida.

Por otra parte la conocida relatividad de la justicia individual permite comprender que la justicia social tampoco es absoluta.

En las épocas inflacionarias y aún en medio de un proceso de estabilización económica -que siempre tiene marchas y contramarchas - hay diferentes grados de perjuicio económico tanto para los agentes financieros como respecto de los deudores morosos; el quid está en reducir al mínimo estos efectos negativos.

Por esta razón en doctrina se sostiene por ejemplo que tanto el acreedor como el deudor moroso deben participar equitativamente soportando las secuelas negativas que ocasiona la inflación (15).

Efectivamente la depreciación monetaria perjudica tanto al capital de los acreedores como la remuneración de los deudores, sean o no morosos.

Entonces la justicia social reclama una indexación de las deudas dinerarias pero que no se reduzca a la mera aplicación de los índices estadísticos.

Al monto que resulte matemáticamente calculado debe reducirse un monto proporcional al grado con que el acreedor tiene que absorber las secuelas negativas de la inflación.

c) Seguridad Versus Justicia

Ya sabemos que en las sociedades modernas normalmente predomina el principio de seguridad por encima de la justicia. Por ejemplo en el Derecho contemporáneo se tiene que la ley obliga aunque se le ignore, la sentencia con autoridad de cosa juzgada es inmodificable o toda ley es irretroactiva.

En este sentido también sabemos que toda deuda dineraria que se encuentra en situación de mora genera en principio solamente los intereses legales con la tasa exacta que fija el BCR, sin importar los mínimos grados de oscilación del valor de la moneda en las épocas de estabilidad económica.

Pero en ciertos períodos históricos las sociedades deben anteponer - excepcionalmente- el principio de justicia por delante de la seguridad jurídica. El problema entonces se reduce a saber en qué casos puede darse preeminencia al valor de la justicia.

Siguiendo esta línea de pensamiento se sostiene que si el grado de deterioro de la justicia adquiere un alcance generalizado a nivel social entonces debe preferirse antes que la seguridad (16).

Si las oscilaciones del valor de la moneda nacional son cada vez más amplias y afectan los capitales y salarios del promedio del habitante nacional entonces nos parece que la justicia social debe prevalecer sobre la seguridad económica.

Estos son los momentos para recurrir a la indexación de las deudas dinerarias morosas que eviten la descapitalización de los agentes financieros y las prácticas especulativas de los deudores inescrupulosos.

Es verdad que la indexación de esta clase de deudas no está regulada expresamente por la mayoría de los sistemas jurídicos y que mas bien es proclamada por una doctrina y jurisprudencia poco uniforme en sus criterios de aplicación.

De este modo las personas en el mejor de los casos pueden saber que estas deudas morosas se incrementarán en valores nominales, pero sin poder determinar a priori el monto exacto de estos aumentos, en perjuicio de la seguridad económica.

Así las cosas, de hecho, se aientan expectativas inflacionarias que pueden alimentar una mayor depreciación monetaria, en perjuicio del conjunto de la sociedad.

Sin embargo nosotros nos preguntamos ¿Los precios dejarán de aumentar notablemente si no hay una norma jurídica que de modo expreso regule la indexación de las deudas dinerarias, incluso morosas?

En el fondo pensamos que en la medida que el Estado implemente un programa de estabilización económica que incluya, por ejemplo, dispositivos legales sobre la indexación de las deudas dinerarias morosas; entonces habrá una seguridad sobre las reglas de juego que disminuirán considerablemente el margen de las mencionadas expectativas inflacionarias.

No se trata pues de preferir excluyentemente la justicia social para dejar de lado toda consideración económica. Mas bien el punto central radica en el grado de combinación de ambos principios.

Si un programa de estabilización incluye el factor indexatorio para ajustar los precios inclusive de las deudas dinerarias morosas está satisfaciendo las exigencias de la justicia social.

Si, además, esta decisión gubernamental se implanta mediante normas legales expresas entonces la seguridad y capacidad de predicción de los agentes económicos sobre el monto aproximado de sus deudas dinerarias morosas será mucho mayor, aunque nunca absoluta.

En suma la justicia social debidamente complementada por la seguridad legal y económica puede constituir la fórmula teórica más apropiada para enfrentar desde el punto de vista ético los problemas que ofrece la depreciación monetaria cuando se trata de las deudas dinerarias morosas.

d) Sistema Monetario

Con razón se ha señalado que el sistema monetario de un país comprende diversos aspectos de carácter real, temporal, espacial e intersistemático (17).

En otras palabras un sistema monetario no se reduce al tratamiento aislado del valor del dinero. También considera ciertas relaciones entre el valor de la moneda y un conjunto de variables que siempre concurren en cada caso concreto, a saber: La calidad del prestamista (banca oficial, banca «informal»); duración del crédito (corto, mediano, o largo plazo); lugar del préstamo (ciudad, campo); calidad del prestatario (persona natural, empresa, etc.); políticas macroeconómicas de orden presupuestario, cambiario, etc.

En definitiva lo que nos interesa resaltar es que - de hecho- todas las variables influyen en la determinación del valor del dinero. Dentro de este orden de ideas es fácil comprender que todo intento que procure sistematizar este conjunto de relaciones en función del valor de la moneda tiene que inspirarse en ciertos principios éticos.

De este modo un sistema monetario debe comenzar por organizarse a partir de ciertas preguntas tales como ¿Sería justo el cómputo de intereses legales sin importar los meses que demora el deudor en devolver el capital prestado? ¿Puede ser justo que esta clase de intereses se fijen sin considerar los niveles de pobreza y recesión económica que afectan a los prestatarios?

Nos atrevemos a pensar que una deuda dineraria morosa será justa en la medida que guarde una adecuada relación con todas las variables antes señaladas y que el grado de ponderación que éstas merezcan dependerá de las particularidades de cada sociedad, así como de la orientación ideológica del gobierno de turno que tenga a su cargo la administración de la moneda.

Por otra parte la doctrina agrega que si nos encontramos en medio de economías inflacionarias la introducción del procedimiento indexatorio no debe responder a exigencias de tan solo alguna de las variables que conforman un sistema monetario. (18)

Definitivamente cualquier fórmula indexatoria determinada tiene que elaborarse en función de los diversos elementos que influyen en el valor de la moneda nacional.

Además nótese que son las economías caóticas las que requieren precisamente de alternativas indexatorias para reinstaurar de alguna manera la razonabilidad de las relaciones entre todas las variables que conforman el sistema monetario de un país.

En la medida que esta responsabilidad sea mayor; nos encontraremos frente a un régimen monetario y económico más justo por lo menos en el corto plazo; aún cuando ya sabemos que esta justicia será más consistente a mediano y largo plazo en la medida que se logre una verdadera estabilidad monetaria que permita un sostenido crecimiento económico.

Desde esta perspectiva la indexación de las deudas morosas no debe poner atención exclusivamente en la mera actualización matemática del valor nominal de un capital prestado y aún no devuelto.

También tiene que considerarse los meses transcurridos durante el período moratorio, o la posibilidad real de pago por parte del deudor que bien puede medirse en función de los niveles de los salarios reales del trabajador o del grado de recesión económica que provoca la falta de liquidez de importantes sectores empresariales, etc.

Al final de cuentas la justicia social es la que exige que un sistema monetario se organice o adapte considerando la complejidad de todos los elementos que se deben tener en cuenta.

Entonces cuando se introduce la indexación, incluso en las deudas dinerarias morosas, debe conferírsele un tratamiento delicado, acorde con la justicia social, de modo tal que el sistema monetario en su conjunto ofrezca un régimen que respete las condiciones mínimas de subsistencia de los acreedores y deudores.

CITAS

(1) Silberstein, Isidoro.- «Indexación en el Derecho Argentino y Comparado». En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976 , pág.21

(2) Vigo, Luis.- «justificación Etica de la Indexación». En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 308

(3) Alvarez Gardiol, Ariel.- «Resumen de la Ponencia de la Comisión de Filosofía y Sociología del Derecho». En : Indexación en el Derecho Argentino y comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 297.

(4) Vigo, Luis - Op, cit., pág 308

(5) Bonet Correa, José.- «Las Deudas del Dinero». Madrid, Ed. CIVITAS, 1981, pág. 28

(6) Ibid.- Pág , 106

(7) Gurfinkel de Wendy, Lilian.- «Depreciación Monetaria». Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1977, pág. 33

(8) Gaspari, Raúl.- «ponencia disidente en la Comisión de Filosofía y sociología del Derecho». En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 299.

(9) Vigo, Luis.- Op. cit., pág. 309

(10) Vigo, Luis; op. cit., pág 309

(11) Mosset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón; Vallespinos, Carlosd.- «Deudas de Valor y Dinerasias». En : Indexación en el Derecho Argentino y comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 115.

(12) Casiello, Guillermo.- «La Letra de Cambio y el Juicio Ejecutivo». En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág 513.

(13) Alvarez Gardiol, Ariel; op. cit., pág 296

(14) Vigo, Luis; op. cit., pág. 309

(15) Bonet Correa, José; op. cit., pág 36

(16) Alvarez Gardiol, Ariel; op. cit., pág 298

(17) Ciuro Caldani, Miguel.- «La Indexación en el Derecho Int al Privado Argentino y Comparado». En : Indexación en el Derecho Argentino y comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág.337

(18)Ibid., pág. 337.

CAPITULO II

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Luego de las reflexiones filosóficas que acabamos de concluir nos toca comenzar el estudio propiamente jurídico acerca de la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

Una primera aproximación al Derecho nos obliga a partir de ciertas consideraciones de orden constitucional que son útiles para comprender el rol que juegan la persona humana y el Estado en materia de indexación.

Llama francamente la atención el escaso interés que exhibe la doctrina sobre este tema. En todo caso el presente capítulo procura llenar, aunque sea en parte, este vacío.

A) Derechos Humanos

Los juristas más renombrados de nuestra época postulan de manera unánime que todo sistema jurídico debe construirse a partir de los Derechos Humanos.

Por ejemplo el profesor José Castan Tobeñas afirma que estos derechos son fundamentales «y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder y autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante en su ejercicio a las exigencias del bien común».

A continuación estudiaremos ciertos Derechos Humanos que se deben tener en cuenta para elaborar un régimen normativo más apropiado con relación a la revaluación de las deudas morosas.

1) Derecho a la Vida

En el num. 1º del art. 2º de nuestra Constitución vigente se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida.

Para precisar un poco mejor esta idea conviene tener en cuenta el num. 15 del mismo art. 2º ya citado, según el cual toda persona tiene derecho a alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia.

Autores nacionales precisan que un nivel de vida adecuado quiere decir que toda persona tiene derecho a la alimentación, salud, vivienda, vestido, trabajo, educación, cultura y recreación para sí y su familia (3)

En suma el derecho a la vida no consiste sólo en el rechazo a la muerte forzada. Mas bien se trata de un derecho vinculado al mínimo nivel de bienestar que toda persona humana, conjuntamente con su familia, debe gozar y que nadie puede socavar.

De manera muy lúcida se ha sostenido que en buena cuenta estos derechos a la alimentación, salud, etc. representan intereses vitales para todo ser humano, aún cuando intervengan en negocios patrimoniales en calidad de contratante (3).

Entonces nos preguntamos ¿Como juegan estos intereses vitales con relación al acreedor y deudor si este último ha sido constituido en mora respecto de una obligación dineraria?

La doctrina clásica contesta que el interés del deudor se encuentra protegido en virtud de principios tales como : no hay prisión por deudas, son inembargables los elementos imprescindibles para subsistir como en el caso de los instrumentos de trabajo, remuneraciones, etc. (4).

Estas respuestas tienen dos graves limitaciones. Por un lado se ignora el interés del acreedor. Por otra parte no hay un pronunciamiento sobre el problema central que es la vinculación entre los intereses vitales de los contratantes y el pago moroso de una obligación dineraria

De cualquier manera lo que nos preocupa muy especialmente es el análisis de este problema cuando se aplica de por medio una fórmula indexatoria.

Sobre el particular no hemos encontrado mayores referencias en la doctrina. Sin embargo es posible ensayar ciertas reflexiones que nos parecen pertinentes.

Comenzaremos por los intereses vitales del acreedor. Al respecto la primera cuestión que debemos dilucidar es si en medio de un proceso inflacionario existe alguna razón constitucional que justifique la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

Nosotros pensamos que una norma de rango constitucional que declara el derecho a la vida y a un nivel mínimo de bienestar en favor de toda persona humana simplemente está fijando objetivos que todos debemos tratar de alcanzar.

¿Cuáles son los medios para aproximarnos a estas finalidades tan loables? Por de pronto este es un asunto que escapa del ámbito estrictamente constitucional.

En el caso concreto de una deuda dineraria morosa que no llegue a experimentar ninguna revaluación ¿No se atenta contra el derecho a la vida del acreedor si recibe en pago una suma nominal fuertemente perjudicada por un proceso inflacionario?

Frente a esta suerte de atentado contra el derecho a un mínimo de bienestar del acreedor sólo cabe pensar en algún remedio que le permita recuperar - aunque sea en parte - cierta capacidad económica para satisfacer sus necesidades más elementales.

Es en estas circunstancias que -teniendo en cuenta los preceptos constitucionales antes citados- resulta virtualmente apremiante pensar en la revaluación como un medio capaz de mantener o en todo caso recuperar un determinado nivel de capacidad de compra que resulta vital para cualquier acreedor que recibe en pago cierta suma correspondiente a una deuda dineraria morosa.

Ahora bien tan importante como fijar estos principios acerca de la revaluación, también resulta decisiva la fórmula indexatoria que se aplique en cada caso, pues debe ser la apropiada para lograr una protección más razonable respecto de los intereses vitales del acreedor.

No cabe permitir la utilización de un mecanismo indexatorio incapaz de reducir significativamente la pérdida del poder de compra del titular del crédito, al extremo que se ponga en peligro el derecho a la vida propia y de su familia.

Además el art. 72 de nuestra Constitución vigente dispone que «Toda persona tiene el deber de vivir... con respeto a los derechos de los demás...» por lo que el deudor moroso está comprometido a guardar consideración respecto al derecho a la vida del correspondiente acreedor.

De esta manera el deudor moroso tiene que colaborar en la búsqueda de una fórmula indexatoria que satisfaga razonablemente los intereses vitales del referido acreedor.

Ahora nos toca analizar todos estos problemas pero pensando más bien en el derecho a la vida del deudor. Por de pronto cabe señalar que, en cualquier caso, estos intereses tienen que prevalecer sobre cualquier otra consideración de carácter jurídico.

En este sentido, aún cuando un deudor quede constituido en mora respecto de una obligación dineraria, no pierde por esta circunstancia su calidad de persona humana con pleno derecho a un mínimo de bienestar.

Incluso en el supuesto de la referida deuda acuse alguna revaluación simplemente se estaría comprometiendo mucho más el patrimonio del deudor, razón por la cual cabría preservar con mayor énfasis el derecho a la vida del obligado al pago.

En efecto en medio de procesos inflacionarios que muchas veces van acompañados de ciclos de recesión económica se debe tener en cuenta una circunstancia harto especial.

Lo más probable es que el índice que se utilice en la fórmula para indexar la deuda morosa resulte muy superior al índice de ajuste de las remuneraciones o rentas que, en general pueden obtener este tipo de deudores.

En este contexto de crisis económica se torna más precaria la situación del obligado al pago con relación a la posibilidad de satisfacer sus necesidades más elementales y para estar en capacidad de pagar la integridad de sus pasivos indexados.

Es en estas circunstancias tan delicadas que el derecho a la vida constituye tanto un límite ante la magnitud de los referidos pasivos, como una convocatoria a la buena fé del acreedor para llegar a un acuerdo humanamente razonable sobre la modalidad de pago de la deuda revaluada que corresponda.

Ciertamente nos estamos colocando en casos extremos en donde los deudores morosos pueden llegar a verse seriamente privados de la satisfacción de sus necesidades más elementales. Entonces el dinero adicional que obtengan mediante donaciones, préstamos, etc. que les permita cubrir sus gastos de alimentación, salud, etc. no puede ser objeto de cobranza legal por parte del acreedor, ni siquiera por la vía coactiva.

Frente a estas situaciones la deuda indexada seguirá vigente pero deberá llegarse a una suerte de renegociación con el acreedor de buena fé respecto a la graduación de su monto con relación a la particular situación del obligado; así como también tendría que discutirse la modalidad de cumplimiento de la prestación debida, mediante fórmulas de aplazamiento y/o fraccionamiento del pago por ejemplo.

En suma, frente a una deuda indexada, el derecho a la vida del deudor moroso no cuestiona la existencia de sus pasivos pero sí condiciona su magnitud y los términos de pago en función del respeto de los intereses vitales antes señalados.

Mas bien si se trata de un deudor moroso que no tiene problemas para satisfacer sus necesidades mas apremiantes, entonces queda a salvo su derecho a la vida y, por tanto, no tendría asidero constitucional su eventual pretensión de disminuir el monto de la deuda revaluada o variar las condiciones para cancelarla

Por otra parte estamos convencidos que tan importante como fijar los principios acerca de las posibilidades y límites de la revaluación de este tipo de obligaciones, tambien es decisivo llegar a concebir la fórmula indexatoria más adecuada para cada caso.

Por ahora nos basta reiterar que -efectivamente- el monto indexado a que haya lugar debe ser humanamente posible de ser pagado según las particularidades circunstancias personales y familiares del obligado.

Estas afirmaciones adquieren un tono más categórico si recordamos que los Derechos Humanos son irrenunciables. De este modo, aún cuando el propio deudor moroso acepte una deuda indexada cuyo monto resulta desproporcionado con sus posibilidades humanas de pago, no creemos que el Derecho sea capaz de tolerar un caso así, pues se estaría propiciando un vejámen a la dignidad humana.

Nuevamente debemos de volver a recordar que de conformidad con el art. 72 de la Constitución de 1979 uno de los deberes fundamentales de las personas es el respeto a los derechos de los demás, razón por la cual el acreedor tiene que respetar el derecho a la vida del deudor moroso en los términos ya señalados.

Solo nos resta analizar dos casos muy especiales que merecen un comentario aparte . En primer lugar hemos encontrado que un sector importante de la doctrina española sostiene que los deudores morosos no se liberan de la obligación dineraria a su cargo, aún cuando acusen plena insolvencia debido a su propia negligencia. Tampoco quedarían liberados de la responsabilidad civil contractual si ocurren hechos inevitables e imprescindibles de orden físico o legal que llegasen a limitar la capacidad de pago del obligado (5).

Nosotros estamos de acuerdo con esta clase de afirmaciones pero nos parece muy importante agregar que aún en estos casos -independientemente que la deuda morosa de encuentre indexada o no- el obligado al pago mantiene incólume la calidad de persona humana con todo el derecho para exigir que se respeten sus intereses con las características que ya hemos señalado anteriormente.

En segundo lugar un sector influyente de la doctrina argentina considera que de conformidad con el art. 1069 del Código Civil de este país, modificado por la ley 17711- la atención a las necesidades de subsistencia familiar del obligado pueden atenuar o disminuir el consiguiente monto indemnizatorio cuando se trata de actos ilícitos .

Entonces, añaden, es necesario inferir que en supuestos tales como la responsabilidad contractual, sobretodo cuando el deudor se ha comportado con dolo, no cabe que se le ofrezcan consideraciones humanitarias o familiares (6).

Sobre el particular compartimos plenamente el criterio de agravar la responsabilidad contractual cuando el deudor moroso ha obrado con dolo, aún cuando se haya revaluado la obligación dineraria a su cargo.

Sin embargo siempre debemos tener presente el consabido límite constitucional del respeto a los intereses vitales del deudor dispositivo legal de menor jerarquía.

Dentro de este orden de ideas pensamos que más adecuada es la interpretación sistemática del art. 1069 del Código Civil argentino que nos llevaría a buscar su necesaria concordancia con los preceptos de la Constitución de la República Argentina sobre el Derecho Humano a la vida.

En resumidas cuentas cuando se dilucida la posibilidad de disminuir el monto de la deuda revaluada habrá que adoptar una posición predominantemente negativa debido a la conducta dolosa del deudor moroso.

Sin embargo cualquiera que sea la suma definitiva por cancelar, siempre deben considerarse las posibilidades humanas de pago respecto del deudor moroso, en los términos antes estudiados.

2) Derecho de Propiedad

Este es un tema que tradicionalmente se asocia a la idea de las facultades o poderes que tienen los hombres sobre los objetos corpóreos.

En este sentido se afirma que •La propiedad clásica está pensada en función de cosas tangibles ...suceptibles de tradición, de posesión física propia de una sociedad de mercado para intercambiar mercaderías ... Pensamos que la idea central de esta propiedad clásica es que está referida a la tierra, casa, ganado, granos, cultivados en el campo y objetos fabricados en el taller (7)

Dentro de este orden de ideas no se advierte mayor preocupación sobre la propiedad del dinero; probablemente porque cada unidad física de moneda o billete siempre se ha usado como medio de intercambio y no como objeto de uso permanente.

En otras palabras dentro de una mentalidad propia de una sociedad de consumo, la primera impresión que se tiene es que la unidad física de moneda o billete solo sirve para comprar inmediatamente mercaderías y no para que permanezcan guardadas mucho tiempo en el bolsillo; a menos que se trate de una reliquia numismática.

La importancia de la propiedad sobre los objetos corpóreos tales como casas, automóviles, medios de producción, etc., ha merecido que esta institución jurídica quede consagrada como un Derecho Humano.

Incluso si repasamos la constitución del Perú de 1979 advertiremos que no cuenta con dispositivos que expresamente declaren la inviolabilidad de los Derechos Humanos; excepto el art. 125 que -por supuesto- se refiere al derecho de propiedad (8).

Inclusive los textos de las constituciones modernas -como es el caso del citado art. 125 de nuestra Carta- normalmente dedican todo un artículo especial al tema de la expropiación que, en buena cuenta, siempre se ha concebido como la venta forzada de un bien corpóreo a favor del Estado.

En todo caso lo que nos interesa resaltar es que los conceptos jurídicos de propiedad, confiscación y expropiación siempre se han referido básicamente a los objetos corpóreos de uso permanente y no tanto al dinero en sí.

Es interesante señalar que el referido art. 125 de la Constitución de 1979 trata del derecho de propiedad en general, mientras que el art. 29 de la Constitución de 1933, modificado con la ley 15252, sí detallaba que este derecho bien podía ser de corte material, intelectual, literario o artístico (9).

En todo caso ninguna de estas categorías o clases de propiedad resultan del todo idóneas para comprender dentro de sus alcances el caso «heterodoxo» de la propiedad del dinero.

Sin embargo hoy en día se vienen realizando notables esfuerzos para superar este problema. Algunos autores españoles han llegado a sostener que el dinero y su moneda son bienes muebles en la medida que pueden ser objeto de apropiación, además que son susceptibles de trasladarse de un lugar a otro.(10).

Dentro de esta concepción la propiedad del dinero se traduce en un verdadero derecho de goce y disposición, limitado por normas cambiarias, monetarias y penales (11)

Sobre el particular se ha señalado que «El dinero se concibe como un poder patrimonial abstracto que se materializa en un objeto simbólico: la moneda» (12).

En resumidas cuentas nos interesa enfatizar que actualmente se sostiene que el derecho de propiedad alcanza con plenitud al dinero, aunque con ciertas particularidades.

En este contexto se concibe el dinero como un poder jurídico de compra que se puede ejercer a través del uso de monedas y billetes.

No advertimos pues inconveniente alguno para postular que en materia de Derechos Humanos cabe perfectamente la posibilidad de pensar en el derecho a la propiedad sobre el dinero.

Una de las maneras más eficaces para proteger este tipo de derechos consiste en la revaluación de las deudas dinerarias, se encuentren o no en situación de mora; ya que de este modo la moneda continuará manteniendo un nivel de poder adquisitivo más o menos uniforme, que es lo decisivo al final de cuentas.

Toda esta moderna doctrina puede enriquecer la interpretación del num. 14 del art. 2º de nuestra Constitución vigente, para concluir que toda persona tiene derecho a la efectiva propiedad del dinero, por ejemplo.

De alguna manera estos novísimos conceptos también pueden encontrar cierto asidero legal en el Código Civil de 1984 que en su art. 923 se refiere a la propiedad como un poder jurídico sobre los bienes.

Para mantener la coherencia de estos planteamientos también resulta forzoso concluir que todo sistema jurídico moderno -como el peruano- deja abierta la posibilidad para que los particulares y el Estado diseñen las fórmulas más eficaces que permitan proteger el valor real del dinero, en procura de la efectiva vigencia del derecho de propiedad monetario.

Sobre el particular un sector muy importante de la doctrina argentina sostiene que :

- a) La depreciación monetaria perjudica el derecho de propiedad sobre el dinero.
- b) Este deterioro no indemnizado equivale a una abierta confiscación.
- c) Mas bien en virtud de los principios constitucionales sobre indemnización por causa de expropiación debe contemplarse la posibilidad de resarcir a los propietarios del dinero los daños y perjuicios sufridos por la referida depreciación monetaria (13).

En cuanto al primer planteamiento estamos totalmente de acuerdo en el sentido que la depreciación monetaria se traduce en la pérdida del poder de compra que afecta a los propietarios de dinero.

Sin embargo advertimos que todo este lenguaje parece más propio de los derechos reales, a diferencia de nuestro tema central que responde en gran medida a un punto de vista obligacional; ya que nos hemos centrado en el estudio de las relaciones entre un acreedor y deudor a partir de la configuración de una obligación dineraria morosa.

En nuestra opinión se tratan de dos perspectivas que no son excluyentes y que más bien cada una enfatiza por su lado cierto aspecto relevante de la relación jurídica que es materia de análisis.

En efecto de conformidad con el art. 923 del Código Civil de 1984 «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien ...»

¿Que sucede cuando este bien consiste en una moneda o billetes que se deprecia debido a procesos inflacionarios galopantes ?

Simplemente el titular del derecho de propiedad mantiene de modo formal una capacidad para gozar de los atributos de este derecho que, a su vez, experimenta poco a poco la pérdida de la correspondiente capacidad de ejercicio, pues esta persona con una misma cantidad de billetes o monedas podrá comprar cada vez menos mercancías.

Esta merma del poder jurídico y económico que sufre un propietario bien puede suceder cuando conserva en su bolsillo cierta cantidad de dinero que aún no gasta, o también en los casos que presta una determinada suma y el deudor constituido en mora se la devuelve con evidente retraso.

En ambos casos lo definitivo es que el propietario del dinero tiene cada vez menos posibilidades de usar este bien con evidente perjuicio respecto de su derecho de propiedad.

Por otro lado el segundo planteamiento constitucional que ofrece la doctrina argentina es que la depreciación monetaria no indemnizada equivale a una abierta confiscación.

Podemos suscribir estas afirmaciones pero queremos efectuar algunos comentarios adicionales. Recordemos que el simple despojo de la propiedad normalmente equivale a la pérdida o desplazamiento de un bien que pasa del poder del titular afectado al patrimonio del Estado o de cualquier otro tercero.

Esta situación no se configura cuando el propietario del dinero acusa una significativa depreciación monetaria. El titular de este derecho continúa conservando dentro de su patrimonio las monedas y billetes que posee de manera inmediata o mediata como sería el caso del dinero prestado al deudor moroso. Ningún tercero llega a obtener ilícitamente estos bienes muebles.

Lo que ocurre es que desde el punto de vista económico tanto la expropiación como la depreciación monetaria producen un resultado bastante parecido que se traduce en la merma del patrimonio que acusan los propietarios de dinero.

Sin embargo no debemos asimilar todos estos perjuicios económicos a la figura jurídica de la expropiación.

Mas bien nos parece que el despojo de patrimonios y la depreciación monetaria son dos modalidades de violación del Derecho Humano de Propiedad.

Nuevamente debemos señalar que estas consideraciones propias de los Derechos Reales también deben tenerse en cuenta cuando nos referimos a este mismo propietario pero con relación a la calidad del acreedor con que recibe la devolución de su dinero por parte del respectivo deudor moroso.

En efecto si este acreedor no obtiene alguna compensación por concepto de la depreciación monetaria sufrida entonces habrá experimentado una merma patrimonial bastante considerable, tal como sucede normalmente con las confiscaciones.

El tercer planteamiento de la doctrina argentina es que en estos casos la indemnización sería la solución más apropiada, por analogía con los preceptos constitucionales sobre expropiación.

Nosotros pensamos que desde la perspectiva de los derechos Humanos siempre funciona un principio según el cual producida la violación de cualquiera de los Derechos fundamentales de la persona debe procederse a la inmediata supresión de las causas que desencadenaron esta situación, tratando de volver a poner las cosas en el estado anterior a la perpetración de tales derechos.

Este es precisamente el sentido de muchas garantías constitucionales tales como la acción de Habeas Corpus y amparo que básicamente pretenden colocar a la persona perjudicada en la misma situación en que se encontraba antes de la amenaza o efectiva violación de alguno de sus derechos constitucionales.

A diferencia de la devaluación y desvalorización, la depreciación monetaria es un fenómeno típicamente económico (14) cuyo remedio -por definición- no puede encontrarse en algunas de las clásicas garantías constitucionales ya citadas.

Entonces aquel principio de volver a colocar las cosas en el estado anterior al de su perjuicio debe buscar otro camino para ser aplicado.

En el repaso de los sistemas jurídicos modernos parece que mas bien la indemnización es la figura que -en primera instancia- puede proveernos de ciertas pautas para lograr la efectiva vigencia de este principio.

En efecto la doctrina es unanime en señalar que la indemnización en general procura la reposición de las cosas al estado anterior en que sucedió el acto ilegal (15).

Por esta razón los textos constitucionales repudian la confiscación por cuanto el propietario desposeído de sus bienes no recibe nada a cambio, por lo que se queda en una situación abiertamente desventajosa con relación a su posición patrimonial anterior al acto confiscatorio.

Con esta misma lógica las Constituciones consienten la expropiación porque el propietario desposeído recibe en compensación un monto indemnizatorio que -al menos teóricamente- restablece su nivel patrimonial original.

Dentro de este orden de ideas la indemnización también parece apropiada para resarcir a los propietarios o acreedores de una cierta suma de dinero que sufre los estragos de la depreciación monetaria.

Los planteamientos constitucionales en materia de indemnización favorecieron en Argentina el desarrollo de una rica doctrina de corte civilista que, por ejemplo, con relación a las deudas dinerarias morosas postuló la necesidad de su resarcimiento en el entendido que solo se lograría este propósito si se llegaban a aplicar los intereses legales sobre el capital indexado (16).

De esta manera el acreedor que recibe la devolución tardía de su dinero se encontraría con el mismo poder de compra con relación a la fecha que el deudor fué constituido en mora.

Además de esta manera se llegó a entender que los intereses legales calculados compensaban efectivamente al acreedor perjudicado con relación a los intereses financieros que seguramente desembolsó en favor de los bancos para contar con el capital efectivo que el deudor no le devolvió dentro del plazo estipulado.

En suma, el propietario del dinero o, lo que es lo mismo, el acreedor perjudicado termina recuperando el valor real de su capital comprometido, así como el dinero que desembolsó efectivamente a los bancos por concepto de intereses financieros; cumpliéndose plenamente el objetivo de reponer las cosas al estado anterior de sus perjuicios.

Sin embargo la más reciente doctrina argentina va dejando de lado las concepciones predominantemente civilistas sobre la indemnización en materia contractual.

En su reemplazo se aprecia la adopción del Derecho Monetario que -ciertamente- recoge muchos principios de la doctrina clásica sobre indemnización civil, pero los reprocessa en función de los principios monetarios (17).

En todo caso por ahora nos basta señalar que esta nueva concepción del problema sobre las deudas dinerarias morosas puede y debe recoger sin ninguna dificultad los planteamientos que estamos desarrollando con relación al Derecho Humano a la propiedad.

Por otra parte también es muy importante analizar los deberes fundamentales de las personas, sobretudo del deudor moroso.

Recordemos una vez más que el art. 72 de nuestra Constitución establece que toda persona tiene el deber de respetar el Derecho de los demás.

En este sentido el deudor moroso tiene que respetar el derecho de propiedad del acreedor que se perjudica por la depreciación monetaria.

Una de las maneras de cumplir este deber es mediante la revaluación de la deuda dineraria para que el acreedor mantenga a salvo la propiedad de su moneda frente a los embates del proceso inflacionario que padece.

b) Rol del Estado

Seguidamente vamos a estudiar el papel que desempeña el Estado frente a las deudas morosas que sufren un considerable proceso de depreciación monetaria.

Sin embargo antes de comenzar nuestro análisis debemos exponer dos apreciaciones muy importantes. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la doctrina más avanzada recién se está valiendo del Derecho Monetario para desarrollar toda una teoría sobre la inflación.

Nosotros nos identificamos plenamente con este esfuerzo, pero en el presente capítulo nos limitaremos a investigar únicamente el rol del Estado en el caso específico de la mora del deudor cuando media, claro está, la pérdida del valor real del dinero.

En segundo lugar tengase en cuenta que nuestra preocupación central radica en el texto constitucional como punto de partida para conocer las posibilidades y limitaciones del Estado para intervenir en el tratamiento de las deudas dinerarias morosas que venimos estudiando.

1) Evolución Histórica

Como es sabido durante el siglo XIX el Estado fué concebido con funciones restringidas. La regla era el pleno respeto a la iniciativa privada pura y simple en todo el quehacer social; mientras que -por excepción- al Estado se le encargaron básicamente las tareas de velar por la salud pública, educación y defensa nacional.

En el plano netamente económico el rol del Estado se limitaba a intervenir en aquellas actividades que el sector privado no podía hacerlo, como es el caso de la construcción de carreteras, puertos, etc.

En lo que toca a los negocios privados prácticamente todo quedaba librado a la voluntad de los contratantes.

Por tanto en medio de procesos inflacionarios cada persona tenía que ver por su cuenta la mejor manera de aminorar los perjuicios que acarrecaba el envejecimiento de la moneda.

Un acreedor cualquiera no tenía más remedio que recurrir al Código Civil para pactar una cláusula penal, la indemnización del daño ulterior o los intereses compensatorios superiores a los intereses legales para verse protegido -aunque sea en parte- con relación a las pérdidas ocasionadas por la depreciación monetaria en los casos que el deudor cancelaba con atraso la obligación a su cargo.

En frente a estas situaciones el Estado en su conjunto brillaba por su ausencia de un modo casi total.

En cambio durante el siglo XX se aprecia mas bien la concepción del Estado Social de Derecho que promueve una mayor intervención del fisco en la vida social para procurar el bienestar general (18).

Esta nueva concepción política, a su vez, ha dado lugar al desarrollo de un modelo económico auspiciado por los neoliberales y que se conoce como la Economía Social de Mercado que, dicho sea de paso, ha sido recogido por el art. 115 de nuestra Constitución.

En doctrina se sostiene que los puntos básicos de este modelo son: a) Libre juego de las fuerzas del mercado. b) Deben evitarse las restricciones a la libre competencia. c) El Estado debe abstenerse de intervenir en la economía, salvo para aliviar la suerte adversa de los perjudicados por la competencia. d) Debe frenarse la inflación mediante la regularización de la emisión monetaria y evitando el déficit fiscal de donde surge aquella (19).

En virtud de este último punto se propone la dinamización de la intervención del Estado que habrá de traducirse en una serie de decisiones fiscales cuyos efectos repercutirán en la situación concreta de las deudas dinerarias morosas.

Los consiguientes perjuicios que sufren los acreedores de esta clase de obligaciones ha dejado de ser un problema exclusivo del Derecho Privado.

Ahora es muy importante considerar el rol que -de conformidad con las constituciones neoliberales como la nuestra- tiene que desempeñar el Estado frente a estos casos específicos.

2) Función Administrativa

Acabamos de apreciar que los teóricos de la Economía Social de Mercado propician fundamentalmente la intervención del Poder Ejecutivo para luchar contra la inflación.

En efecto se piensa que la solución definitiva de este tipo de problema económico debe pasar por la correcta adopción de medidas de carácter monetario y presupuestal cuya administración compete en gran parte al Gobierno Central.

Por estas razones comenzaremos nuestro análisis a partir del estudio de la función administrativa del Estado y su vinculación con el caso muy particular de las deudas dinerarias morosas.

a) Política Económica

Definitivamente la inflación es un problema económico que sólo con medidas de esta naturaleza es posible resolver de raíz.

En este orden de ideas se sostiene que existen hasta tres corrientes de opinión sobre la manera más adecuada para combatir la inflación : a) Mediante la estabilización del dinero b) A través de la estabilización del nivel de precios. c) Gracias al equilibrio de la actividad económica (20).

Si bien es cierto que la inflación se traduce en la depreciación del dinero, son pocos los que piensan que la solución de este problema radica exclusivamente en lograr la estabilidad del dinero.

Para la gran mayoría de pensadores -incluso neoliberales- la solución de este problema de dimensiones macroeconómicas se logra mediante la implementación de una serie de medidas que rebasan el campo puramente monetario y tienen que ver con el recorte del gasto público, etc.

Por esta razón se advierte que -en la práctica- predomina la segunda posición referente a la necesidad de estabilizar el nivel de precios.

Ahora bien lo que nos interesa resaltar es que en el caso de las deudas dinerarias morosas el problema inmediato consiste en la depreciación del capital comprometido por el acreedor.

Sin embargo hay que considerar también la caída de ciertos precios tales como el salario real de los trabajadores por ejemplo, para apreciar debidamente la capacidad de pago de los deudores.

Gracias a esta visión de conjunto podemos advertir que las deudas antes señaladas no consisten exclusivamente en un problema de depreciación monetaria y que más bien se acusa la presencia de otros factores económicos que de modo directo o indirecto tienen que ver con la solución definitiva que se persigue.

Todas estas consideraciones tienen importantes consecuencias de orden constitucional. La experiencia histórica nos demuestra que el propio Presidente de la República secundado por las autoridades inmediatas como por ejemplo, el Ministro de Economía son los primeros en llevar adelante todo un programa de lucha contra la inflación que incluye una serie de medidas no solo monetarias, sino también de carácter presupuestal, salarial, etc.

Normalmente el objetivo prioritario de estos planes económicos apunta a lograr una estabilidad de los precios. Dentro de este contexto ¿Puede autorizarse la revaluación de las deudas dinerarias morosas en la medida que - por el resultado- experimentan un incremento en relación a su valor nominal original?

En otras palabras si la meta inmediata es disminuir progresivamente el aumento de precios ¿Tiene sentido que, a la vez, se incremente el monto total de las deudas antes señaladas, a consecuencia de haberse practicado la indexación correspondiente ?

Si, por ejemplo, el 1º de Marzo de 1990 el gobierno de turno adopta todo un conjunto de medidas que consisten en la eliminación de subsidios que, a su vez, se traducen en el aumento de los precios controlados -sobretudo de la gasolina- a parte de la puesta en marcha de otras disposiciones de orden monetario, presupuestales, etc. ¿Tendría sentido que se permita la revaluación de las deudas dinerarias morosas?

Por el resultado un deudor terminaría devolviéndolo mucho más dinero del que recibió en préstamo, a parte de los mayores intereses legales -calculados sobre el capital ajustado- que también tendría que cancelar.

Para resolver el problema planteado debe tenerse en cuenta que dentro de una economía neoliberal se asume que solo el valor de mercado expresa el verdadero precio de una mercadería, razón por la cual deben eliminarse preferentemente los subsidios para que los precios se eleven a su nivel normal.

Del mismo modo se entiende que el valor real del capital comprometido por los acreedores se mide en función de su poder adquisitivo; razón por la cual si suben los precios de los bienes y servicios también debe ajustarse en igual proporción el monto del referido capital¹

Tal como sostienen los partidarios de la lucha contra la inflación mediante la estabilización del verdadero nivel de precios, lo decisivo es perseguir la acomodación del valor del dinero a los índices de los precios establecidos con arreglo a una fecha histórica que se toma como base, de manera que al variar el valor del dinero en paralelo con la modificación de precios reales se puede salvar y garantizar la estabilidad en el contenido real de las obligaciones y contratos a largo plazo y, en general, llegar a un equilibrio económico a través del tiempo (21).

De tal modo que desde el punto de vista estrictamente económico no solo es posible sino necesario que los programas de estabilización contemplen la posibilidad de revaluar las deudas dinerarias morosas.

Por otro lado desde la perspectiva constitucional nuestro razonamiento debe partir del inc. 3º del art. 211 de la Constitución vigente en virtud del cual el Presidente de la República dirige la política general del gobierno y por tanto es quien lidera la puesta en práctica de cualquier programa de estabilización económica.

¿Existe algún límite jurídico para el diseño y ejecución de un plan como el recientemente señalado? Desde un ángulo principista nos parece que el gobierno que diseña esta clase de proyectos para luchar contra la inflación siempre debe tener en cuenta el necesario respeto a los derechos fundamentales de las personas, tal como se desprende del art. 1º de la Constitución.

Por tanto cuando se discute la posibilidad que los capitales comprometidos se ajusten a la par que la elevación de los precios en buena cuenta se está protegiendo el derecho de propiedad sobre el dinero y el derecho a la vida del acreedor.

De igual modo cuando se evalúa la posibilidad de indexar los sueldos por ejemplo, en el fondo se está tratando de presevar el derecho a la vida del deudor moroso.

En todo caso lo que nos interesa resaltar es que estos derechos constitucionales así conceptualizados mas que un límite frente al Estado parecen una exigencia al gobierno de turno para que adopte un programa de estabilización económica que necesariamente debe regular también la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

b) Política Monetaria

En este campo también encontramos toda una evolución del pensamiento constitucional que nos ayudará a comprender en su exacta dimensión el rol interventor del Estado en materia monetaria y su necesaria vinculación con las deudas que venimos estudiando.

Durante el siglo XIX predominó la teoría del valor neutral del dinero, según la cual lo importante era el valor nominal de la moneda, el mismo que -por definición- no podía estar sujeto a los vaivenes de los fenómenos económicos reales (22).

Dentro de esta concepción -propia de una economía de mercado- se pensaba que en todo caso cualquier variación en el valor real de la moneda representaba un problema intrascendente que sería automáticamente corregido por la «mano invisible» del propio mercado (23).

En el siglo XX más bien se pasa a concebir que la moneda es un elemento que está estrechamente vinculado con otros factores económicos.

Sobre el particular se sostiene que «El punto de partida es el de la absoluta inestabilidad de la moneda y como es el elemento más dinámico en la economía moderna, su función influye en la marcha del ciclo que se forma con el consumo, ahorro, la inversión y la ocupación y empleo» (24).

Esta nueva concepción sobre la interdependencia de la moneda refuerza la posición de muchos de los economistas que proponen luchar contra la inflación a partir de la estabilización del nivel de precios.

En efecto los seguidores de esta posición defienden la llamada teoría cuantitativa en virtud de la cual «El nivel de los precios está en función de la cantidad de dinero en circulación, siendo suficiente controlar su cuantía y, eventualmente, su velocidad de circulación para mantener dichos precios (25).

Como puede apreciarse -en el terreno económico- se tiene que el diseño de cualquier sistema monetario moderno capaz de luchar eficazmente contra la inflación no puede reducirse tan solo a contemplar el factor de la emisión monetaria y nada más, pues también debe incluir entre el ordenamiento de sus variables los niveles de precios de las mercancías.

Por otra parte todas estas concepciones han estado acompañadas de un nuevo modelo constitucional que se conoce como el «Estado Social de Derecho» según el cual la intervención estatal debe procurar el bienestar de la comunidad.

La participación del Estado en la administración de la moneda por ejemplo, se aprecia como un servicio público más; toda vez que el grado de emisión de dinero influye decisivamente en el nivel de los precios lo que, a su vez, afecta el consumo y, por tanto, repercute en el nivel de bienestar de la población.

Tal como sostiene la doctrina y jurisprudencia argentina ya no se trata de defender el valor neutral de la moneda, ni tampoco los exclusivos intereses del Estado.

Por el contrario el fisco debe procurar un sistema monetario que busque el bienestar colectivo; como es el objetivo de cualquier otro servicio público controlado y dirigido por el Estado (26).

Ahora bien dentro del constitucionalismo moderno se encuentra muy en boga el modelo de la «Economía Social de Mercado» que encarga específicamente al Banco Central de Reserva el custodio de la estabilidad del valor real del dinero, a través de sus decisiones sobre la emisión monetaria que, según los defensores del neoliberalismo, es el remedio decisivo para prevenir o luchar contra la inflación (27).

Al igual que el resto de las principales constituciones latinoamericanas, los arts. 148 y 149 de nuestra Carta recogen la mayoría de estos planteamientos en la medida que reconocen la especialidad del Banco Central para regular la moneda y defender la estabilidad del dinero.

Sin embargo adviértase que nos encontramos frente a una facultad expresa, pero no excluyente. En otras palabras el Banco Central es el principal -aunque no exclusivo- órgano estatal encargado de regular ciertos aspectos del sistema monetario que son muy importantes.

Recordemos que -en principio- el Presidente de la República dirige la política económica y, por tanto, monetaria; sobretodo en los casos que se pretende luchar contra la inflación de precios.

En cambio el Banco Central asume parte de esta función pública, administrando determinados aspectos del sistema monetario tales como la emisión de dinero o incluso la regulación de las tasas de los intereses financieros.

Con relación a este último punto es muy importante resaltar que -por ejemplo el citado art. 149 de la Constitución del Perú- también encarga al Banco Central la función (pública) de regular el precio del dinero mediante la fijación de las tasas de intereses por operaciones pasivas, activas, así como el nivel de los intereses legales.

Por último nos parecen importantes todas estas cuestiones constitucionales de carácter general porque sirven para comprender que el Banco Central interviene al menos de dos maneras en la suerte o destino de las deudas dinerarias morosas.

Por un lado esta participación se evidencia mediante el dictado de políticas sobre la emisión monetaria que -por afectar a los precios- influyen indirectamente en el mayor o menor grado de variación del valor real del dinero lo que, a su vez, determina la necesidad o no de ajustar el capital comprometido en esta clase de obligaciones.

Por otra parte el Banco Central también ejecuta políticas crediticias aumentando o disminuyendo las tasas de los intereses legales que, por ejemplo, en virtud del art. 1242 del Código Civil peruano tienen la calidad de intereses moratorios; razón por la cual su indexación de oficio -ajustando dichas tasas a la par que la inflación- afecta directamente la posibilidad de ajustar el capital comprometido por el acreedor.

En suma así como el prestamista y el deudor moroso tienen un interés directo en determinar el monto final de la deuda dineraria por pagar, el Banco Central -mediante el ejercicio de su función pública en materia monetaria y crediticia- también tiene el interés que dicho monto calculado sea razonable para dejar a salvo el bienestar económico que corresponde a todo contratante privado y, por tanto, a un sector significativo de la población general.

3) Función Normativa

A continuación vamos a investigar las posibilidades y limitaciones que tiene el Estado para normar la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

a) Necesidad de Legislación Expresa

En las épocas de estabilidad económica no tiene mayor sentido discutir sobre la revaluación de capitales dinerarios debido a que éstos siempre conservan un determinado poder adquisitivo mas o menos uniforme.

De igual modo tampoco es necesaria la presencia de alguna legislación especial sobre la indexación de las deudas. Parecen suficientes los dispositivos del Código Civil sobre intereses moratorios, cláusula penal, indemnización del daño ulterior, etc. para que los particulares cuenten con las pautas necesarias que faciliten la solución de sus eventuales conflictos en los casos que una obligación dineraria se paga de modo extemporáneo.

En cambio en las épocas de creciente inflación surge la duda sobre la necesidad de una legislación especial que establezca pautas fijadas acerca de la revaluación de capitales.

Este es un asunto que ha sido discutido principalmente por la doctrina argentina. La posición minoritaria se manifiesta en contra de la expedición de la referida normatividad por las siguientes razones :

- a) Habría contradicción, pues se restringiría el ejercicio de una jurisdicción constitucional
- b) La ley así expedida crearía mayor incertidumbre pués el juez podría considerarla irrazonable o inequitativa en su aplicación.
- c) Se provocaría la estabilidad del proceso de emergencia; cuando mas bien debe tener vigencia transitoria.
- d) En otros países una ley de este tipo estimularía un proceso inflacionario (28)

En cuanto al primer argumento no creemos que una ley especial sobre indexación de las deudas dinerarias por ejemplo, implique una restricción al ejercicio de la función judicial.

La experiencia histórica en Argentina demuestra que en un primer momento los particulares recurrieron al Poder Judicial para zanjar sus diferencias; estimulando la formación de ciertas corrientes de jurisprudencia sobre diversos aspectos muy puntuales que correspondían a este tipo de obligaciones.

Posteriormente la doctrina recogió estos criterios específicos y pasó a elaborar toda una teoría jurídica sobre este tema, llegando al punto de proponer sendos proyectos de normas legales dedicadas al establecimiento de una serie de criterios fijos sobre la revaluación de las referidas deudas.

Incluso en estos proyectos se reconoce la facultad judicial de disminuir el monto de las deudas indexadas para que se adecúe a la verdadera capacidad de pago del deudor moroso y como ésta hay otras situaciones en las cuales se deja en manos del juez la última palabra para resolver ciertos aspectos de detalle (29)

Desde esta perspectiva el ejercicio de la función judicial promueve la posterior reacción normativa que por definición -aunque establezca criterios fijos- siempre es susceptible de diferentes interpretaciones debiendo preferir el magistrado la posición que considere más justa y razonable para el caso que debe resolver.

El segundo argumento acerca de la ley expedida crearía mayor incertidumbre porque el juez podría considerarla irrazonable o inequitativa en su aplicación, también nos parece poco convincente.

Acabamos de apreciar que esta clase de dispositivos recojen precisamente las pautas fijas de revaluación que han sido desarrolladas por la propia jurisprudencia con criterio de justicia y razón.

Además en el supuesto extremo que el juez, aparentemente, no tenga más remedio que resolver algún detalle de revaluación conforme a una norma específica que considera injusta, siempre tiene la posibilidad de obrar con criterio de equidad para decidir en un sentido diferente del previsto por la ley expresa.

El tercer argumento señala que una norma especial sobre revaluación provocaría su vigencia permanente, cuando más bien tendría que ser de carácter transitorio.

Más que una razón en contra de la referida normatividad parece ser la preocupación sobre un aspecto técnico que se debe resolver a nivel legislativo.

Ya sabemos que sólo cuando el gobierno de turno pone en práctica un plan de estabilización económica tiene sentido autorizar y legislar la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

Esta clase de programas tiene etapas que se extienden normalmente al corto y mediano plazo. Hasta entonces conviene mantener la legislación sobre indexación.

Pero si ya han vencido las etapas previstas por el plan y se ha cumplido el objetivo de reducir la inflación a su mínima expresión, entonces las originales medidas económicas para combatir la depreciación monetaria ya no tendrá razón de ser, lo mismo que la referida normatividad sobre la revaluación.

Entonces recién procedería la derogación de toda la legislación expedida en materia de indexación.

El cuarto y último argumento afirma que una ley sobre la revaluación estimularía un proceso inflacionario.

Estamos frente a planteamientos fuera de lugar porque lo que se viene discutiendo es si conviene o no la existencia de una ley que regule con detalle los diversos aspectos que encierra toda indexación

Además ya hemos estudiado con debida profundidad que desde el punto de vista económico y constitucional cualquier programa cuyas medidas pretendan acabar con la inflación puede y debe incluir criterios precisos sobre la revaluación de capitales comprometidos en las deudas dinerarias morosas.

Como ya hemos examinado la posición que no acepta la expedición de una ley especial sobre la indexación, ahora nos toca analizar la corriente de opinión contraria.

Un sector mayoritario de la doctrina argentina está de acuerdo en la conveniencia de dictar esta ley (30).

Las principales razones que avalan esta postura son : a) Habría mas certidumbre por el carácter general de la norma, en procura del orden público.

b) En la jurisprudencia hay criterios disímiles sobre ciertos puntos.

c) Se permitirá la viabilización de políticas económicas (31).

Creemos que estas razones son lo suficientemente claras como para quedar exonerados de cualquier comentario adicional.

En definitiva nos parece que en las épocas en las cuales la depreciación de los capitales comprometidos en negocios jurídicos causa un malestar social cada vez más generalizado, entonces se torna necesaria la expedición de una ley que regule los medios para resolver estos problemas.

b) Límites del Ambito de la Ley

También se discute acerca de la necesidad de expedir una ley general o mas bien dispositivos sectoriales sobre la indexación que nos preocupa.

La experiencia histórica en Argentina nos demuestra que pueden formularse hasta tres alternativas diferentes para superar este dilema.

Inicialmente la reacción estatal se tradujo en la expedición de leyes sectoriales que, a su vez, se distinguieron en dos grupos :

a) Normas que disponen la revaluación sin necesidad de requerir la previa existencia de la mora, tal como sucede con la Ley 21242 sobre el precio de las locaciones y la Ley 19978 creadora de valores nacionales ajustables.

b) Dispositivos que aceptan la revaluación en los casos de mora del deudor como ocurre con la Ley 21235 sobre locaciones urbanas o la Ley 21369 referente a tributación.

En aquellos tiempos se pensó que en lugar de una ley general era preferible un dispositivo para cada sector; con la finalidad de adecuar el procedimiento de la revaluación a las condiciones especiales de carácter económico y social que rodean a los destinatarios de estas normas (32).

Es interesante señalar que actualmente el Perú también cuenta con normas sectoriales sobre indexación en materia de alquiler de inmuebles, sueldos y salarios, así como respecto del pago de impuestos con retraso, etc.

Con posterioridad la doctrina argentina formuló propuestas de alcance más general, sugiriendo la modificación de ciertos dispositivos del Código Civil argentino; como por ejemplo con relación al art. 619 sobre el nominalismo y el art. 622 referente a los intereses moratorios (33).

Los seguidores de estos planteamientos entendieron que con estas reformas quedarían sentados los principios sobre la revaluación de las deudas dinerarias -con o sin mora del deudor- que tendrían que ser respetados por el resto del ordenamiento legal del país; salvo la existencia de los dispositivos sectoriales antes señalados.

Nuestra impresión es que inicialmente la inflación en Argentina afectó algunos sectores económicos muy sensibles que obligaron a la expedición de una inmediata legislación sectorial, como es el caso de la revaluación por concepto de pago atrasado de impuestos.

Pero en la medida que el proceso inflacionario extendía sus nocivos efectos sobre el resto de los sectores económicos del país se llegó al un punto de malestar social generalizado que motivó la propuesta de la reforma del propio Código Civil.

En nuestra parte ya hemos señalado que en el Perú recientemente autores como el Dr. Manuel de la Puente sostienen que la revaluación de las deudas morosas encuentran asidero legal en las disposiciones del Código Civil sobre indemnización.

Por último cabe señalar que a partir de la década del ochenta la anterior postura de la doctrina argentina se viene transformando en la convicción sobre la conveniencia de expedir una legalización general e independiente del Código Civil que establezca las reglas de la revaluación -aunque no exista mora del deudor- que acompañada de las leyes sectoriales antes citadas - vendrían a conformar el cuerpo legal del joven Derecho Monetario.

c) Aplicación en el Tiempo de la Ley

En el supuesto que entre en vigencia una ley sobre la indexación de las deudas dinerarias morosas surgen una serie de interrogantes sobre la procedencia de su aplicación en función del factor temporal.

Este es un tema que, hasta donde sabemos, ha sido discutido en parte tan solo por la doctrina uruguaya a propósito de la expedición de la ley 14500 que introdujo en ese país la revaluación de las deudas que venimos analizando.

Este dispositivo no establece la indexación respecto de la depreciación del capital que ha ocurrido entre la fecha de nacimiento de la obligación y el momento en que vence el plazo para su pago.

Más bien se regula la revaluación desde la obligación es exigible hasta cuando se extingue mediante el pago.

Dentro de un esquema como el que acabamos de exponer encontraremos varios puntos que merecen un comentario aparte.

En primer lugar nos parece incuestionable que una ley como la propuesta no surte ningún efecto respecto de las deudas morosas ya canceladas en su totalidad antes que comience su vigencia.

En el Perú por ejemplo el art. III del Título Preliminar del Código Civil recoge la teoría del Derecho cumplido y establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (en la fecha que entra en vigencia la norma).

Como la doctrina es unánime en reconocer que el pago es una de las modalidades para extinguir la relación obligacional, entonces cuando este vínculo desaparece ya no puede ser objeto de regulación por parte de ningún dispositivo legal posterior.

Por tanto quien tuvo la calidad de acreedor no podría exigir en el terreno legal que se le abone -adicionalmente- un monto de dinero determinado por concepto de revaluación.

En segundo lugar tampoco puede discutirse que los alcances de la referida ley comprenden a las obligaciones que nazcan en el futuro y que serán objeto de un pago extemporáneo por parte del deudor moroso.

Por último tenemos que examinar el caso intermedio de las obligaciones ya nacidas pero que recién con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley son objeto de un pago retrasado.

Sobre el particular pensamos que la ley debe aplicarse a los créditos exigibles en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si antes de regir la ley 14500 la obligación original ya tenía la calidad de crédito exigible.

b) Si después de entrar en vigencia la ley recién la obligación original se convierte en crédito exigible.

En el Perú por ejemplo toda una interpretación de este tipo guardaría coherencia con el citado art. III del Título Preliminar del Código Civil según el cual la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Por otra parte la doctrina uruguaya ha discutido si la ley 14500 podía aplicarse a las deudas dinerarias cuyo pago se venía persiguiendo mediante un pleito judicial en pleno trámite.

Al respecto debemos anotar que la ley 14500 establece una indexación de capitales pero circunscribe su ámbito de aplicación únicamente a las deudas exigibles cuyos pagos son requeridos mediante un proceso judicial.

La primera reflexión que se plantea consiste en afirmar que la revaluación de esta clase de deudas y su correspondiente normatividad son temas sustantivos y no procesales.

Desde esta perspectiva se entiende que la ley 14500 ha tomado el pleito judicial únicamente como elemento de referencia para delimitar los alcances de la puesta en práctica de la indexación y nada más (34).

En cuanto a la polémica planteada, un sector importante de la doctrina uruguaya considera que la ley expedida no alcanza a las deudas dinerarias que son objeto de un proceso judicial que ya se encuentra en pleno trámite.

Incluso el Tribunal de Apelaciones en lo Civil del 2º Turno, mediante la sentencia N° 60 del 26 de Marzo de 1976, corrobora este criterio de interpretación.

Sin embargo hay quienes han sostenido una opinión contraria aunque no han explicado las razones que se tienen en cuenta (35)

En todo caso nosotros nos inclinamos por la segunda posición en virtud de los siguientes fundamentos :

a) La ley 14500 no parte de la fecha de nacimiento de la obligación original, sino del instante de constitución de la exigibilidad del crédito.

Por tanto no puede invocarse una suerte de «derecho adquirido» a favor del deudor para sostener que la vigencia y extinción de la obligación insoluta se rige únicamente por la legislación vigente en la fecha de su nacimiento; razón por la cual no podrían ser alcanzadas por una disposición posterior que dispone la revaluación de capitales.

b) Si una obligación dineraria se convierte instantáneamente tanto en crédito exigible como en una deuda morosa, entonces nace una obligación civil de naturaleza indemnizatoria que no debe confundirse con la obligación insoluta.

En el momento que se origina el pasivo indemnizatorio podría no haberse expedido aún la ley 14500. Sin embargo es suficiente que esta norma ya se encuentre vigente en la fecha que se hace efectiva la reparación.

Solo de esta manera puede hacerse efectiva una indemnización que verdaderamente permita al acreedor una adecuada protección con relación a la totalidad de los daños y perjuicios acaecidos.

c) Modalidades de la Ley

En todo momento hemos aludido a la «ley» que regía la revaluación de las deudas dinerarias morosas. Sin embargo cabe preguntarse si sólo mediante la ley formalmente tramitada en el Congreso es posible legislar sobre esta materia.

Por de pronto debemos advertir que instituciones como la obligación y la indemnización por concepto de responsabilidad contractual normalmente se encuentran legisladas por el Código Civil que es un dispositivo de carácter general con rango de ley.

Este es el caso del Código Civil peruano de 1984 por ejemplo, aún cuando es interesante señalar que fué promulgado no mediante una ley formal, sino a través de un Decreto Legislativo; en virtud de la delegación de facultades que previamente el Congreso otorgó al Poder Ejecutivo.

También es importante señalar que en el Perú los principales dispositivos en materia estrictamente monetaria constan en leyes formales.

Así por ejemplo el art. 33 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, modificado por la ley 23438 establece que las unidades de monedas y billetes nacionales son de curso forzoso.

De igual modo la ley 24064 dispuso que a partir del 1º de Febrero de 1985 la unidad monetaria del Perú era el Inti. Además es importante señalar que recientemente la ley 25295 ha establecido que la nueva unidad monetaria del Perú es el llamado «Nuevo Sol».

Ahora bien -atendiendo a este principio de legalidad- ¿Deberíamos sostener que una legislación especial sobre la revaluación en materia de las deudas morosas tiene que plasmarse forzosamente a través de una ley formal?

En primer lugar consideramos que los fundamentos que sirven de marco conceptual para determinar los criterios generales sobre la indexación se encuentran tanto en la Constitución como en las leyes de naturaleza civil y monetaria; tal como lo venimos demostrando a lo largo del presente capítulo.

La experiencia histórica avala esta apreciación; toda vez que en Argentina -sobretudo a mediados de la década del sesenta- se trató de sustentar la indexación en los textos constitucionales sobre la expropiación y mediante la defensa del valorismo que según algunos, estaría consagrado por el art. 619 del Código Civil

Igualmente ya hemos señalado que en el Perú hay quienes sostienen que la posibilidad de revaluar las deudas morosas debe examinarse a partir de los arts. 1336 y siguientes del Código Civil, que es donde se asienta el criterio valorista que inspira las reglas sobre la indemnización.

Por tanto únicamente en el ámbito de los dispositivos constitucionales y de las leyes formales debe centrarse la discusión de los fundamentos para aceptar o rechazar la posibilidad de revaluar las deudas que nos preocupan.

En segundo lugar pensamos que la legislación especial sobre los diversos aspectos del procedimiento para hacer efectiva la indexación solo puede expedirse cuando se entiende que tanto el ordenamiento constitucional como las disposiciones civiles y monetarias de un país aceptan la eventualidad de una indexación en materia dineraria.

Si bien es cierto que la referida legislación apunta a un tema especial; también es verdad que su alcance debe ser general; por lo que merece su tramitación mediante una ley formal u otro dispositivo de igual rango.

Efectivamente en Argentina se ha regulado el procedimiento de la indexación de las deudas morosas con relación a las locaciones urbanas mediante la ley 21235 y sobre el pago atrasado de impuestos a través de la ley 21369.

También hemos apreciado que en el Uruguay la revaluación de las deudas morosas en general ha sido normada mediante la famosa ley 14500.

En cambio en el Perú no advertimos la existencia de alguna ley formal de carácter general o sectorial que regule el procedimiento para indexar esta clase de deudas.

En la teoría constitucional, a parte de la ley formal, encontramos que la otra gran alternativa consistiría en la utilización de los Decretos Legislativos destinados a establecer las normas especiales del ajuste por inflación.

En el Perú por ejemplo, el art. 188 de la Constitución vigente permite que el Congreso delegue al Poder Ejecutivo la facultad de normar sobre las materias que señale la correspondiente ley autoritativa.

Sobre el particular un sector muy importante de nuestra doctrina sostiene que la legislación delegada no tiene carácter excepcional o extraordinario.

En este orden de ideas se afirma que el Congreso puede delegar la facultad normativa cuando lo considere conveniente al margen que el país esté atravesando o no por situaciones especiales (36)

¿Cabría la posibilidad que en las épocas en que se insinúa una inflación galopante el Congreso delegue al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre el procedimiento para hacer efectiva la revaluación de las deudas dinerarias morosas?

Nos parece que, en parte, la respuesta es afirmativa si tenemos en cuenta de modo exclusivo el requisito sobre la oportunidad en que se procede la referida delegación de facultades.

Sin embargo el problema más importante es otro: el ámbito de competencia normativa del Poder Ejecutivo.

En doctrina se sostiene que los Decretos Legislativos equivalen a una ley en sentido material; por lo que pueden normar materias propias de la ley parlamentaria. Pero la dificultad se presenta con relación a ciertas materias cuya regulación no puede delegarse por estar sometidas a la reserva de la ley parlamentaria (37).

¿El Poder Ejecutivo, mediante Decretos Legislativos, puede normar con detalle el procedimiento para revaluar las deudas morosas?

Algunos piensan que -en general- las disposiciones del Código Civil no pueden ser objeto de esta delegación de facultades (38)

Nosotros concordamos con esta posición si nos estamos refiriendo a las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil que tratan por ejemplo sobre la aplicación en el tiempo de la ley, etc.; toda vez que desde el punto de vista sustantivo se tratan de ciertos principios rectores del sistema jurídico de un país; razón por la cual estas normas tienen un rango intermedio entre la Constitución y la ley.

También estamos de acuerdo con este criterio respecto de aquellos artículos del Código Civil que establecen principios fundamentales como por ejemplo la teoría de la concepción en materia del origen de las personas, el nominalismo con relación a las obligaciones dinerarias en moneda nacional, etc.

De este modo no nos parece que el Poder Ejecutivo, mediante Decretos Legislativos, sea capaz de variar las normas que establecen los principios de la indemnización civil.

Distinto es el caso de una disposición especial sobre los detalles del procedimiento para reevaluar las deudas morosas; toda vez que se trata de una materia muy técnica que debe ser normada a la brevedad posible para que acompañe la puesta en marcha del resto de las medidas económicas que el Poder Ejecutivo dispone en un determinado momento con la finalidad de combatir la inflación.

Esta hipótesis encaja perfectamente con el temperamento de quienes sostienen que la legislación delegada procede cuando se tratan de materias técnicas, engorrosas o urgentes; siempre que las circunstancias lo aconsejen (39).

Por tanto nos parece que el Poder Ejecutivo puede normar, mediante Decretos Legislativos, los detalles del procedimiento para hacer efectiva la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

Además debemos recordar que la mencionada ley autoritativa del Congreso puede establecer los principios rectores que vendrían a conformar el marco dentro del cual el Poder Ejecutivo queda facultado para disponer las normas técnicas o de procedimientos (40).

Por ejemplo en la ley autoritativa podría señalarse la necesidad del establecimiento de normas sectoriales para que la referida indexación se adecúe a la realidad social y económica que pretende normar.

En todo caso la experiencia histórica del Perú nos demuestra que mediante Decretos sectoriales se ha regulado la indexación del monto de los tributos que se pagan con atraso; tal como se aprecia en los Decretos Legislativos 502 y 553.

Aparte de la ley formal y la legislación delegada, la última gran posibilidad que nos falta examinar son los conocidos «Decretos de Urgencia».

El inc. 20 del art. 211 de la Constitución del Perú establece que son atribuciones del Presidente de la República dictar medidas económicas y financieras, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

La doctrina más autorizada sostiene que los requisitos para que sean válidas esta clase de normas son los siguientes :

a) Debe existir una situación objetiva, grave, que exija la necesidad y urgencia de ser normada.

b) El Presidente de la República debe intervenir supletoriamente con relación al Parlamento si éste no puede actuar con la celeridad que se requiere.

c) Las medidas que se dispongan tienen que ser posteriormente ratificadas por el Congreso (41)

En cuanto a la primera condición la doctrina argentina sostiene que la gravedad económica provocada por la inflación tiene que ser semejantes a la situación de guerra prevista por el inc. 21 del art. 67 de la Constitución de ese país; que es equivalente al art. 231 de la Constitución del Perú.

También se agrega que un estado de gravedad como el que se acaba de expresar configura una situación de franca emergencia económica y financiera (42).

Entonces no es que toda inflación equivale a un estado de grave malestar económico. Si los precios se elevan muy lentamente (3% anual por ejemplo) no se cumpliría con el primero de los requisitos antes señalados.

Distinto es el caso de un proceso inflacionario agudo -creciente o decreciente- pero cuya tasa mensual supongamos que bordea el 40% ó el 700%; en cuyo caso la depreciación de los capitales que conforman las deudas dinerarias morosas sí alcanzarían niveles muy alarmantes.

En fin entre ambos extremos hay una gama de situaciones intermedias que solo la discusión política entre el gobierno de turno y la oposición definirán si el Poder Ejecutivo debe intervenir mediante el dictado de los Decretos de Urgencia para disponer con detalle la revaluación de las deudas antes mencionadas.

En definitiva nos basta señalar que si existe un convencimiento generalizado sobre la gravedad de un determinado estadio del proceso inflacionario que insta al gobierno para poner inmediatamente en marcha un programa de estabilización económica; también procedería que en el acto se recurran a los Decretos de Urgencia para normar con detalle la indexación de capitales comprometidos en los negocios.

En cuanto al segundo requisito creemos que en los casos de inflación aguda se requiere mucha rapidez en la toma de las decisiones más convenientes por parte del Estado con la finalidad de combatir los efectos nocivos de este flagelo.

Definitivamente frente a una depreciación de los capitales dinerarios que se agudiza a diario, parece que el Poder Ejecutivo es el órgano más idóneo para frontar este problema; a diferencia del Congreso donde el proceso de creación de las leyes toma tiempo.

Con relación al tercer requisito acerca de la ratificación por el Parlamento respecto a los Decretos expedidos por el Poder Ejecutivo debemos señalar que esta labor debería estar encaminada a fiscalizar si el procedimiento de revaluación tal como ha sido normado respeta los principios sobre protección al derecho a la vida y la propiedad dispuestos por la Constitución; así como los principios en materia indemnizatoria reguados por el Código Civil o la legislación monetaria correspondiente.

Desde luego si el Congreso revisa estas cuestiones fundamentales también podrían valerse de una ley formal para modificar aquellos detalles del procedimiento sobre revaluación con la finalidad de contar con reglas que respeten de modo más conveniente los principios ya enunciados.

Sin embargo considerando que una modificación legislativa como la propuesta podría generar un largo y extenso debate; resulta que esta actitud parlamentaria a lo mejor termina siendo contraproducente en vista que ya debe encontrarse en plena ejecución todo un programa económico muy coherente, dirigido por el Poder Ejecutivo para lograr la estabilidad económica.

Una salida para evitar este inconveniente puede consistir en el diálogo y acuerdo político entre el gobierno y la oposición para que el Poder Ejecutivo, a través de los decretos de Urgencia, modifique rápidamente las normas sobre revaluación que ya dictó para adecuarlas a las recomendaciones planteadas por el Congreso; velándose siempre porque las nuevas decisiones que se adopten sobre el particular guarden coherencia con el resto del programa de estabilización económica.

Se entiende que estos nuevos Decretos de Urgencia también deben ser revisados por el Parlamento. Sin embargo en el Perú normalmente este tipo de normas legales no son contradichas por el Congreso.

Esta circunstancia encuentra su explicación en el hecho que nuestra Constitución vigente ha introducido el mecanismo de los Decretos de Urgencia a partir del 28 de Julio de 1980 y desde entonces se han venido sucediendo gobiernos que han contado con una mayoría parlamentaria bastante tolerante que prácticamente no viene cumpliendo con su misión de controlar el ejercicio de esta atribución del Presidente de la República.

A la luz de la experiencia histórica peruana debemos señalar que el Poder Ejecutivo ha utilizado los Decretos de Urgencia básicamente para actualizar el valor de los alquileres respecto de los inmuebles dedicados a la vivienda; tal como se advierte en el Decreto Supremo 217-88-EF del 23 de Noviembre de 1988

En cambio, hasta donde sabemos, no se ha utilizado este mecanismo legislativo para normar la revaluación de las deudas dinerarias morosas con carácter general o sectorial.

En todo caso esta última apreciación quizás puede tener alguna explicación de carácter político; ya que desde el punto de vista constitucional nos parece que no hay ningún inconveniente para que el Presidente de la República disponga la indexación de los capitales dinerarios en los términos antes señalados.

4) Función Jurisdiccional

Desde la perspectiva histórica el Poder Judicial siempre ha sido el órgano estatal encargado de ofrecer las primeras respuestas con relación a los casos de las deudas morosas en las épocas de inflación que le tocó conocer.

En Argentina se ha llegado a sostener que probablemente la jurisprudencia ha sabido dar las soluciones más dinámicas y adecuadas sobre esta clase de problemas, en comparación con la labor realizada por el Poder Ejecutivo o el Parlamento durante los últimos decenios (43)

En el Perú sucede que la inflación recién alcanza sus niveles más alarmantes a partir de la década del ochenta; razón por la cual los procedimientos judiciales sobre deudas dinerarias morosas todavía no han dado lugar a la formación de las diversas corrientes jurisprudenciales que suelen forjarse en estas circunstancias.

Seguidamente nos dedicaremos al análisis de las posibilidades y limitaciones que ofrecen las constituciones modernas para que los magistrados puedan regular la revaluación de las deudas morosas.

a) Indexación sin ley Expresa

La primera cuestión que debemos examinar es si los jueces pueden pronunciarse a favor de la indexación de los capitales, aún cuando no exista una ley especial sobre esta materia.

La doctrina argentina contesta afirmativamente, basándose, entre otras, en las siguientes consideraciones de orden constitucional :

a) En el Preámbulo de la Constitución se sostiene que el estado debe afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común y promover el bienestar general.

b) En virtud del principio de ejecutividad de las normas constitucionales (self executing) su vigencia no puede estar condicionada a la previa expedición de las normas legales reglamentarias, tal como se desprende del art. 31 de la Constitución.

c) Debe respetarse plenamente el principio de igualdad ante la ley siempre que todos se encuentren en iguales circunstancias (44).

En cuanto al primer fundamento debemos anotar que nuestra Constitución también cuenta con un Preámbulo similar.

En cualquier caso siempre se coloca en lugar preferente la obligación del Estado de buscar la justicia entre los hombres.

El Poder Judicial -en calidad de órgano estatal- resulta la instancia apropiada para administrar justicia de manera más inmediata y directa mediante la adecuada solución de las controversias que sostienen los particulares; tal como se desprende del art. 232 de la Constitución del Perú.

Ahora bien a lo largo del Capítulo I hemos apreciado desde diversos ángulos la injusticia que envuelve el problema de las deudas morosas en las épocas de inflación.

En este terreno también afirmamos que una de las soluciones de mayor aceptación en la doctrina consiste en la revaluación de esta clase de deudas; con la finalidad de restablecer -siquiera en parte- el necesario equilibrio que debe haber entre las prestaciones a cargo del acreedor perjudicado y el deudor moroso.

Por tanto forzoso es concluir que la administración de justicia mas elemen-

tal exige a los jueces que dispongan la indexación en los términos antes expuestos; al margen de la existencia o no de un dispositivo expreso que establezca los detalles del procedimiento para hacer efectivo este ajuste.

El segundo fundamento que sostiene semejante posición consiste en el principio de ejecutividad de las normas constitucionales.

Sobre el particular debemos tener presente que el art. 80 de nuestra Constitución establece que uno de los deberes primordiales del Estado consiste en garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos.

En la parte inicial del presente Capítulo ya hemos analizado que el derecho a la vida y la propiedad del acreedor se encuentran seriamente comprometidos por la depreciación del capital adeudado, aún cuando el deudor moroso finalmente cancele la obligación a su cargo.

Si los magistrados conocen los casos donde los acreedores pretenden recuperar el valor real de sus créditos; no les queda otra alternativa que disponer la revaluación de los mismos para cumplir con su deber de garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos que resultan implicados en estas situaciones.

Ya hemos señalado en su oportunidad que la doctrina predominante avala este temperamento; entendiendo que es irrelevante que exista o no una ley especial sobre la indexación.

El último fundamento de esta exposición se basa en el principio de igualdad ante la ley que en el Perú se encuentra consagrado como un Derecho Humano en el num. 2º del art. 2º de la Constitución.

Definitivamente cuando hay épocas de estabilidad económica la situación patrimonial del acreedor es prácticamente la misma tanto en la fecha que concede préstamo como en el momento que el deudor moroso cumple con la devolución gracias a la eficacia de los intereses moratorios o la cláusula penal.

De esta manera también se encuentran obligados a respetar por igual los dispositivos del Código Civil en materia de obligaciones e indemnización.

En cambio cuando existe una inflación de por medio el acreedor se perjudica por la depreciación del capital comprometido y el deudor moroso obtiene una suerte de "ganancia" porque en términos económicos devuelve menos de lo que recibió en calidad de préstamo.

Tanto el acreedor como el deudor ya no se hallan en la misma situación

objetiva con relación a este crédito, sobretodo en la fase del pago con retraso.

Si persiguiéramos la aplicación del Código Civil en la parte que regula los intereses moratorios o la cláusula penal sin contemplar ningún tipo de revaluación, resulta que estas normas vienen a transformarse en dispositivos que terminan por privilegiar al deudor moroso.

En otras palabras estaríamos propiciando la violación del derecho a la igualdad ante la ley, en detrimento del acreedor.

Frente a casos como éstos los magistrados deben regular la indexación de la deuda para que el Derecho ofrezca igual trato a los contratantes.

Si se dispone la revaluación del capital no se establece una norma que discrimina a favor del acreedor. Mas bien lo único que se pretende es evitar que el deudor se beneficie con ganancias indebidas que la Constitución no acepta,

Para que los jueces procedan de esta manera no es necesario que exista previamente una ley que regule los detalles de la revaluación.

El margen de discrecionalidad del juez no queda totalmente abierto para que en estos casos pueda actuar con arbitrariedad.

La justicia y los Derechos Humanos nos parecen fundamentos suficientes para propiciar la intervención judicial en los términos antes expuestos; pero del mismo modo constituyen los límites que siempre se deben tener en cuenta para no rebasarlos o violarlos; de tal manera que la decisión final de los magistrados se ubique en un punto razonablemente intermedio entre los intereses opuestos de los litigantes.

b) Principio de Separación de Poderes

Hasta este momento nos hemos preocupado acerca de los fundamentos que permiten a los jueces disponer la indexación de las deudas dinerarias morosas cuando no existe una norma expresa sobre el particular.

Sin embargo también es importante comprender que este tipo de atribuciones no equivale a la suplantación del rol normativo que le compete al Congreso o el Poder Ejecutivo para regular mediante una ley especial los diversos detalles que se encuentran involucrados en cualquier procedimiento sobre revaluación de capitales (45).

Ya sabemos que desde el punto de vista histórico cuando la inflación recién

insinúa sus primeros síntomas de gravedad los acreedores recurren al Poder Judicial para que -precisamente a falta de ley expresa- se llegue a una determinada solución justa y razonable con relación a la suerte de las deudas morosas.

Adviértase que el art. VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano establece que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicarse los principios generales del Derecho.

Por tanto al observar este mandato legal los magistrados tienen que considerar el principio de ejecutividad de los Derechos Humanos a la vida, propiedad e igualdad ante la ley; así como el principio de reparación plena que informa a las normas sobre indemnización previstas en el Código Civil.

En estos casos ambos contratantes atraviesan una misma situación objetiva con relación al monto del crédito concertado debido a que gozan de los beneficios de la estabilidad monetaria.

Dentro de esta instancia histórica -frente a la pasividad o relativa indiferencia de los otros poderes del Estado- los órganos judiciales asumen un rol protagónico diseñando reglas jurídicas especiales para cada caso en que se decreta una revaluación.

Esta clase de actitudes del Poder Judicial siempre dejan abierta la posibilidad que el Congreso o el Poder Ejecutivo -en el ejercicio de sus atribuciones- pongan en marcha los dispositivos legales que fijarán con detalle el procedimiento para ajustar los capitales.

Por último ya hemos indicado que la Historia también nos demuestra que normalmente la jurisprudencia predominante sobre esta materia se rescata en las normas positivas que se expiden con posterioridad; complementándose de este modo el ejercicio de la función normativa y jurisdiccional.

CITAS

(1) Castán Tobeñas, José citado por Alzamora Valdez, Mario.- "Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona" En :La Nueva Constitución y su aplicación legal, Lima, Ediciones CIC , 1980, Pág. 20

(2) Alzamora Valdez, Mario; op. ct., pág 34.

(3) Diez Picaso, Luis.- "Libertad, responsabilidades Contractuales e Intereses Vitales del Deudor" En : Lecturas y Casos de Derecho y Obligaciones, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 125.

(4) Ibid., pág. 127

(5) Bonet Correa, José .- "Las Deudas del Dinero" Madrid, Ed. Civitas SA, 1981, pág. 22

(6) Llambías Joaquín.- "Manual de Derecho Civil" Buenos Aires, Ed. Perrot, 1985, pág 101

(7) Trazegnies Granda, Fernando de .- "La Transformación del Derecho de Propiedad" En: Rev. de Derecho N° 33 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre de 1970, pág. 91

(8) Ochoa, César.- "Economía y Constitución" En: La Constitución Peruana de 1979, Lima, Ediciones Cultural Cusco SA , 1987,pág. 673.

(9) Avendaño V., Jorge.- "Propiedad y Empresa en la Nueva Constitución" En: La Nueva Constitución y su aplicación legal, Lima, Ediciones CIC, 1980, pág. 136

(10) Bonet Correa, José; op. cit., pág 234

(11) Ibid., pág 235

(12) Ibid., pág. 22

(13) Spota, Alberto. - Lueso, José; Diez, Bernardo.- Ponencia sobre "Ubicación del Problema de la Indexación en Análisis. Su naturaleza" En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires , Ed. DEPALMA, 1976, pág. 407

(14) En doctrina se sostiene que "La devaluación es un fenómeno jurídico

por el cual disminuye el valor de una moneda en el mercado único de cambios respecto de una moneda extranjera.

La desvalorización es provocada por una decisión del poder público. Es acto legislativo que atribuye a la moneda menos valor en relación con el metal elegido como patrón y ocurre en los sistemas que conservan la conversión metálica.

La depreciación monetaria es un fenómeno económico que incide en las relaciones patrimoniales, que implica la pérdida del valor adquisitivo de la moneda en el mercado de cambio o valores".

Ver: Gurfinkel de Wendy, Lilian.- "La Depreciación Monetaria, Buenos Aires , Ed. DEPALMA SA, 1977, pág 6

(15) Hernandez Gil, citado por De la Puente y Lavalle, Manuel.- "Inflicción y los Daños y Perjuicios por Mora" Rev. justicia N° 1 , Marzo de 1990, pág. 32

(16) Ponencia de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Filial Rosario, de Lege Lata En : Indexación en el Derecho Argentino Comparado, Buenos Aires DEPALMA, pág. 73

(17) Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo.- "Derecho Monetario" Santa Fé, Rubinzol-Culzoni SCC, 1990

(18) Blancas Bustamante, Carlos.- "El Estado y la Constitución de 1979" En : Rev. de Derechos N° 35 Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Junio de 1981, págs. 9 y 10

(19) Ochoa, César; op. cit., págs. 618, 619

(20) Bonet Correa, José ; op. cit., pág

(21) Ibid., pág. 81

(22) Ahumada, Guillermo; citado por Ruiz-Eldredge, Alberto.- "La Constitución Comentada-1979" . Lima, Ed. Atlántida SA, 1980, pág.239

(23) Gual, Pedro; citado por Ruiz-Eldredge, Alberto; op. cit., pág. 239

(24) Ibid., pág. 239

(25) Bonet Correa José; op. cit., pág. 81

- (26) Gurfinkel de Wendy, Lilian; op, cit., págs. 17 y 18
- (27) Ochoa, César; op. cit., pág 616
- (28) Rouzaud, Adolfo; Diaz, Corina; Calle, Edmundo; Villagra, Salvador; Hebe, Billie; Laredo, Iris.- "Supuestos Legislativos..." En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág, 409
- (29) López Cabana, Manuel.- "La Indexación de las Deudas Dinerarias". En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, págs 98 y ss.
- (30) Moisset de Espanés, Luis; Pizarro Ramón, Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; op. cit., pág.200
- (31) Natale, Alberto; Pérez Vara, María; Dávila Clara; Aletta de Sylvas, Carlos.- "La Indexación de los Créditos ¿Cuestión jurisdiccional ó Cuestión Legislativa? En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 403
- (32) Ibid., pág. 404
- (33) López Cabana, Manuel; op. cit., pág 98 y ss.
- (34) Gelsi Bidart, Adolfo.- "Enfoque Procesal de la Ley de Actualización de Deudas" . En:Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, págs. 547 y 577
- (35) Landoni Sosa, Angel.- "El Ajuste de las Obligaciones en el Derecho Uruguayo". En :Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 599
- (36) Eguiguren Praeli, Francisco - "Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo". En : La Constitución Peruana de 1979, Lima, Cultural Cusco SA, 1987, pág 409
- (37) Ibid, pág. 411
- (38) Ibid., pág 410
- (39) Ibid., pág. 412
- (40) Ibid., pág. 411

(41) Bernales Ballesteros, Enrique.- "El Funcionamiento del Sistema Político de la Constitución de 1979, Lima, Fundación Friedrich Neumann, 1989, pág. 150

(42) Spota, Alberto; Lueso, José, Diez, Bernardo; Dávila, Clara.- Ponencia en la Comisión de Derecho Constitucional y Administrativo. En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 410

(43) Natale, Alberto; Pérez Vera, María; Dávila, Clara; Aletta de Sylvas, Carlos; op. cit., pág. 404

(44) Spota, Alberto; Lueso, José y Diez, Bernardo; op. cit., pág. 407

(45) Rouzaut, Rodolfo.- "La Indexación en el Derecho Constitucional". En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 362

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

Ahora nos toca examinar la evolución del Derecho Civil moderno, a nivel de la doctrina, legislación y jurisprudencia; con relación a la posibilidad de lograr una reparación superior de los simples intereses moratorios en atención a la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido en los períodos inflacionarios.

Solo de esta manera podemos abordar con seriedad la discusión de este problema en el Derecho Peruano.

Sobretudo en la doctrina europea hemos encontrado algunos esfuerzos que se valen de la perspectiva del Derecho Comparado para analizar el tema propuesto.

Sin embargo, hasta donde sabemos, no existe un estudio integral y profundo que se haya orientado en el sentido antes señalado.

En las páginas siguientes prestaremos atención al desarrollo de estos tópicos en cada uno de los países más representativos de Europa y Latinoamérica.

Para estos efectos analizaremos el Derecho Civil de cada nación por separado. Primero se realizará una aproximación histórica y finalmente ofreceremos un resumen que pretende apreciar de modo sistemático y comparatista el régimen jurídico referente a las deudas dinerarias morosas que atraviesan por períodos inflacionarios.

A) Francia

Como todos sabemos la burguesía desplegó un importante papel político y económico en la sociedad francesa del siglo XIX.

El afán de autoconsumo poco a poco fué sustituido por el propósito de lucro respecto de la utilización de los capitales como por ejemplo los terrenos agrícolas, la mano de obra o el dinero.

Atendiendo a esta realidad el legislador del Código Civil Francés asumió que todo poseedor de monedas o billetes se aprovechaba de ellos para adquirir mercancías o en todo caso los destinaba a ciertas operaciones económicas que



daban lugar a ganancias.

Un acreedor seguramente prestaba dinero para beneficiarse con los intereses compensatorios. Del mismo modo el deudor moroso que devolvía con retraso el capital prestado probablemente ya lo había invertido en alguna actividad empresarial o financiera para obtener beneficios económicos.

Dentro de esta lógica el acreedor se perjudica por no disponer oportunamente del dinero que prestó; quedando privado de su aprovechamiento en nuevos negocios que le hubieran reportado ganancias adicionales.

Frente a esta realidad la ley dejó librada a la voluntad de las partes la determinación de cualquier acuerdo para que el acreedor obtenga una indemnización por concepto de privación del capital, según se desprende del art. 1108 del Código Civil Francés.

Pero si no existía un pacto expreso sobre el particular entonces el Estado, a través del legislador, tenía que intervenir de modo supletorio; valorizando el correspondiente monto indemnizatorio mediante los intereses moratorios (1).

En efecto el texto original del art. 1153 del Código Civil Francés establecía que tratándose de obligaciones dinerarias los daños y perjuicios resultantes del retraso en la ejecución daban lugar únicamente al pago de los intereses fijados por la ley, salvo las normas particulares para el comercio y el afianzamiento.

En virtud de esta primitiva redacción del referido art. 1153 se llegó a sostener que en los casos de las deudas dinerarias morosas la única indemnización posible consistía en los intereses moratorios (2).

Ahora bien esta clase de intereses suelen traducirse en un determinado porcentaje que normalmente corresponde a la tasa de los intereses que el acreedor pagaría para obtener un préstamo de terceros con la finalidad de contar con una suma de dinero que le permita realizar gastos necesarios.

También se asume que los intereses moratorios equivalen a los intereses compensatorios que pudo haber obtenido el acreedor si el capital que prestó al deudor moroso mas bien lo hubiese aplicado a otro tipo de negocios. (3)

Con mayor precisión la doctrina predominante sostiene que los intereses moratorios procuran el resarcimiento de los daños y perjuicios generados únicamente por la privación del capital que sufre el acreedor.

En cambio el art. 1108 antes citado permite que los contratantes lleguen a

un acuerdo en materia indemnizatoria por cualquier concepto que bien puede dar lugar al pago por parte del deudor de una suma mucho mayor que la correspondiente a los intereses moratorios.

Los partidarios de esta posición también añaden que -en virtud de la modificación del art. 1153 del Código Civil Francés dispuesta por la ley del 7 de Abril de 1900- la otra gran posibilidad para lograr una indemnización mayor que los intereses moratorios se produce cuando el deudor incurre en mora con la actitud dolosa de causar al acreedor otros daños mayores que los derivados de la simple privación del capital (4).

Esta última regla ya había sido insinuada a inicios del siglo XIX con motivo de la discusión sobre el Código Civil Francés. En efecto el insigne Pothier sostenía que -según los dictados de la conciencia- si el deudor moroso pudo cumplir su obligación dentro del plazo y no lo hizo por actuar con dolo; entonces debe indemnizar al acreedor todos los perjuicios que concientemente ha causado; ya que en estos casos no bastan los intereses moratorios (5).

Es muy importante señalar que luego de expedido el Código de Napoleón la economía francesa atravesó por serios procesos inflacionarios que dieron lugar a una jurisprudencia que se valió de esta tesis subjetivista sobre la agravación de la responsabilidad del deudor doloso para reconocer no sólo la procedencia de los intereses moratorios con carácter exclusivo y excluyente -según se desprendía del texto original del art. 1153- sino que además se comenzó a decretar una indemnización superior o especial en atención a los daños sufridos por el acreedor debido a la depreciación monetaria (6).

En efecto a mediados del siglo XIX ya se aprecia una jurisprudencia francesa que hacía extensivo este criterio tanto a las situaciones en que el deudor moroso se comportaba con dolo como en los casos en que este sujeto había actuado con culpa.

La ley de 1900 rescató parcialmente estos fallos judiciales pues ya hemos apreciado que la indemnización superior a los intereses moratorios procede sólo cuando el deudor ha tenido una conducta dolosa.

Sin embargo a partir de este nuevo precepto legal algunas sentencias han interpretado en sentido muy lato el art. 1153, disponiendo la indemnización superior a los intereses moratorios cuando el deudor se ha comportado tan solo con culpa o en razón de las consecuencias excepcionales graves que ocasiona un pago con retraso.

En estos casos los jueces han fallado con criterio de equidad y son

resoluciones bastante aisladas que no han llegado a constituir jurisprudencia (7).

Con posterioridad se ha llegado a observar toda una reacción por parte del Poder Judicial decretando de manera uniforme la indemnización superior a los intereses moratorios tan solo en los casos que el deudor se comportó de mala fé

Otro punto de la comentada ley de 1900 que ha suscitado un interesante debate radica en los términos de la relación que debe haber entre la mora y los perjuicios.

Julliot de la Morandine sostiene que los daños deben ser independientes de la mora. En cambio los hermanos Mazeaud y Tunc defienden la posición contraria, señalando que el nuevo texto del art. 1153 dice sencillamente que basta la realización de un perjuicio diferente del que ocasiona la mera privación de capitales .

Por tanto se trata de daños que no son independientes de la mora. En otras palabras estos perjuicios encuentran su causa en la mora del deudor doloso.

Sobre el particular la Corte de Casación francesa en 1897 emitió un fallo que admite la diferencia entre el "interés derivado del retardo" y los "perjuicios emergentes de otra causa".

Autotres como Bibiloni cuestionaron este criterio sosteniendo que si el deudor no contaba con dinero, entonces no podía honrar puntualmente sus compromisos. Si esta persona no podía obtener un préstamo para cancelar su deuda era porque no gozaba de crédito ante los bancos. Si los acreedores perseguían al deudor era porque no le tenían suficiente confianza como para prorrogar la deuda. Y así de consecuencia en consecuencia se iría hasta la indemnización por el suicidio del acreedor desesperado, etc.

De esta manera el deudor terminaría respondiendo por las consecuencias mediatas y no necesarias. Es mas, en caso de culpa, esta persona también acabaría por hacerse responsable de las consecuencias que no se previeron o podían concebirse en el momento de la celebración del contrato, contrariando la regla del art. 1150 del Código Civil Francés.

Bibiloni culminó estas críticas señalando que buscar una diferencia entre los hechos no derivados del retardo y los daños originados por el retraso es simplemente un recurso verbal para responsabilizar al deudor por las consecuencias lejanas y eventuales de la falta de pago.

En definitiva nada hay que diferenciar. Lo mismo opinaba este autor con relación a la pretendida distinción entre daños comunes y extraordinarios o imprevistos (8)

Seguramente la relativa estabilidad de la actual economía francesa ha motivado que la doctrina y jurisprudencia no se preocupen mayormente por centrar el debate de todos los aspectos de la indemnización con referencía a los daños derivados por la depreciación monetaria.

En este sentido se ha llegado a sostener con acierto que en materia de las deudas dinerarias el sistema indemnizatorio francés que gira en torno a los intereses moratorios está diseñado para funcionar en medio de una sociedad que no sufre los estragos de la inflación (9)

Además en este país se afirma que -para efectos prácticos- el acreedor puede valerse del art. 1108 a fin de pactar un monto indemnizatorio lo suficientemente considerable como para recuperar la pérdida de su capital si el valor del dinero se envilece (10)

En resumen podemos sostener lo siguiente :

1) Asumiendo inflaciones y deflaciones de cualquier magnitud el Derecho -a través del art. 1108- deja librada a la voluntad de las partes la formulación de las reglas indemnizatorias más convenientes para cubrir la depreciación del capital que experimentan las deudas dinerarias morosas; siempre que se respeten las normas de orden público.

2) A falta de este pacto expreso son aplicables los intereses moratorios previstos por el art. 1153 con las siguientes características :

a) Tienen naturaleza financiera porque básicamente reflejan el precio por el uso (explotación) del dinero según el mercado monetario.

b) En la estructura de la tasa o porcentaje que corresponde a esta clase de intereses no se aprecia mayormente la consideración del factor inflacionario.

c) Por tanto la aplicación de los intereses moratorios en las deudas dinerarias morosas están diseñados para resarcir al acreedor los daños de naturaleza financiera pero no los perjuicios que acarrea la depreciación monetaria.

3) Por otra parte la posibilidad de una indemnización del mayor daño prevista por dispositivos especiales en materia de fianza y comercio fué recono-

cida desde que entró en vigencia el art. 1153 del Código Francés.

De otro lado la única norma de carácter general que permitiría el resarcimiento por concepto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero se encuentra en el texto reformado del propio art. 1153; siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Desde el punto de vista objetivo es suficiente que los daños producidos sean diferentes de los perjuicios que ocasiona la simple privación del capital.

O sea si el deudor causa tan solo daños de carácter financiero; se entiende que los intereses moratorios protegen adecuadamente al acreedor.

En cambio si los perjuicios son de naturaleza monetaria, entonces entraría en juego la eventualidad de una indemnización superior a los intereses moratorios.

b) También es necesaria la presencia del requisito de carácter subjetivo que ocurre cuando el deudor cumple con retraso la obligación a su cargo con el deliberado propósito de perjudicar al acreedor para que reciba una suma de dinero con menor poder adquisitivo.

En otras palabras una indemnización superior a los intereses moratorios sólo es posible si llega a cumplirse el requisito de orden subjetivo consistente en la conducta dolosa del deudor.

B) Alemania

En la Edad Media se aprecia que en ciertas ciudades alemanas los contratantes acordaban que si el deudor incurría en mora se generaba la obligación de indemnizar mediante el pago de los correspondientes intereses moratorios.

El acuerdo de la Asamblea Imperial de 1600 señaló para el mutuo unos intereses moratorios del 5% y la indemnización del daño mas elevado que hubiera podido producirse.

Estos criterios fueron seguidos por los Derechos particulares y el ALR que es el Derecho Territorial General para los Estados Prusianos según constan en las respectivas Actas del 5 de Febrero de 1794.

Incluso se sostiene que la regla del Derecho Alemán sobre los intereses moratorios influyó en la redacción del art. 1153 del Código Civil Francés.

En todo caso lo importante es comprender que las prácticas contractuales y los antecedentes ya vigentes por muchos siglos en la sociedad germana fueron rescatados por el art. 288 del BGB que, a letra, dice lo siguiente : "Una deuda dineraria produce durante la mora un interés del cuatro por ciento anual. Si el acreedor puede exigir por otra causa jurídica intereses más altos, éstos han de continuar pagándose.No está excluída -la posibilidad- de hacer valer un daño mayor". (11)

En este sentido los civilistas de la primera época tales como Paech, Heymann, Oertmann, Enneceurs y Lehmann sostienen que el deudor moroso debe indemnizar al acreedor todos los años.

Maydell afirma que los intereses moratorios representan la modalidad más ordinaria de la indemnización. Sin embargo -agrega- con posterioridad a la constitución de mora del deudor pueden ocurrir no solo daños financieros sino otros perjuicios de distinta naturaleza que también afectan al acreedor; tal como sucede cuando no se dispone de fondos para sufragar ciertos gastos personales de primera necesidad (12)

Dentro de este orden de ideas la doctrina alemana ha llegado a sostener que en las épocas de inflación el deudor moroso debe responder, entre otros daños, por la depreciación monetaria que experimenta el capital comprometido por el acreedor.

Este criterio ha sido corroborado por la jurisprudencia germana. Luego de la Primera Guerra Mundial el RG decretó que si el deudor hubiese cumplido oportunamente con la obligación a su cargo entonces el acreedor habría invertido el dinero recibido en negocios o la compra de alguna moneda extranjera; de manera tal que este capital quedaba protegido contra la inflación (13).

Al respecto podemos apreciar dos etapas muy definidas. Inicialmente el acreedor tenía que probar que podía haberse defendido de los embates de la depreciación monetaria mediante la conversión de la suma adecuada a moneda extranjera por ejemplo.

Pero muchos litigantes abusaron de esta amplitud para llevar a cabo la prueba. Por esta razón Nussbaum negó la posibilidad de la reparación total de los daños causados por el pago con atraso realizado por el deudor.

Cuando la inflación aumentó, la Corte de Alemania admitió los daños abstractos; la falta de pago oportuno se consideró en sí misma como la causa de los daños que debían indemnizarse, dentro de los cuales tenían que estar considerados de manera indiscutible los perjuicios derivados de la depreciación

monetaria (14).

Con mucho acierto se ha sostenido que en rigor no se tratan de jurisprudencias contrapuestas; sino de resoluciones judiciales que responden a diferentes situaciones históricas y económicas.

En efecto cuando la inflación en Alemania ha sido relativamente baja, entonces resultaban poco significativos los perjuicios monetarios alegados por cualquier acreedor común y, por tanto, era sumamente cuestionable atender la pretensión de una indemnización por este concepto, salvo prueba en contrario.

En cambio cuando la inflación ha registrado niveles altos, generando un malestar social grave y generalizado; los jueces han recurrido a la consideración abstracta sobre el automático perjuicio que genera el pago extemporáneo de una obligación dineraria. De este modo el acreedor que se comportaba como demandante quedaba liberado de la consiguiente carga de la prueba (15)

En suma puede afirmarse lo siguiente :

1) Al igual que el Derecho Francés, la legislación alemana siempre ha permitido que los particulares acuerden voluntariamente una indemnización que cubra, por ejemplo, los perjuicios causados por la depreciación monetaria que afecta a las deudas que se pagan con retraso.'

2) En ausencia de esta cláusula penal podemos advertir varias situaciones :

a) De conformidad con los Códigos Civiles de ambos países la regla general es que los intereses moratorios -en principio- reparan los perjuicios de carácter financiero sufrido por el acreedor.

b) En cuanto a la posibilidad de una indemnización superior a los intereses moratorios podemos apreciar una importante coincidencia.

En efecto el Código Francés en materia de fianza por ejemplo y el art. 670 del BGB sobre el mandato incluyen una regla que de modo expreso reconoce la reparación del "daño mayor".

Por otro lado si analizamos las normas de carácter general relativas a las deudas dinerarias morosas advertiremos que ambos ordenamientos jurídicos tienen muchas diferencias.

En primer lugar el texto original del art. 1153 del Código Civil Francés de 1804 excluía cualquier posibilidad de una reparación mayor que los intereses moratorios. En cambio la redacción original del art. 288 del Código Civil Alemán

de 1900 sí llega a consentir esta eventualidad.

En segundo, lugar tanto el citado art. 1153 reformado por una ley de 1900 como el propio art. 288 del BGB se remiten -en principio- al criterio objetivo del daño extrafinanciero para autorizar una reparación superior a los intereses moratorios.

Sin embargo solamente la legislación francesa toma en cuenta de modo expreso un requisito adicional de carácter subjetivo; la conducta dolosa del deudor.

En tercer lugar advertimos que en medio de procesos inflacionarios el rol de la jurisprudencia se ha dirigido en diferentes direcciones.

Por una parte la amplitud del art. 288 del BGB sobre los alcances de la indemnización de las deudas dinerarias morosas determinaron que la discusión judicial para decretar el resarcimiento por concepto de la depreciación monetaria no se haya centrado en el plano legislativo.

Mas bien los debates forenses se han dirigido a la consideración de los criterios de carácter concreto y abstracto para apreciar los daños de naturaleza monetaria.

Por otro lado las restricciones impuestas por la legislación francesa para autorizar una indemnización superior a los intereses moratorios incentivaron el desarrollo de una discusión entre los magistrados sobre la posibilidad de una interpretación extensiva del art. 1153 tantas veces citado.

En este sentido los jueces han discutido sobre la consideración de los criterios de dolo y culpa para calificar la conducta del deudor moroso que daría lugar a la indemnización por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

C) Italia

Durante el medioevo Juan Moledano desarrollo la teoría del daño emergente, mientras que Pablo Castrense se preocupó por el lucro cesante.

Estos planteamientos coincidían en la necesidad de la probanza de la mora y del daño o lucro perdido. Tan importantes ideas gozaron de gran aceptación en la Rota de Florencia y las demás Rotas laicas, incluyendo la propia Rota Romana.

Sin embargo la jurisprudencia comenzó a exonerar al acreedor del requisito

de la prueba en ciertos casos especiales del comercio marítimo y cuando se trataban de los intereses moratorios con relación a las deudas dinerarias impagas.

El Cardenal de Luca relata que estas excepciones tuvieron gran acogida en la mayoría de los tribunales católicos en Europa.

Este autor precisa que en pleno siglo XVII era pública y notoria la práctica consistente en la utilización del dinero con el propósito de lograr la mayor ganancia posible, incluso por parte de la Iglesia y el personal religioso.

De este modo resultaba francamente innecesario el trámite de la probanza de los perjuicios financieros para decretar la procedencia de la aplicación de los intereses moratorios.

Esta doctrina -debidamente avalada por la jurisprudencia predominante- influyó decisivamente en la formulación de los Códigos Civiles de 1865 y 1942.

Por tanto cuando el deudor incurre en mora puede presumirse que :

a) El acreedor queda privado del aprovechamiento de su dinero si lo hubiese recibido oportunamente (lucro cesante)

b) El deudor continuará explotando este dinero ajeno obteniendo un determinado margen de ganancia.

En ambos casos se entiende que los intereses moratorios tienen que representar la presunta utilidad que se deriva de la explotación normal y ordinaria de los capitales dinerarios.

Este es el sentido del art. 1224 del Código Civil de 1942 que dispone lo siguiente : "En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aún cuando no se debieran anteriormente y aún cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño.

Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.

El acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios".

Por su parte la doctrina ha planteado que la posibilidad de una indemnización superior a los intereses moratorios se presentan en los siguientes casos

1) Obligaciones mercantiles reguladas por ciertas leyes especiales.

2) Obligaciones en materia de fianza.

3) Obligaciones sobre Sociedades

4) Cláusula Penal

5) Si el deudor moroso actuó de mala fé y el retraso en el pago de la obligación principal privó al acreedor de alguna utilidad, aún cuando no era previsible.

También se encontraría comprendido el caso de un deudor que actúa de buena fé siempre que el indicado retraso haya privado al acreedor de ciertas utilidades especiales que podían ser previstas.

6) Si el deudor moroso realiza actos positivos que causan un daño efectivo al acreedor.

A nosotros nos interesa muy especialmente todo lo relativo a la 5ª consideración. Para lograr un mejor entendimiento sobre esta materia conviene tener en cuenta la conocida distinción entre el daño común y el daño propio.

En efecto se sostiene que el cumplimiento del requisito objetivo de la constitución de mora del deudor es suficiente para que exista la obligación de reparar los daños comunes (perjuicios financieros) a través del pago de los correspondientes intereses moratorios.

En cambio atendiendo a la calificación subjetiva acerca de la buena fé con relación a la conducta del deudor se gradúa la extensión de la indemnización superior a los intereses moratorios; la misma que debe abonarse en atención a los daños propios que -por definición- tienen que ser otros perjuicios diferentes de los que se derivan por la mera privación del capital.

Sin embargo la doctrina y jurisprudencia no siempre han reproducido estas fórmulas con exactitud, en los tiempos más recientes.

En efecto una primera corriente sostiene que existe una suerte de pacto tácito que fundamentaría el derecho del acreedor a percibir una indemnización superior a los intereses moratorios que deben ser equivalente a los daños especiales que pudieron ser fácilmente previstos por el deudor.

En este sentido no puede tildarse de postura a favor de la usura y la ilegalidad la defensa de una indemnización superior a los intereses legales.

Otra corriente de opinión que goza prácticamente de una aceptación unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia plantea que la referida indemnización adicional procede cuando el deudor -además de estar obligado al pago de cierta suma- también se había comprometido a dar un determinado empleo al dinero, en interés del acreedor (16).

De cualquier modo lo que nos interesa resaltar es que para un sector muy importante de la doctrina italiana es posible resarcir un daño mayor y diferente del simple perjuicio financiero con la finalidad de lograr una verdadera indemnización integral mucho más congruente con los principios valoristas.

En virtud de este razonamiento la doctrina y jurisprudencia italiana han entendido que la depreciación monetaria es un daño ajeno a los intereses financieros y, por tanto, constituye una razón importante para considerar una reparación suplementaria que permita al acreedor la recuperación de la pérdida del poder adquisitivo del capital comprometido (17).

A modo de conclusión podemos indicar lo siguiente :

1) A semejanza de la legislación Francesa y Alemana, en el Derecho Italiano se permite que a través de la cláusula penal el acreedor pueda percibir un monto indemnizatorio superior a los simples intereses moratorios para quedar suficientemente protegido con relación a los perjuicios que acarrea la depreciación monetaria que afecta a las deudas que se pagan con retraso.

En ausencia de este mecanismo caben varias posibilidades, a saber :

a) En primer lugar entra en juego la ya conocida regla general de los intereses moratorios para resarcir al acreedor con relación a lo que la jurisprudencia italiana llama "daños comunes" que vienen a ser los perjuicios derivados de la simple falta de disposición oportuna del capital, tal como sucede en el ordenamiento francés y alemán.

b) En cuanto a la eventualidad de una indemnización superior a los intereses moratorios puede sostenerse lo siguiente :

La legislación italiana, al igual que el Derecho Francés y Alemán, tiene normas especiales en materia de comercio y fianza que reconocen de modo expreso la posibilidad de una reparación por concepto del daño mayor.

El Código Italiano, a semejanza de la ley alemana, cuenta con un dispositivo que de manera expresa y con carácter general contempla la indemnización superior a los simples intereses moratorios, sin limitar esta posibilidad al caso del deudor que ha incurrido en mora con el deliberado propósito de causar perjuicios al acreedor.

Sin embargo la diferencia estriba en que el BGB no alude directamente a la necesidad de la probanza en juicio de esta clase de perjuicios, mientras que el Código Italiano sí exige que el acreedor acredite el daño sufrido.

Ahora bien en cuanto al concepto de estos perjuicios adicionales el Derecho Francés, Alemán e Italiano a través de su teoría de los "daños propios" coinciden en señalar que los daños experimentados por el acreedor tienen que ser diferentes de los derivados de la falta de disposición oportuna del capital comprometido.

Al igual que la jurisprudencia francesa y alemana, los magistrados italianos se han valido de la doctrina de la indemnización del "daño mayor" para decretar el pago de un monto que cubra suficientemente la depreciación monetaria experimentada por las deudas dinerarias morosas; toda vez que este tipo de perjuicios son bastante diferentes de los que se derivan de la simple falta de disposición oportuna del capital por parte del acreedor.

D) España

En la época moderna siempre se ha pensado que la mora se traduce en una falta de disposición oportuna del capital por parte del acreedor, que normalmente ocasiona perjuicios financieros.

A partir de esta concepción el art. 1108 del Código Civil Español señala que si una obligación consistiese en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistiría en el pago de los intereses convenidos, y a falta de este convenio, en el interés legal.

Sobre el particular la doctrina clásica simplemente se ha limitado a reproducir el texto del art. 1108, sin ofrecer mayores comentarios (18)

Con esta misma tónica la jurisprudencia tradicionalmente ha proclamado que -a falta de una cláusula penal o intereses pactados- cualquier indemnización en principio se reduce tan solo a los intereses fijados por ley.

Sin embargo en los tiempos más recientes un sector importante de la

doctrina considera que el citado art. 1108 no excluye la posibilidad de una indemnización superior a los intereses moratorios.

Al igual que la doctrina italiana, se ha planteado que en el propio Código Civil Español existen normas que, efectivamente, autorizan una indemnización adicional, tal como sucede en los siguientes casos :

- a) Cláusula Penal
- b) Obligaciones en materia de fianza
- c) Obligaciones vinculadas a las Sociedades
- d) Obligaciones sobre el mandato
- e) Obligaciones respecto del contrato de depósito.

Se afirma que probablemente en esta lista no se contempla de modo expreso el caso de la depreciación monetaria porque en la época que se elaboró el vigente Código Civil Español los índices de inflación eran bajos o poco relevantes.

Continuando con nuestro estudio sobre las más recientes tendencias en la doctrina de este país debemos señalar que autores como Borrer Soller y Cano sostienen que el citado art.1108 simplemente libera al acreedor de la carga de la prueba acerca de los perjuicios ocasionados por la mora del deudor; procediendo de este modo la aplicación automática de los consabidos intereses moratorios.

Dentro de este orden de ideas ambos estudiosos coinciden en la posibilidad de contemplar una reparación adicional, siempre y cuando el acreedor pruebe los daños sufridos.

Autores como Albaladejo han dado un paso más adelante señalando que en medio de un proceso inflacionario el deudor que paga con retraso una obligación dineraria resulta comprometido al pago de los respectivos intereses moratorios, además del necesario resarcimiento por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido (19).

En contraste con estos avances teóricos la Sala Civil del Tribunal supremo ha mantenido sin mayores concesiones una interpretación estricta del art. 1108, limitando la indemnización solamente a los intereses moratorios de ley.

En este foro civil no se acepta fácilmente la teoría del "daño mayor" sujeto a probanza, para decretar una indemnización adicional (20)

No obstante en las sentencias del 19 de Junio y 3 de Setiembre de 1903 por lo menos se afirmó que para la condena de una indemnización superior a los intereses moratorios era menester llegar a probar la existencia de perjuicios especiales y extraordinarios.

En estos casos, al parecer, el acreedor no llegó a probar lo que la Corte denomina "daños especiales"; cuya versión en la jurisprudencia italiana podría ser equiparable a los ya conocidos "daños propios" (21)

De igual manera la 4ª Sala del mas lato Tribunal de España, dedicada al conocimiento de los asuntos de carácter contencioso administrativo, recoge estos precedentes judiciales y en las sentencias del 10 de Abril, 30 de Mayo y 28 de Noviembre de 1978 ha llegado a reconocer las pruebas de un mayor daño causado por la mora del deudor respecto de contratos administrativos celebrados entre particulares y diferentes organismos públicos (22)

En todo caso lo que si podemos afirmar con énfasis es que la jurisprudencia española no ha utilizado con frecuencia la teoría del "daño mayor" para decretar una indemnización superior a los intereses moratorios por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

En resumen podemos sostener lo siguiente :

1) El acreedor cuenta con la cláusula penal para quedar de alguna manera protegido respecto a los efectos de la inflación que pueden repercutir en el nivel de capacidad adquisitiva del dinero que ha utilizado en una determinada transacción económica.

2) A falta de esta clase de acuerdos son aplicables los intereses moratorios que normalmente protegen al acreedor con relación a los perjuicios de carácter financiero que ocasiona el pago atrasado de una obligación dineraria.

3) La legislación española incluye normas expresas en materia de fianza y comercio que admite una indemnización superior a los intereses moratorios.

Por otra parte la doctrina ha comenzado a estudiar la posibilidad que en cualquier caso de una deuda dineraria morosa exista una reparación adicional por concepto de "daño mayor", sujeta a prueba por parte del acreedor.

Hasta aquí podemos señalar que la evolución del Derecho Español es, a grandes rasgos similar al desarrollo experimentado por el ordenamiento francés, alemán e italiano.

En cambio en España no se advierte mayor discusión teórica sobre la posibilidad de recurrir a los planteamientos de la indemnización del daño mayor para promover la revaluación de las deudas dinerarias morosas cuando atraviesan por un proceso inflacionario.

Del mismo modo la jurisprudencia de este país muestra un desarrollo bastante limitado sobre el particular; razón por la cual no podemos realizar mayores comparaciones con referencia al temperamento de los magistrados de las demás naciones que hemos estudiado.

Finalmente nos atrevemos a pensar que la relativa estabilidad de la economía española podría explicar en gran medida la ausencia de problemas vinculados a la depreciación de los capitales y, por tanto, aún no se habría presentado la oportunidad para discutir de modo profundo la posibilidad de revaluar los pasivos morosos.

E) Inglaterra

En este país ha predominado una estabilidad económica desde el siglo XVII hasta la Primera Guerra Mundial, con la breve interrupción de la Guerra Napoleónica.

Bajo estas circunstancias los Tribunales fallaron reiteradamente en el sentido que el pago con retraso de una obligación dineraria solo daba lugar a los intereses moratorios, con arreglo a la Judgments Act de 1938.

Esta regla varió en virtud del Estatuto "Law Reform (Miscellaneous Provisions), Act. 1934" que permitió una indemnización adicional.

Por su parte la jurisprudencia norteamericana también mantiene de modo general el principio de la procedencia de los intereses moratorios cuando el deudor cumple con retraso la obligación a su cargo; estimando que en estos casos ocurre un mismo tipo de perjuicio para cualquier acreedor común y corriente. Por esta razón los intereses aparecen como "the very measure of damages" (23).

Parece que la relativa estabilidad de la economía norteamericana e inglesa no ha ofrecido mayores problemas sobre la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

De esta manera todavía no se habría suscitado alguna discusión relevante sobre la posibilidad de una indemnización superior a los intereses moratorios, con la finalidad de proteger al acreedor de los inconvenientes que causa la depreciación monetaria.

De modo muy general podemos afirmar que en los Derechos de estos países sajones, al igual que en el resto de Europa, se mantiene como una de las reglas más importantes la aplicación de los intereses moratorios con relación a las deudas dinerarias morosas.

Asimismo también se coincide en aceptar la indemnización del "daño mayor" siempre que corresponda a perjuicios diferentes de los derivados por la falta de disposición oportuna del capital por parte del acreedor.

Al igual que en los demás países europeos, el Poder Judicial inglés bien puede valerse de estas concepciones más flexibles en materia de indemnización para decretar la revaluación de las deudas morosas, si llegan a sufrir una depreciación monetaria apreciable.

F) Argentina

Como todos sabemos el Código Civil Argentino de 1871 tuvo como gestor principal al Dr. Dalmasio Vélez Sársfield.

El texto original del art. 622 establecería que "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación; desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiese fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar".

En la nota del art. 622 Vélez Sársfield señaló lo siguiente: "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso"

Ya en el presente siglo el inc. 39 del art. 1º de la ley 17711 agregó al art. 622 el siguiente párrafo:

"Si las leyes de procedimiento no previeran sanciones para el caso de inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesoria de pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios"
(2A)

Estos son los antecedentes legislativos que han motivado diferentes posiciones interpretativas de carácter principista.

Algunos autores sostienen que la única indemnización posible consiste en los intereses moratorios; toda vez que el citado art. 622 no dispone de modo expreso ninguna reparación adicional de manera general.

Siguiendo este temperamento el art. 1092 del Anteproyecto Bibiloni promovía la modificación del art. 622 en los siguientes términos: "Los intereses se deben por el hecho de la mora. El acreedor no puede exigir mayor indemnización en virtud de haber sufrido un perjuicio superior por la inejecución de la obligación (25)

En cambio Busso, Borda, Bustamante Alsina, etc. plantean que el referido dispositivo no impide la indemnización del daño mayor porque los contratantes pueden haber recurrido a una cláusula penal o en todo caso bastaría que el deudor haya pagado con retraso la obligación a su cargo para provocar deliberadamente perjuicios al acreedor; los mismos que tendrían que ser probados en juicio.

Llambías añade que el propio Código Civil Argentino contempla en la parte de contratos (arts. 1722 y 2030) casos especiales en los que también de modo expreso se autoriza una indemnización superior a los intereses moratorios. Lo mismo sucede con los intereses sancionatorios regulados por el propio art. 622 (26)

Ahora bien bajo el supuesto de una economía inflacionaria la evolución de la doctrina argentina ha sido tal como se expone a continuación.

En un primer momento estudiosos de la talla de Bustamante Alsina partieron del art. 622 para postular el ajuste por inflación de la tasa de los intereses moratorios hasta el nivel que permita una actualización del precio del dinero, en función de la evolución del mercado.

Luego los juristas argentinos advirtieron la defectuosa redacción del art. 619 del Código sobre el sistema para medir la extensión del valor de las obligaciones dinerarias; entendiendo que no había una opción claramente definida a favor del nominalismo.

El Código Argentino en el Capítulo dedicado a las obligaciones de dar sumas de dinero incluye el art. 619 cuyo texto es el siguiente: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u

otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación "".

Por su parte Vélez Sársfield en la nota del citado art. 619 señala que : "Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestión planteada sobre la obligación del deudor, cuando ha habido alteración en la moneda porque esa alteración se ordenaría por el Cuerpo Legislativo Nacional, cosa casi imposible. La ley decidiría el modo de satisfacer las obligaciones que ya estuviesen contraídas".

Además este autor agrega que "Por cierto que hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe sino por la sustancia, por el metal, oro o plata que contenga. Notaremos, sin embargo, las leyes de los diferentes pueblos sobre el cumplimiento de las obligaciones, cuando ha habido cambio en el valor de las monedas ".

Seguidamente Vélez cita la L. 18, tít. 1, lib. 10, Nov. Rec. que a la letra dice "Sea permitido a los contrayentes especificar el valor de las monedas, y obsérvese inviolablemente lo convenido. Los deudores de moneda recibida por cualquier causa en plata u oro, están obligados a pagar en la moneda del mismo valor, peso y ley de la que recibieron y entonces corría. En los demás casos cumplen los deudores con pagar en la corriente al tiempo de la paga".

A renglón seguido el legislador cita el art. 1895 del Código Civil Francés cuyo tenor es como sigue: :La obligación que resulta de un préstamo en plata será siempre la de la suma numérica expresada en el contrato. Si ha habido un aumento o disminución de especies antes de la época de pago, el deudor debe volver sino esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago ".

Por último Vélez añade que "Sin embargo el Código de Austria dispone lo contrario en los arts. 988 y 990. Si se ha alterado dice, el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe desembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo.

Si hubiese de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Código de Austria" (27)

Ahora bien la doctrina comenzó a tener opiniones divididas. Algunos interpretaron que el art. 619 del Código Civil Argentino consagra el nominalismo (28)

De este modo quedaba expedito el camino para rechazar cualquier posibilidad de revaluación referente al monto nominal de la obligación dineraria

pactada.

Para superar este obstáculo a mediados del presente siglo una serie de autores sostenían que ante la constitución en mora del deudor la obligación dineraria se transforma en una obligación de valor; razón por la cual el poder adquisitivo del capital adeudado -vía revaluación- llegaría a ser el mismo durante todo el período moratorio, hasta que se hubiese cumplido con el pago de la obligación principal. (29)

Por otra parte algunos juristas argentinos han opinado que el art. 619 consagra el valorismo (30). Desde esta perspectiva quedaba abierta la posibilidad de revaluar el monto de cualquier obligación dineraria, sin interesar mayormente el detalle de la constitución en mora del deudor. Posteriormente otros autores mas bien han sostenido que de conformidad con el nominalismo la obligación dineraria originalmente pactada siempre conserva su valor púramente nominal. Pero si el deudor incurre en mora nace otra obligación adicional de carácter indemnizatorio que -por definición- es un crédito de valor.

De esta manera se piensa que el monto por concepto de reparación debe ser proporcional al grado o extensión de los daños y perjuicios sufridos por el capital original en razón de la depreciación monetaria experimentada durante el período moratorio (31)

Más recientemente, a partir de la década de los años ochenta, se viene esbozando un planteamiento diferente con relación al problema central.

Se sostiene que la revaluación de las deudas dinerarias debe proceder, con o sin la constitución en mora del deudor; desde el momento que la prestación es exigible hasta su efectivo pago (32)

Por otra parte la evolución de la jurisprudencia argentina ha marchado a la par que las discusiones teóricas antes señaladas.

En un primer momento, frente a la agudización del proceso inflacionario, los Tribunales decretaron el incremento de los intereses moratorios con tasas que llegaron hasta el 600%.

Los magistrados fundamentaban sus decisiones en la parte final del art. 622 que faculta a los jueces a determinar el interés que debe abonarse cuando no hay una tasa legal fijada de modo expreso.

Las críticas no se hicieron esperar. Parecía inconcebible que el monto por concepto de intereses moratorios superase varias veces la suma correspondiente

al capital original.

Además se aclaró que esta manera de concebir la liquidación de los referidos intereses representaba en el fondo una manera encubierta de indexación.

Posteriormente en la década 1965-1975 la inflación comenzó a experimentar un incremento superior al acostumbrado 20%.

Entonces la doctrina más moderna comenzó a propiciar la división entre obligaciones puras de dinero y obligaciones de valor para sostener la revaluación de estas últimas.

La jurisprudencia reconoció que esta distinción teórica era solamente un "instrumento" o "herramienta jurídica" utilizada para indexar el capital original en ciertos casos.

Muchos contestaron que definitivamente la diferencia entre las obligaciones de dinero y las obligaciones de valor se debe a razones estrictamente ontológicas que nada tienen que ver con las expectativas pragmáticas de valerse de esta división para fundamentar cualquier tipo de revaluación.

Finalmente acusado el malestar debido al incremento de la inflación -sobre todo en 1975- surgió un sector de magistrados que -aún respetando la diferencia entre obligaciones de dinero y valor- terminó por conferir igual tratamiento a todos estos créditos. De este modo se propició la indexación de las deudas puramente dinerarias.

Por lo menos en los inicios de la pasada década de los ochenta aún se advierte reiterada jurisprudencia que ante la constitución en mora del deudor entiende que la original obligación de dinero se convierte automáticamente en una obligación de valor cuyo monto habrá de experimentar los ajustes por inflación que correspondan.

También puede observarse la formación de una jurisprudencia que se ampara en la teoría de la indemnización del "daño mayor" desarrollada profusamente por la jurisprudencia italiana.

Sin embargo los magistrados argentinos no exigen la prueba del daño sufrido por el acreedor; en el entendido que la inflación es por sí misma un hecho público y notorio.

Desde luego los detractores de estas posiciones señalan que no puede reputarse como un hecho conocido e indistutible los particulares daños que

puede haber sufrido un determinado acreedor.

Además las referencias a la indemnización del "daño mayor" carecerían de asidero legal si se asume que el art. 622 del Código Civil Argentino sólo reconoce los intereses moratorios como la única alternativa indemnizatoria posible (33).

A modo de conclusión podemos señalar lo siguiente:

1) La legislación argentina ha despertado dudas sobre la consagración del nominalismo o valorismo como regla general de su sistema monetario; aún cuando la opinión mayoritaria parece inclinarse por la primera de las posibilidades señaladas.

En cualquier caso importa destacar que a partir de esta discusión la doctrina y jurisprudencia argentina han desarrollado diversos planteamientos para promover la revaluación de las deudas dinerarias morosas que atraviesan por un proceso inflacionario; ofreciendo una serie de aportes teóricos que resultan francamente novedosos y sugestivos en la medida que no tienen precedentes en el Derecho Comparado.

Dentro de este orden de ideas en Argentina se aprecian las siguientes posiciones :

a) Consideración del nominalismo como regla general.

En este caso la circunstancia de la constitución en mora del deudor determina que la obligación dineraria originalmente pactada se transforme de manera automática en una obligación de valor; razón por la cual procede el ajuste por inflación del capital original.

Por otra parte también puede pensarse que la obligación original siempre habrá de conservar su valor nominal, pero ante la constitución en mora del deudor nace una obligación adicional de carácter indemnizatorio que -debido a la naturaleza de obligación de valor- bien puede comprender la reparación por los daños causados en virtud de la inflación.

b) Consideración del valorismo como regla general.

Desde este punto de vista cabe afirmar que apenas nace una obligación contractual estamos frente a una deuda de valor cuyo monto es susceptible de ajuste por inflación; al margen de la eventualidad de la constitución en mora del deudor.

2) Al igual que el Derecho Europeo predominante, la legislación argentina reconoce que a través de una cláusula penal que conste de manera expresa, los particulares pueden acordar de modo libre y completamente voluntario una indemnización cuyo monto sea capaz de proteger al acreedor con relación a la depreciación monetaria que sufre el capital comprometido.

3) Si no existe esta clase de acuerdos el propio Código Civil regula de manera expresa la procedencia de los intereses moratorios con la variante que en ciertos casos el art. 622 encarga a los jueces la determinación de la respectiva tasa o porcentaje.

En las épocas de aguda inflación los magistrados se han valido de esta facultad legal para ajustar la tasa de los intereses moratorios en función del aumento de precios.

De esta manera -a diferencia del Derecho Europeo- la correspondiente alícuota o tasa aplicable refleja de manera muy sensible las alteraciones del precio del dinero a la par de lo que sucede en el mercado financiero.

4) La posibilidad de una reparación superior a los intereses moratorios ha sido contemplada de modo expreso por el propio Código Civil Argentino en materia de los intereses sancionatorios, fianza y sociedades.

Además la eventualidad de un resarcimiento diferente de los intereses moratorios para el caso de cualquier deuda morosa ha sido discutida en Argentina en función de la teoría del "daño mayor" con las siguientes características :

a) Siguiendo la doctrina que inspira el texto vigente del art. 1153 del Código Francés, algunos autores argentinos han sostenido que si el respectivo deudor ha incurrido en mora con el deliberado propósito de perjudicar al acreedor para que sufra los estragos del envilecimiento del valor del dinero comprometido; entonces procede la indemnización que procure reparar esta clase de perjuicios.

b) Sin embargo en Argentina la doctrina y jurisprudencia predominante recientemente rescatada de la teoría del "daño mayor" la posibilidad de resarcir al acreedor otros perjuicios diferentes de los causados por la falta de disposición oportuna de su capital, pero con la variante de no limitar esta eventualidad al exclusivo caso en que el deudor actuó con dolo.

Además en cuanto se refiere al aspecto objetivo del daño, la jurisprudencia predominante en Argentina suele apreciar la magnitud de los perjuicios en función del criterio matemático consistente en el porcentaje de la depreciación

monetaria ocurrida durante todo el período moratorio.

De esta manera se deja de lado la teoría italiana de los "daños propios" según la cual los perjuicios deben medirse o apreciarse en función al grado de mala fé del deudor.

Por otra parte la jurisprudencia argentina predominante parece seguir el criterio de los magistrados alemanes sobre el "daño abstracto" en el sentido que en épocas de aguda inflación se asume que la depreciación monetaria perjudica a todo acreedor común y corriente, siendo innecesaria la prueba de esta clase de daños que de modo particular ha debido sufrir el referido acreedor.

5) De otro lado los estudiosos no se han limitado a desarrollar la clásica teoría de la indemnización civil como la única alternativa para arribar a la revaluación.

En efecto un importante sector de la más reciente doctrina argentina sostiene la posibilidad de indexar las deudas dinerarias desde el momento que la obligación es simplemente exigible; sin depender de la eventualidad de la constitución en mora del deudor y, por tanto, del nacimiento de la obligación indemnizatoria.

En la base de este audaz planteamiento se encuentra el punto de vista monetarista que atiende de modo prioritario al hecho de la depreciación monetaria del capital insoluto, al margen de la constitución en mora del deudor.

G) Chile

Es por todos conocido que Don Andrés Bello fué el gran artífice del Código Chileno de 1857. En su proyecto de 1853, el num. 1^o del art. 1708 regula el caso de las deudas dinerarias morosas de la manera siguiente :

"Se siguen debiendo los intereses convencionales si se han pactado intereses o empiezan a deberse los intereses legales, en caso contrario, quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen una plena indemnización en ciertos casos"

Como podemos apreciar originalmente se permitía la eventualidad de una indemnización plena, aunque solamente restringida para ciertos casos especiales que tendrían que haber sido previstos por una disposición expresa.

Sin embargo la frase "plena indemnización" fué suprimida a la hora de redactar el texto definitivo del art. 1559 que forma parte del vigente Código de

Chile (34).

De este modo quedó sembrada la duda sobre las posibilidades legales para defender una indemnización superior a los intereses moratorios.

En Chile la doctrina predominante se inclina a favor de la teoría de la indemnización del "daño mayor". Autores como Alessandri Rodríguez señalan que esta era la opinión de mayor aceptación en Francia y que Bello la conocía cuando redactó su Proyecto de Código (35).

Siguiendo a los juristas franceses se ha sostenido que los intereses moratorios tienen por finalidad resarcir tan solo los daños de carácter financiero.

Dentro de este orden de ideas también debe tenerse presente el num. 2º del citado art. 1559 que a la letra dice: "El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el echo del retardo".

En consecuencia si el acreedor pretende únicamente los intereses moratorios no necesita probar los perjuicios sufridos.

En cambio si este mismo acreedor persigue la cobranza de otros conceptos diferentes de los referidos intereses moratorios, entonces tendría que probar previamente los perjuicios efectivamente sufridos.

En torno a este último punto la clásica doctrina chilena señala que la indemnización del "daño mayor" resulta indiscutible por lo menos en el típico caso del deudor que incurre en mora con el deliberado propósito de causar perjuicios extra-financieros al acreedor; tal como está legislado en el art. 1153 del Código Civil Francés (36).

Ahora bien debemos advertir que en Chile, a partir de la segunda mitad del presente siglo, comenzó a gestarse un proceso inflacionario cada vez más agudo.

Por esta razón nuevamente se volvió a discutir los alcances de la responsabilidad civil contractual, preguntándose si el ordenamiento legal chileno permitía una reparación por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido en una deuda morosa.

Probablemente la doctrina de este país siguió muy de cerca la discusión que sobre el particular también se venía desarrollando entre los juristas argentinos que ya estaban sufriendo en carne propia los nocivos efectos de la inflación.

De esta manera se llegó a señalar que en el art. 2343 del Proyecto de Código

Civil preparado por Bello se consagraba el valorismo como una regla general del sistema monetario chileno.

En efecto este dispositivo señala que "Si se ha prestado dinero solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato, aunque haya variado la relación entre la moneda expresada en el contrato y las otras monedas. Sin embargo, si en el tiempo intermedio hubiera variado el peso o la ley de la moneda que se expresa en el contrato, no se deberá la misma suma numérica, sino con el aumento o rebajas necesarias para la igualdad de los valores. Se entenderán iguales los valores por los cuales se cambian en el mercado general iguales cantidades de mercancías " (37)

Sobre el particular podemos comentar lo siguiente :

En primer lugar este dispositivo se encuentra ubicado en la parte destinada a la regulación del contrato especial de mútuo; siguiendo al modelo francés; quizás porque durante el siglo pasado -en ambos países- el dinero se usaba corrientemente para otorgar préstamos, con la finalidad de obtener ganancias a través de la percepción de los consiguientes intereses compensatorios

En todo caso lo importante es resaltar que en este punto el Proyecto de Bello se diferencia de la legislación argentina, pues debemos recordar que el art. 619 del Código preparado por Vélez establece los principios del sistema monetario nacional y se encuentra ubicado en la parte general sobre Derecho de Obligaciones.

Definitivamente en atención al lugar donde se encuentra ubicada la norma siempre habría quedado abierta la discusión sobre los alcances del referido art. 2343, puesto que algunos podrían sostener que solo afecta a los contratos de mútuo, mientras que otros podrían señalar que se trata de una norma que comprende cualquier clase de transacción dineraria.

En segundo lugar debemos resaltar que Bello -al igual que el pensamiento francés- entendía que el nominalismo debía ser la regla general del sistema chileno.

Es interesante resaltar que en la primera parte del art. 2343 se consagra el nominalismo, aún cuando exista alguna devaluación monetaria que ocurre si se necesitaban mas pesos que antes para adquirir otras monedas.

En tercer lugar sólo cuando varía el peso físico de la unidad monetaria utilizada se asume una solución valorista, debiéndose aumentar o disminuir la cantidad de numerario que sea necesaria para que el capital comprometido mantenga relativamente su misma capacidad adquisitiva de mercancías tanto en la

fecha de celebración del contrato como en el momento de la devolución del dinero prestado.

Este no es tampoco un caso típico de la depreciación monetaria tal como la entendemos hoy. Ciertamente el art. 2343 se refiere a la variación del peso o menor calidad de aleación de las monedas metálicas de uso muy frecuente en el siglo pasado que, lógicamente, determinaban un aumento o disminución de su poder adquisitivo.

En cambio hoy en día prácticamente esta clase de monedas ya no existen y sólo conservan un valor histórico que puede reflejarse en precios muy altos dentro del reducido mercado de los coleccionistas o aficionados a la numismática.

En la actualidad más bien predominan los billetes confeccionados en base a un papel de escaso valor como tal. Pero lo que nos importa reseñar es que -desde una perspectiva moderna- si el dinero tiene menor capacidad de compra, entonces tendría cabida la solución valorista en los términos utilizados por el art. 2343.

En efecto el deudor resultaría obligado a devolver tantos billetes como sean necesarios para que el capital originalmente prestado mantenga su misma capacidad adquisitiva de mercancías.

En cualquier caso debe quedar claramente establecido que el art. 2343 habría permitido en los tiempos actuales la revaluación de las deudas dinerarias morosas, siguiendo los criterios de un importante sector de la moderna doctrina argentina.

Al final de cuentas la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil preparado por Andrés Bello rechazó este dispositivo en la parte que comprendía una fórmula de corte valorista, francamente novedosa en Latinoamérica.

Por esta razón el texto definitivo del art. 2199 del Código Civil Chileno disponía que "Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato".

De este modo se siguió a grandes rasgos la solución nominalista establecida por el art. 1895 del Código Civil Francés que a la letra dice: "La obligación que resulta de un préstamo en plata será siempre la de la suma numérica expresada en el contrato. Si ha habido un aumento o disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe volver la suma numérica prestada. Y no debe volver sino esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago".

También es importante señalar que el inc. 3º del texto original del art. 2199 del Código Civil Chileno permite a los contratantes celebrar un pacto en contrario; razón por la cual quedaban definitivamente abiertas las puertas para que los particulares llegasen a estipular fórmulas valoristas que bien podían permitir la revaluación del capital original para protegerlo de los nocivos efectos de la inflación.

Una vez zanjadas todas las discusiones tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el art. 2199 -no obstante que se encuentra ubicado en la parte especial del contrato de mútuo- en rigor constituye una regla general aplicable a cualquier clase de transacciones dinerarias.

Pero a medida que el tiempo transcurría la inflación era cada vez más creciente, la doctrina y jurisprudencia chilena siguieron a grandes trazos los criterios desarrollados por los juristas y magistrados argentinos sobre la distinción entre las deudas de dinero y las deudas de valor; con la finalidad de encontrar algún fundamento para revaluar los capitales dinerarios comprometidos en los casos que los contratantes nada habían acordado al respecto.

La culminación de este proceso de conversión al valorismo como regla general sucedió en 1974 cuando el Decreto Ley 455/74 derogó el art. 2199 del Código Civil Chileno, entendiéndose desde entonces que una obligación dineraria originalmente pactada tiene la calidad de una deuda de valor cuyo monto puede revaluarse en función a la variación del índice inflacionario, siendo a todas luces irrelevante la constitución en mora del deudor (38).

Sin embargo también podemos distinguir otra corriente de doctrina y jurisprudencia que a partir de la década del sesenta ha recurrido a la conocida teoría de la indemnización del "daño mayor" para arribar a una propuesta de revaluación bastante parecida a la anterior.

Por ejemplo López Santa María señala que el art. 1559 del Código Civil Chileno permite que -a parte de los intereses moratorios- se proceda al ajuste del capital original, más la reparación de cualquier otro perjuicio extra-financiero.

El primer fallo que recogió esta posición fué la Corte de Apelaciones de Valparaíso mediante su sentencia del 25 de Junio de 1970.

Ratificando este criterio la Corte Suprema resolvió en igual sentido otro caso parecido; recalcando del mismo modo que la jurisprudencia italiana la necesidad que el acreedor debe probar los daños realmente sufridos (39).

Por último queremos hacer referencia a un aspecto muy peculiar. Ya hemos

señalado que el num. 2º del art. 1559 del Código Civil Chileno establece que "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

La doctrina predominante entiende que el legislador ha incurrido en error cuando utiliza el término "retardo" en vez de "mora".

Desde esta perspectiva se entiende que -en general- el retraso o demora en el pago de una obligación dineraria es un hecho que produce tan solo el efecto de extinguir este crédito y nada más.

En cambio la mora es la traducción en términos legales de la situación de retraso con que ha actuado el referido deudor; capaz de generar otras consecuencias adicionales, esta vez de carácter indemnizatorio.

Siguiendo tales criterios tendríamos que de conformidad con el inc. 2º del art. 1559 las obligaciones dinerarias sujetas a un plazo que acaba de vencer aún no darían lugar al nacimiento de un crédito resarcitorio.

Si luego de cierto tiempo recién el acreedor constituye en mora al deudor, entonces deben entenderse por lo menos las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Este plazo adicional importa una suerte de prórroga tácita del plazo originalmente acordado.

b) A partir de la fecha de constitución en mora deben correr los intereses moratorios y cualquier otra medida de carácter resarcitorio como por ejemplo la revaluación del capital original por concepto de la depreciación monetaria.

En cambio si nos atenemos a una interpretación literal del citado inc. 2º del art. 1559 y, además, recordamos la reciente posición que vienen gestándose en Argentina tendríamos que llegar a la conclusión que el simple retardo en el pago de una obligación dineraria determina que nos encontremos frente a un crédito exigible que surte efectos jurídicos inmediatos en el entendido que a partir de este momento se debería aplicar la revaluación del respectivo monto dinerario hasta la fecha del pago, aún cuando el deudor no haya sido constituido en mora (40)

En suma podemos señalar lo siguiente :

1) La versión oficial del Código chileno consagró originalmente el nominalismo. Frente a los efectos que venía produciendo la inflación, la doctrina y jurisprudencia de este país comenzaron a tomar como referencia la discusión

que se estaba desarrollando en Argentina sobre la distinción entre las deudas de dinero y deudas de valor con la finalidad de revaluar estas últimas.

2) Como el proceso inflacionario era cada vez más grave, el gobierno chileno optó en 1974 por derogar la parte del Código que aludía al nominalismo. Desde entonces la doctrina y jurisprudencia entendieron que la regla general del sistema monetario consistía en el valorismo.

De esta manera los juristas chilenos asimilaron los planteamientos que propiciaban aquellos estudiosos argentinos que entendían que en su país el Código Civil de Vélez Sársfield también había consagrado el valorismo como regla general, facilitándose el camino conducente a la revaluación de toda obligación pecunaria, al margen de la constitución en mora del deudor.

3) Al igual que el Derecho Europeo y Argentino, el Código Chileno admite la posibilidad de una cláusula penal capaz de resarcir en alguna medida los perjuicios experimentados por el acreedor debido a la depreciación monetaria correspondiente al capital dinerario comprometido.

4) A falta de esta clase de estipulaciones el Código Chileno reconoce la aplicación de los intereses moratorios con la salvedad que -a diferencia del Código Argentino- no encarga de modo expreso a los jueces la regulación de la tasa o alícuota que corresponda aplicar.

Quizás esta es la razón que permite explicar la falta de una jurisprudencia chilena que se haya pronunciado a favor del ajuste por inflación de la tasa de los intereses moratorios; a diferencia de la actitud inicialmente adoptada por los magistrados argentinos cuando a mediados del presente siglo tuvieron que afrontar problemas de la depreciación monetaria inmersos en las deudas morosas.

5) La legislación chilena, siguiendo al Código Francés, admite mediante dispositivos expresos en materia de fianza y sociedades la eventualidad de una indemnización superior a los intereses moratorios.

Por su parte la clásica doctrina chilena sigue la escuela francesa al reconocer la posibilidad de una reparación mayor que los intereses moratorios en el caso que el deudor haya incurrido en mora con el deliberado propósito de ocasionar perjuicios al acreedor.

En este sentido un sector de la moderna jurisprudencia chilena ha recurrido a la teoría de la indemnización del "daño mayor" para decretar la revaluación del capital original por concepto de indemnización; exigiendo la necesidad de su

probanza.

6) La alusión del inc. 2º del art. 1559 del Código chileno al "retardo" en vez de utilizar el término "mora" ha sido cuestionado por la clásica doctrina chilena, ya que la fórmula adoptada por el legislador no cuenta con precedentes en el Derecho Comparado.

Sin embargo pensamos que un dispositivo así redactado alimentaría la validez de los postulados de la más reciente doctrina argentina que se pronuncia a favor de la revaluación desde el momento en que la obligación dineraria es exigible, aún cuando el deudor no se encuentre constituido en mora.

H) Colombia

Los juristas que tuvieron a su cargo la preparación del Código Civil Colombiano siguieron en gran medida las pautas establecidas por el Código Chileno.

Recordemos que la Comisión Revisora del Proyecto Bello rechazó el art. 2343 que consagraba el valorismo y mas bien en el art. 2199 del texto definitivo del Código Chileno dispuso que "Si se ha prestado dinero sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato", agregando en el inc. 3º la posibilidad del pacto en contrario.

Por su parte el art. 2224 del Código Colombiano repite textualmente este enunciado y agrega que "Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijasen. Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria"

De esta manera la legislación colombiana adopta el nominalismo como principio de su sistema monetario; pero al final acepta la eventualidad de pactos netamente valoristas; siguiendo el mismo esquema que el Código Chileno (41)

En todo caso los ordenamientos legales de ambos países coinciden en permitir a los particulares la celebración de acuerdos de corte valorista para proceder a la revaluación de las deudas dinerarias morosas que pueden gestarse en la ejecución de un contrato de mutuo o cualquier otra clase de transacción monetaria..

Pasando a otro tema también advertiremos que los juristas colombianos

siguieron los criterios generales del Código Chileno en la parte que regula los intereses moratorios.

En efecto el art. 1617 del Código Colombiano, muy parecido al art. 1559 del Código Civil Chileno, establece que "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes :

1) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario, quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en 6% anual.

2) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses, basta el hecho del retardo.

3) Los intereses atrasados no producen interés.

4) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas"

Con relación a estas reglas nos remitimos a los comentarios que oportunamente hemos formulado al examinar el art. 1559 del Código Chileno.

La clásica doctrina Colombiana sigue a los juristas franceses en el entendimiento que el acreedor está exonerado de la prueba de los perjuicios cuando persigue la cobranza de los intereses moratorios.

Dentro de esta corriente de opinión algunos autores han llegado a sostener que el art. 1617 del Código Colombiano autoriza solamente la aplicación de los intereses moratorios y excluye cualquier posibilidad de una indemnización adicional, por mas que llegue a probarse en juicio.

La Corte Suprema de Justicia mediante sus sentencias del 26 de Abril de 1938, 18 de Mayo de 1938 y 9 de Agosto de 1939 parecen seguir este criterio de interpretación (42)

Sin embargo el sector predominante de la doctrina colombiana se inclina a favor de la indemnización del daño mayor.

En abono de esta tesis se sostiene que el art. 1617 tantas veces citado no

prohíbe una reparación adicional a los intereses moratorios; siempre y cuando el acreedor cumpla con probar los daños sufridos.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha adoptado esta posición mediante sus sentencias del 4 de Abril de 1940, 4 de Octubre de 1943, 13 de Octubre de 1949, 13 de Febrero de 1948 y 3 de Diciembre de 1975.

Por otro lado cuando la inflación comenzó a ser mas significativa no tardaron en presentarse los casos en los cuales el acreedor exigía la revaluación del capital original correspondiente a una deuda dineraria morosa.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia -recogiéndola jurisprudencia que ya había dejado sentada la posibilidad de la indemnización del "daño mayor"- amparó mediante su sentencia del 5 de Octubre de 1982 la pretensión del acreedor perjudicado que reclamaba la indexación del capital comprometido, a parte de los intereses moratorios de ley.

Es importante tener en cuenta que en igual sentido se pronunció la Corte mediante el fallo del 30 de Marzo de 1984, añadiendo que si los perjuicios alegados consisten en la depreciación monetaria no requieren de probanza alguna; toda vez que se trata de un hecho público y notorio.

Por su parte un sector de la doctrina ha cuestionado este último extremo de la sentencia, señalando que viola la disposición expresa del inc. 2º del art. 1617 del Código Colombiano cuando expresa que "El acreedor no tienen necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses, basta el hecho del retardo".

Quizás el deudor pagó de modo extemporáneo la obligación a su cargo en una época en que los índices mensuales de la inflación eran muy altos; circunstancia precisa para traer a colación la jurisprudencia alemana sobre los "daños abstractos" que en casos como éstos liberaban al acreedor de la probanza referente a la depreciación monetaria experimentada por su capital.

Tal como señalan los estudiosos colombianos, la jurisprudencia de su país no limitó la posibilidad de la indemnización del "daño mayor" al exclusivo caso en que el deudor incurre en mora con el deliberado propósito de causar perjuicios por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido; a diferencia de la jurisprudencia francesa (43)

En conclusión podemos señalar lo siguiente :

1) El Código Colombiano consagra el nominalismo como regla general del sistema monetario imperante, aún cuando permite el pacto en contrario.

De esta manera los particulares tienen la opción de realizar transacciones dinerarias incluyendo la estipulación de una cláusula valorista que permita revaluar el capital original hasta el momento del efectivo pago, independientemente de la constitución en mora del deudor.

2) Al igual que el Código Civil Chileno, la legislación Colombiana reconoce la eventualidad de una cláusula penal capaz de resarcir en cierta medida los daños sufridos por el acreedor en razón de la pérdida del poder adquisitivo del capital dinerario comprometido.

3) Del mismo modo que el ordenamiento Chileno, el Código Colombiano establece que a falta de esta clase de acuerdos procede la aplicación de los intereses moratorios cuya tasa se fija por ley, tal como sucede en Francia.

A diferencia de la clásica doctrina chilena, un sector de juristas y magistrados colombianos señalaban que las deudas dinerarias morosas solo daban lugar al pago de los intereses moratorios y nada más.

No se advierte en estos casos un mayor examen sobre la variante del sistema francés en el sentido de reconocer una indemnización superior a los intereses moratorios cuando el deudor se ha comportado con dolo.

4) La legislación colombiana reconoce mediante dispositivos expresos sobre fianza y sociedades la posibilidad de una reparación superior a los intereses moratorios.

Por otra parte la doctrina y jurisprudencia predominante en Chile y Colombia coinciden en reconocer la indemnización del "daño mayor" y se han valido de esta teoría para pronunciarse a favor de la revaluación del capital indebidamente retenido por el deudor moroso.

Sin embargo -a diferencia de los jueces chilenos- los magistrados colombianos parecen exonerar al acreedor de la prueba de los perjuicios monetarios; siguiendo de esta manera el criterio de los "daños abstractos" establecido por un sector de la jurisprudencia alemana.

5) Al igual que la legislación chilena, el inc 2º del art. 1617 del Código Colombiano cuando trata de los intereses moratorios habla del "retardo" y no de la "mora" del deudor.

De este modo queda abierta la posibilidad de encontrar un asidero legal a la opinión de la más reciente doctrina argentina en el sentido que se debe revaluar el capital dinerario desde que la obligación es exigible, aún cuando el

deudor todavía no ha sido constituido en mora.

D) Perú

A diferencia de la mayoría de los países que acabamos de estudiar, nosotros contamos con un Código Civil expedido en pleno siglo XIX y con dos Códigos Civiles promulgados durante el presente siglo.

Seguidamente vamos a realizar un estudio comparatista de cada uno de estos cuerpos legislativos, atendiendo a su orden de aparición histórica.

1) Código Civil de 1852

A mediados del siglo pasado el Perú contaba con gran variedad de monedas. En 1863 se estableció como patrón el bimetalismo con el Sol de Oro y el Sol de Plata.

Por su parte el art. 1817 de nuestro primer Código -ubicado en la parte especial del contrato de mutuo- disponía lo siguiente: "Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuuario está obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquellas al tiempo del mutuo.

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

Con acierto se sostiene que la primera parte de este dispositivo es de corte valorista al establecer que si las monedas prestadas han sufrido alguna variación con relación a su valor de cambio el mutuuario debe devolver tantas unidades de moneda corriente como sean necesarias para sumar el mismo valor de aquellas, en la fecha que se celebró el contrato.

Sin embargo la segunda parte de este mismo dispositivo consagra el nominalismo en la medida que el deudor se libera de la obligación a su cargo mediante el pago con monedas corrientes, al margen que durante la ejecución del contrato haya variado el valor de cambio de las monedas originalmente prestadas por el mutuante.

Ahora bien la doctrina predominante sostuvo que el legislador había seguido el modelo italiano. En efecto el art. 1821 del Código de Italia establecía que el nominalismo era la regla general pero reconocía el pacto en contrario; a

diferencia del art 1895 del Código Francés que excluye cualquier posibilidad de acuerdo voluntario de corte valorista.

Sin embargo voces tan autorizadas como la del Dr. Olaechea planteaban que el Código de 1852 mas bien había establecido el valorismo como regla general.

Los Tribunales del Perú en muchísimos casos se pronunciaron en el sentido que en los contratos de mutuo donde se emplea el dinero lo determinante es el valor del numerario, mas que la cantidad de éste; coincidiendo en parte con el criterio de la doctrina que pregonaba el valorismo con el carácter de regla general (44).

Además -a la luz del Código de 1852- los contratos que aludían a una determinada cantidad de dinero quedaban expuestos a los nocivos efectos de una inflación que podía suponerse con cierta facilidad, debido a la inestabilidad económica generada por las guerras civiles internas que determinaban una reducción de la oferta de productos básicos lo que, a su vez, se traducía en el incesante incremento de los precios.

Desde luego los particulares podían recurrir a una clausula valorista para protegerse de la depreciación monetaria; procurando hacerla extensiva hasta la fecha del efectivo pago; aún cuando el deudor haya sido constituido en mora.

Pasando a otro tema conexo que es el de los intereses moratorios debemos considerar como un importante antecedente legislativo el Código Civil del Estado Nor-Peruano de 1836, mas conocido como el Código de Santa Cruz.

El art. 749 de este cuerpo legal dice lo siguiente : "En las obligaciones que se limitan al pago de una suma determinada los daños e intereses que resultan de la mora en la ejecución no consisten en mas que en la condenación al pago de los intereses fijados por la ley; salvo las reglas particulares que rijan en el comercio, y en las fianzas. Estos daños e intereses son debidos sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida.

Se deben satisfacer solo desde el día de la demanda; excepto en los casos en que la ley los hace correr antes".

Podemos apreciar con relativa facilidad que esta norma sigue los principales criterios del texto original del art. 1153 del Código Francés.

Para los efectos de nuestra perspectiva de investigación lo más destacable es que en virtud de este dispositivo prácticamente quedaba excluída cualquier posibilidad de una indemnización superior a los intereses moratorios, aún

cuando de manera excepcional se acepta la solución inversa en virtud de normas expresas referentes al comercio y la fianza.

Por tanto en cualquier transacción dineraria común y corriente era virtualmente nula la expectativa del acreedor para aspirar a una reparación por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

Por otra parte los arts. 1273 y 1274 del Código de 1852 disponían que en materia de obligaciones pecunarias, los daños causados por la demora en el pago tenían que repararse con los intereses estipulados y, en su defecto, con el interés legal del 6%; salvo que se haya pactado otra cosa en cuanto a los daños e intereses.

La clásica doctrina de entonces se eximió de formular mayores comentarios sobre el particular. A su turno la jurisprudencia aplicó sin mayores concesiones la regla general de los intereses moratorios, salvo los casos en que los contratantes habían pactado una cláusula penal (45).

A diferencia del Código de Santa Cruz, nuestro primer Código Civil no siguió tan escrupulosamente el modelo francés.

En efecto si bien es cierto que el Código de 1852 contempla la aplicación de los intereses legales, también es verdad que no los considera como la única indemnización posible.

Por esta razón se admite que los particulares pueden pactar un interés diferente del 6% ó que mediante una cláusula penal se llegue a determinar un monto indemnizatorio muy superior al resultante de la mera aplicación de los intereses legales.

Gracias a estos recursos legales los contratantes quedaban habilitados para protegerse en cierta medida contra los efectos de la depreciación monetaria experimentada durante el período moratorio.

Sin embargo siempre permanecerá la duda acerca de la actitud que habría asumido la doctrina y jurisprudencia de entonces frente a los casos de transacciones dinerarias afectadas por una depreciación monetaria, en las cuales nada se pactó sobre los intereses moratorios o una cláusula penal.

2) Código Civil de 1936

Por lo menos en lo que se refiere a los temas que nos preocupan, el segundo Código Civil Peruano es muy parecido al anterior, aún cuando ofrece ciertas

variantes que por supuesto vamos a examinar inmediatamente.

La Comisión Reformadora del Código de 1852 propuso un artículo en la parte especial del contrato de mutuo en los siguientes términos: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal en el Perú".

Esta fórmula de redacción fué recogida al pie de la letra por el art. 1581 del Código de 1936. Las críticas no se hicieron esperar en el sentido que este dispositivo despertaba muchas interrogantes, tales como ¿El término "especie" se refiere a la cantidad numérica o al valor del dinero prestado?

Cuando los capitales comprometidos experimentan una aguda depreciación monetaria ¿Se deberá tomar en cuenta para el pago la cantidad o calidad de la "especie" pactada? (46)

Para absolver estas cuestiones la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado mayoritariamente a favor de la interpretación del art. 1581 en el sentido que consagra el nominalismo y excluye cualquier posibilidad que permita a los contratantes pactar cláusulas valoristas para protegerse de la depreciación monetaria (47).

En todo caso a nosotros nos interesa resaltar que en contraste con el art. 1817 del Código de 1852, ya no se reconoce por lo menos de manera expresa la posibilidad de un pacto en contra del principio nominalista, acercándonos de este modo al sistema francés.

Una notable excepción con relación a esta última conclusión se hace patente en la ley N° 23337 de 1981 que autorizaba la liquidación del monto por pagar en función del correspondiente índice de ajuste de deudas que fijará el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determinase, siempre y cuando exista semejante acuerdo por escrito; con motivo de un préstamo de dinero en moneda nacional a plazo no menor de un año.

Por último las críticas también se dejaron sentir en cuanto a la ubicación del art. 1581 en la parte especial de contratos.

En este orden de ideas se ha sostenido que algunos podrían defender la aplicación de este dispositivo únicamente para el caso de los contratos de mutuo y que en cualquier otra clase de transacción dineraria cabría arribar a pactos de corte valorista (48).

El otro tema que debemos examinar se refiere a los intereses moratorios .

Al respecto el art. 1342 del Código de 1936 establecía que "En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que causa la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios."

Por su parte el art. 1325 señalaba que "El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año".

Prácticamente la redacción empleada por el legislador es muy parecida a la utilizada en los artículos 1273 y 1274 del Código Civil de 1852.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia predominante siguieron la tradición sentada por nuestros juristas y magistrados del siglo XIX, interpretando estas nuevas disposiciones en función de la mayoría de los principios que inspiraron la formulación del art. 1153 del Código Frances en torno a los intereses moratorios. (49)

Estas pautas básicas son las siguientes :

a) Esta clase de intereses persigue la reparación de los perjuicios financieros que puede haber sufrido el acreedor.

b) En principio la indemnización se limita a los referidos intereses moratorios porque son suficientes para reparar los daños ordinarios o comunes que normalmente experimenta cualquier acreedor.

c) Para hacer efectiva esta reparación no es necesario que se pruebe en juicio la merma patrimonial ocurrida en perjuicio del acreedor.

d) La ley debe fijar la tasa de esta clase de interés moratorio. Al respecto el Código de 1852 dispuso la alícuota del 6%; mientras que el Código de 1936 la rebajó al 5% anual.

Ciertamente estas son tasas que corresponden a los períodos en que se advierte una considerable estabilidad económica.

En el Perú, a partir de la década de los ochenta, la inflación comenzó a dejar sentir sus efectos; alterando el normal funcionamiento de las actividades económicas.

Por esta razón la ley 23413 de 1982 modificó el art. 1325 del Código, en el sentido que a partir de entonces el Código quedaba encargado de fijar tasas de

interés legal.

De este modo se dejó de lado el sistema francés y mas bien se pasó a un régimen con características de flexibilidad que permitía adecuar esta tasa en función de la inflación, entre otros factores.

Ahora bien la otra gran interrogante que debemos formularnos es la siguiente ¿El Código de 1936 permitía la indemnización del "daño Mayor"?

La doctrina y jurisprudencia -continuando con nuestra tradición jurídica del siglo XIX- advierte las siguientes posibilidades para hacer efectiva una reparación superior a los intereses moratorios:

- a) Si los particulares elaboraron una cláusula penal.
- b) Si la ley lo dispone en casos especiales, tal como sucede con el art. 1784 en materia de fianza.
- c) Recogiendo el criterio unánime de la doctrina y jurisprudencia italiana también se contempla el caso de una determinada cantidad de dinero que el acreedor confió al deudor con un fin predeterminado que no pudo cumplir.

Desde luego en las situaciones previstas por los incisos b) y c) el acreedor tendría que probar en juicio la merma patrimonial experimentada (50).

Es curioso que no haya generado alguna discusión en torno al caso del deudor que incurre en mora con el deliberado propósito de causar perjuicios al acreedor, tal como fue consagrado por la ley de 1900 que añadió esta hipótesis al art. 1153 del Código Francés.

Por último debemos señalar que durante los 48 años de vigencia que tuvo el Código de 1936 no se presentaron mayores problemas derivados de la inflación.

Quizás por esta razón nuestra doctrina y jurisprudencia -continuando con la actitud asumida desde el siglo XIX- no prestaron mucha atención al caso de la depreciación monetaria experimentada por las deudas dinerarias morosas.

Sin embargo ya hemos advertido que durante los últimos cuatro años de vigencia del Código de 1936 la pérdida del poder adquisitivo de la moneda comenzó a tomar proporciones preocupantes.

De esta manera el mercado nacional comenzó a experimentar una vorágine

de alza incontrolada de los precios que el gobierno no acertaba en detener.

Por esta razón el costo del dinero también experimentó una tendencia ascendente que superaba fácilmente la rígida tasa del interés legal del 5% prevista por el art. 1325 del Código.

Frente al evidente desfase que acabamos de señalar los gobernantes de turno optaron por modificar este dispositivo y encargaron al Banco Central la fijación de la tasa del interés legal.

Es difícil conocer las razones que indujeron al legislador peruano para desechar el modelo argentino plasmado en el art. 622 del Código de este país, en virtud del cual se delega a los jueces la facultad de regular los intereses moratorios.

Probablemente se pensó que los jueces peruanos podían desarrollar criterios tan dispares que al final se terminaba atentando contra la seguridad jurídica; con el efecto adicional de aumentar aún más las expectativas inflacionarias.

En este sentido más razonable era la posibilidad que el Banco Central de Reserva del Perú, en calidad de ente oficial que debe actuar con criterio técnico en la determinación de las tasas existentes en el sistema financiero, también tuviese a su cargo la tarea de regular la tasa de los intereses moratorios.

Desde el instante que se tomó una decisión en este sentido surgen algunos problemas jurídicos que pueden expresarse en las siguientes interrogantes: ¿El ajuste por inflación de la tasa del interés legal determina que en su composición no se tenga en cuenta únicamente el aspecto financiero?

Si la respuesta fuese afirmativa surgen inmediatamente otra cuestión ¿No se trata -en el fondo- de una manera indirecta de propiciar la indemnización del "daño mayor" por concepto de la depreciación monetaria sufrida por el acreedor?

También podemos volver a repatir la inquietud que formulamos al final de nuestro estudio sobre el Código de 1852.

¿Cuál habría sido la solución si las personas que han celebrado una transacción dineraria nada hubiesen estipulado sobre los intereses moratorios o una cláusula penal; no obstante que ya se comenzaban a sentir los efectos de la depreciación monetaria?

Una vez más sostenemos que la novedad de estos problemas que aparecer en recién al final de la vigencia del Código de 1936 no dieron tiempo suficiente para

ser tratados por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

3) Código Civil de 1984

Ahora nos toca analizar la legislación vigente que, a grandes rasgos, mantiene el régimen previsto por los Códigos anteriores; aún cuando se advierten algunas innovaciones que serán objeto de reflexión.

En primer lugar la doctrina ha señalado de manera unánime que el Código vigente se ha pronunciado a favor de la determinación del nominalismo como regla general del sistema monetario peruano (51)

Por tanto el nuevo Código mantiene nuestra tradición jurídica, considerando al nominalismo como uno de los principios fundamentales de necesaria observancia.

En efecto el art. 1234 del Código de 1984 dispone que "El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado".

Sin embargo -a diferencia del texto original del Código de 1936- se admite en vía de excepción que los particulares pueden pactar cláusulas de corte valorista, tal como se autoriza en el art. 1235; con la finalidad de quedar protegidos contra los efectos de la inflación.

Por su parte el legislador simplemente ha recogido el precedente ya establecido por la ley 23337 de 1981 que permitía a los particulares la celebración de contratos de mutuo en moneda nacional, a plazo no menor de un año, con una cláusula expresa por la cual se obligaba al deudor a cumplir el pago mediante el ajuste del monto del dinero original, aplicando los índices que determinase el Banco Central para tales efectos.

En la correspondiente Exposición de Motivos se añade con toda propiedad que en virtud del art. 1235 la posibilidad de un acuerdo típicamente valorista ya no se reduce tan solo al contrato de mutuo en moneda nacional; sino que se hace extensiva a cualquier clase de transacción dineraria en general (52).

En suma podemos advertir que -a diferencia del Código de 1936- nuevamente hemos vuelto al sistema italiano que ya había sido recogido por nuestro Código de 1852; acerca de la tolerancia del valorismo como regla de excepción.

Además -a diferencia de nuestros Códigos anteriores- el legislador ubica las reglas sobre el nominalismo y valorismo en la parte general del Derecho de

Obligaciones y ya no en la sección dedicada al contrato especial de mutuo: poniéndose a tono con la tendencia más moderna que comenzó con el Código italiano de 1942 (53).

Ahora bien desde nuestra perspectiva de investigación resulta muy importante un estudio especial del art. 1235 del Código vigente que, a la letra, dice lo siguiente: "No obstante lo establecido en el art. 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

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

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

Como podemos apreciar esta norma permite que los contratantes atribuyan un valor constante a las deudas en moneda nacional.

Nos interesa analizar con detalle el último párrafo del art. 1235, pues se coloca en el supuesto que el deudor realice el pago de la obligación a su cargo luego de haber vencido el respectivo plazo.

Nótese que en este caso la norma alude al "retardo" en el pago y no a la constitución en mora del deudor. En otras palabras, para la ley peruana, basta que la obligación de valor voluntariamente acordada sea exigible para que el acreedor pueda elegir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

Dentro de este esquema el acreedor cuenta con un margen de libertad mas o menos amplio que le permite decidir en el momento del pago la aplicación de cualquiera de los dos valores de referencia antes señalados que bien pueden ser diferentes y que nadie mejor que el propio acreedor está en condiciones de saber cual es la opción que mas le conviene para protegerse de la depreciación monetaria.

Desde este punto de vista deja de tener relevancia el aspecto de la constitución en mora del deudor y la discusión sobre las posibilidades de una

indemnización mayor que los simples intereses moratorios con la finalidad de postular la revaluación de las obligaciones contraídas en moneda nacional.

En efecto si desde el momento de la celebración del contrato existe una obligación de valor con relación a una moneda de curso legal, es indiscutible la intención del acreedor a quedarse protegido en todo momento con relación a los efectos que produce la inflación.

Por tanto no tenía sentido pensar que si ha vencido el plazo acordado para el cumplimiento de la obligación originalmente pactada y aún el acreedor no constituye en mora al deudor; entonces debe entenderse que hay una suerte de prórroga tácita del referido plazo; razón por la cual este sujeto pasivo no debería responder por la depreciación monetaria ocurrida desde que la obligación era exigible hasta la fecha en que se cumplió con pagarla.

Dentro de este esquema de razonamiento, creemos que la solución empleada por el art. 1235 se parece en parte a la propuesta más moderna de la doctrina argentina que también se pronuncia a favor del ajuste por inflación de las obligaciones dinerarias desde el momento que la obligación es exigible y no a partir de la fecha de constitución en mora del deudor.

Pero debemos efectuar una distinción muy importante. El art. 1235 emplea estos criterios de solución bajo el supuesto de una obligación de valor; mientras que la doctrina argentina es más radical al postular la aplicación de estos mismos lineamientos pero tratándose de obligaciones de dinero sobre las cuales los contratantes no han acordado ninguna "cláusula de estabilización" para proteger al capital comprometido respecto de los normales efectos de la depreciación monetaria.

Todas estas apreciaciones también las hacemos extensivas a propósito de los contratos que incluyen obligaciones expresadas en moneda extranjera y que son cumplidas con retraso del deudor; toda vez que estos casos se encuentran regulados por el art. 1237 in fine, siguiendo los mismos criterios que el art. 1235 ya analizado.

Con un afán meramente informativo pasamos reproducir todo el texto del citado art. 1237 que dice lo siguiente: "Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales."

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. Es nulo todo pacto en contrario.

En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retarda el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija al día del pago."

Luego de haber revisado los problemas que se derivan del nominalismo y valorismo nos corresponde ingresar al segundo gran tema que se refiere al tratamiento que otorga el Código de 1984 a los intereses moratorios.

El art. 179 del Anteproyecto de las Obligaciones y de sus Modalidades y Efectos preparado por el Dr. Osterling reza así : "Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán intereses no previstos contractualmente, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el resarcimiento correspondiente "

Por su parte el art. 180 expresa lo siguiente : "El monto de los intereses no previstos contractualmente serán fijados por el Banco Central de Reserva del Perú."

De manera general podemos señalar que en materia de intereses moratorios estos dispositivos mantienen muchas de las orientaciones básicas que inspiraron los Códigos Civiles de 1852 y 1936; en consonancia con el modelo francés (54).

Sin embargo el art. 180 de este Anteproyecto publicado en 1980 introduce la novedad de encargar al Banco Central la fijación de la tasa de los intereses moratorios.

Sobre el particular el Dr. Osterling sostiene que la indicada tasa debe ser susceptible de ser alterada de acuerdo a ciertas contingencias económicas (55).

Si bien esta explicación resulta un tanto genérica , nosotros creemos que el autor del Anteproyecto ha querido referirse a la inflación que alrededor de 1980 ya comenzaba a perfilarse como un fenómeno económico capaz de restar estabilidad a los indicadores financieros, como por ejemplo las tasas de interés. También nos parece importante señalar que probablemente la agudización del proceso inflacionario fué una de las razones que precipitaron la expedición de la ley 23413 de 1982 que modificó el art. 1325 del Código de 1936, encargando al Banco Central la fijación de la tasa del interés legal, siguiendo el precedente

esto alecido por el art. 180 del Anteproyecto del nuevo Código Civil que entonces se venía preparando.

Por otra parte el Dr. Vega García preparó una Ponencia Alternativa sobre las Obligaciones, cuyo art. 191 dice: "En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aún cuando no se debieran anteriormente y aún cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en la medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.

El acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios".

Seguidamente el art. 192 dispone que "El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es del cinco por ciento al año." (56)

Nos parece que el art. 191 -en la parte que regula los intereses- no ofrece importantes diferencias en relación con el art. 179 del Anteproyecto preparado por el Dr. Osterling.

En cambio el art. 192 antes transcrito difiere notablemente del art. 180 del Anteproyecto elaborado por el Dr. Osterling puesto que mantiene el rígido criterio francés de fijar en la ley civil la tasa de los intereses legales, manteniendo de este modo la orientación legislativa que habían seguido nuestros Códigos Civiles de 1852 y 1936.

Finalmente el art. 1324 del Código de 1984 quedó redactado de la siguiente manera: "Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento".

En líneas generales este dispositivo sigue los lineamientos básicos de los arts. 179 y 180 del Anteproyecto preparado por el Dr. Osterling.

Ahora bien desde el punto de vista del Derecho Comparado queremos efectuar una precisión que nos parece muy importante.

Ya hemos estudiado que los juristas y magistrados franceses fueron los primeros en desarrollar la versión moderna de los principios más elementales en materia de intereses moratorios.

Esta doctrina ejerció una evidente influencia en el Derecho Civil Italiano de los dos últimos siglos; tal como ya hemos apreciado oportunamente.

Ahora bien si el art. 1227 del Código Italiano de 1942 es la fuente inmediata del art. 1324 del Código Peruano de 1984 (57); también podemos sostener que -en el fondo- el art. 1153 del Código Francés es el antecedente más remoto de esta parte de nuestro Código vigente.

Además podemos deducir que el art. 1324 del Código de 1984 se inspira en la doctrina italiana del "daño común"; según la cual es suficiente el cumplimiento del requisito objetivo de la constitución en mora del deudor para que proceda la obligación de reparar los daños comunes (perjuicios financieros) a través del pago de los intereses moratorios que correspondan.

Por último debemos concentrarnos en el tercer gran tema que radica en las posibilidades que ofrece nuestro Código Civil vigente para aspirar a una indemnización más amplia que los simples intereses moratorios.

Por de pronto advertimos que del mismo modo que los Códigos Civiles de 1852 y 1936, el Código vigente mantiene un abanico de opciones que hacen factible la indemnización del "daño mayor" en materia de las deudas dinerarias morosas.

Incluso podemos dividir estas posibilidades de la siguiente manera :

a) Origen contractual

Nos estamos refiriendo a los casos de la cláusula penal prevista por el art. 1341 y el pacto sobre una indemnización del "daño ulterior" sancionada por la última parte tanto del art. 1341 como del art. 1324.

Mientras la primera de estas vías consiste en el acuerdo sobre un monto de dinero normalmente preciso e invariable que el deudor tiene que pagar aunque el acreedor no haya sufrido perjuicios; en el segundo caso -si este monto resulta insuficiente- el acreedor deberá probar la integridad de los daños sufridos para que se determine el saldo pendiente de reparación por concepto de "daño ulterior" que tendría que haber sido objeto de un previo acuerdo ente las partes;

tal como se desprende de los arts. 1341 y 1343 del Código vigente.

En cuanto a esta última modalidad de resarcimiento recordemos que el art. 1324 in fine dispone que "Si hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento".

El art. 179 del Anteproyecto del Dr. Osterling tenía una fórmula de redacción muy parecida a esta parte final del actual art. 1324, constituyendo toda una novedad con relación a los Códigos Civiles de 1852 y 1936.

En cambio el art. 191 de la Ponencia Alternativa preparada por el Dr. Vega García mas bien señalaba que "El acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento "

En el fondo ambas propuestas son muy parecidas y en definitiva el legislador optó por la fórmula propuesta por el Dr. Osterling

Nosotros pensamos que el acuerdo sobre la indemnización del daño ulterior es una de las tantas modalidades de la cláusula penal, tal como se desprende del art. 1341 del Código que, a la letra, dice: "El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores".

A propósito de este dispositivo en la Exposición de Motivos se precisa que ha sido elaborado en base al segundo párrafo del art. 30 del BGB y la primera parte del art. 1382 del Código Italiano (58)

Pues bien del análisis de estos dispositivos fluyen las siguientes reglas :

1) Las legislaciones que regulan la cláusula penal simplemente contemplan que ésta es una de las tantas vías para que el acreedor pueda obtener alguna indemnización.

2) Si el monto resarcitorio previsto y pactado resulta insuficiente, entonces el acreedor tiene derecho a percibir una suma adicional por concepto de reparación del perjuicio ulterior siempre que se haya acordado entre las partes y que el acreedor logre probar en juicio los referidos daños, tal como se precisa

en el art. 1324 del Código Civil del Perú.

3) Por tanto una de las características que tipifican mejor a estas cláusulas penales radica en que su tratamiento queda librado a la voluntad de las partes, siempre que los acuerdos a los que se lleguen no contraríen las normas de orden público.

4) El legislador considera prudente fijar algunas reglas en materia de cláusula penal para aclarar algunos puntos que de otro modo normalmente terminarían por discutirse mediante un juicio; desnaturalizándose de esta manera la finalidad del referido contrato, pues de lo que se trata es precisamente de llegar a un acuerdo previo en materia indemnizatorio para evitar pleitos judiciales sobre el particular.

5) Entonces que la indemnización del daño ulterior esté regulada por un dispositivo expreso como son los artículos 1324 y 1341 de la ley peruana no significa que sólo puede aspirarse a la indemnización del daño mayor cuando lo autoriza el Código mediante norma expresa.

Por otra parte el citado artículo 1324 del CC de 1984 también se aparta de los Códigos que le precedieron en el sentido que elimina la mención expresa sobre la posibilidad de pactar "otra cosa" en cuanto a daños y perjuicios.

Se advirtió que a través de esta vía podían resultar válidas aquellas cláusulas penales que -so pretexto de indemnizar perjuicios exclusivamente financieros- se hubiesen referido a prestaciones cuyos valores habrían superado con abierto exceso el máximo permitido por concepto de intereses moratorios; avalándose de este modo la usura que no puede ser tolerada bajo ningún punto de vista (59).

Nosotros coincidimos con esta apreciación si se trata de garantizar la proporción razonable de una reparación que atiende a los perjuicios financieros.

Pero no existe inconveniente alguno para que los contratantes recurran a una cláusula penal con la finalidad de acordar un monto indemnizatorio muy superior al derivado de la simple aplicación de los intereses legales; siempre y cuando se procure el resarcimiento de daños extra-financieros.

En definitiva gracias a cualquiera de las opciones inicialmente enunciadas tales como la cláusula penal en general y la indemnización del daño ulterior en especial el acreedor puede protegerse contra los efectos de la depreciación monetaria en la medida que el monto indemnizatorio por pagar obedezca -entre otras razones- al factor inflacionario correspondiente al período moratorio

durante el cual una determinada deuda dineraria no se canceló.

b) Origen Legal

El propio Código vigente comprende ciertos dispositivos que de modo expreso ordenan la indemnización del "daño mayor", continuando con la tradición sentada a nivel del Derecho Comparado y de nuestros Códigos anteriores.

En efecto tratándose del contrato de mandato, debemos tener en cuenta el art. 1796 que dice lo siguiente: "El mandante está obligado frente al mandatario...

3. A reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.

4. A indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato. "

Si bien es cierto que la hipótesis de la norma no es el típico caso de la mora del deudor; también es verdad que en el fondo el legislador reconoce que, si el mandante se retrasa en reembolsar los gastos realizados por el mandatario, entonces los intereses legales que se tienen que aplicar importan una suerte de reparación por los daños derivados de la falta de disposición oportuna del capital por parte del mandatario.

Además si nos encontramos en medio de un agudo proceso inflacionario es evidente que la depreciación monetaria experimentada por el monto reembolsable configura un perjuicio adicional para el acreedor; razón por la cual el mandante está obligado a la indemnización de este daño mayor.

Los planteamientos precedentes también pueden aplicarse al caso del reembolso de los gastos realizados por el depositario con motivo de la custodia y conservación del bien depositado.

Debemos advertir que sobre el particular el art. 1851 simplemente señala la obligación del depositante de cumplir con el reembolso antes señalado y a pagar la indemnización que corresponda; a diferencia del art. 1796 que alude a la necesidad que el mandante reembolse los gastos efectuados, mas intereses legales y la indemnización a que hubiere lugar.

De cualquier modo creemos que la referencia del art. 1851 a la reparación de los daños en general incluye tanto a los intereses que persiguen un resarcimiento por la falta de disposición oportuna del capital por parte del depositario; así como los perjuicios derivados de la depreciación monetaria experimentada

por el capital que el depositante tiene que reembolsar.

Todas estas apreciaciones sobre la posibilidad de la indemnización del "daño mayor" por concepto de la pérdida del poder adquisitivo del capital que el deudor debe restituir al acreedor también pueden hacerse extensivas al caso de la fianza.

En este sentido el art. 1890 dispone lo siguiente : :La indemnización que debe serle pagada al fiador comprende:

1. El total de lo pagado por el fiador
2. El interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor
3. Los gastos ocasionados al fiador, después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.
4. Los daños y perjuicios, cuando procedan."

En materia de gestión de negocios también queda abierta la eventualidad que venimos examinando acerca de la indemnización por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital reembolsable.

En efecto el art. 1952 dice así: "Aunque no hubiese ratificación expresa, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión, debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas; reembolsar los gastos efectuados por el gestor con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión. La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultase provecho alguno ."

c) Origen Jurídico

Ahora nos corresponde estudiar aquellos casos en los cuales nos encontramos frente a una deuda dineraria morosa que no ha sido objeto de una cláusula penal o el pacto sobre la indemnización del daño ulterior.

Además asumamos que esta situación tampoco se encuentra prevista por aquellos dispositivos del Código que disponen de modo expreso la indemnización del daño mayor.

Normalmente en estos casos el deudor moroso querrá limitarse a cumplir con la obligación dineraria original, mas el pago de los correspondientes intereses legales.

¿ El acreedor podría aspirar a que el Poder Judicial ampare su pretensión acerca de una reparación adicional por concepto de la depreciación monetaria experimentada por su capital comprometido ?

Un importante sector de la doctrina nacional sostiene que si falta la estipulación sobre la reparación del "daño ulterior"; entonces el acreedor no puede pretender una indemnización superior a los simples intereses legales (60).

En virtud de este pronunciamiento es fácil deducir la imposibilidad que tendría el acreedor para obtener un resarcimiento especial por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital adeudado.

Sin embargo debemos recordar que la legislación civil está diseñada bajo el supuesto de una estabilidad económica.

En este caso los daños comunes que normalmente sufrirá el acreedor son de carácter financiero; razón por la cual la indemnización habrá de limitarse a los intereses legales.

Si nada se pactó y el ordenamiento legal no contase con una norma expresa sobre el particular, el deudor aprovecharía estas circunstancias para no pagar ningún monto indemnizatorio.

El acreedor tendría que recurrir al Poder Judicial para probar los perjuicios financieros sufridos, con la finalidad de lograr una sentencia que obligue directamente al deudor a cumplir con el resarcimiento del caso.

Para evitar semejantes inconvenientes, a todas luces innecesarios el legislador incluye en el Código un dispositivo como el art. 1324, en donde se resuelven de una vez por todas aquellos aspectos que podrían suscitar alguna controversia con relación a las deudas dinerarias morosas, terminando por disponer la obligación de pagar los respectivos intereses legales.

De este modo cualquier daño extra-financiero parece "no común" y solo es capaz de agravar la responsabilidad del deudor moroso si éste acepta voluntariamente una estipulación que contemple la reparación del "daño ulterior".

Por esta razón los arts. 1324 y 1341 se refieren a esta clase de pactos como

una posibilidad que puede o no ser acogida por los contratantes.

Dentro de este orden de ideas nos parece que en las épocas de mínima inflación el acreedor que no acordó la indemnización del daño ulterior o que habiendo estipulado esta clase de acuerdos no llega a probar en juicio la depreciación monetaria experimentada por su capital; entonces -en rigor- no debe beneficiarse con una reparación superior a los simples intereses legales.

¿Que sucede si la referida deuda morosa atraviesa por un proceso de aguda inflación ?

Ante todo debemos considerar la experiencia histórica de Latinoamérica, según la cual -a partir de la segunda mitad del presente siglo- el promedio anual de la inflación bordea el 20%; mientras que en los países europeos, donde se encuentran las fuentes más importantes de los dispositivos legales que venimos analizando, la inflación tiene un promedio anual cercano al 5%

Entonces podemos sostener que la aguda depreciación monetaria se está constituyendo de manera progresiva en un factor de vocación de permanencia que se hace patente en nuestras precarias economías; cuyos efectos alcanzan a cualquier transacción dineraria común y corriente, tal como ocurre con las deudas morosas por ejemplo.'

Desde esta perspectiva el envilecimiento del valor del dinero se ha convertido en una suerte de "daño común" que -sin embargo- no cuenta con alguna solución expresa en el Código vigente en el sentido que obligue al deador a responder por esta clase de perjuicios extra-financieros.

Además precisamente porque se tratan de "daños comunes" no parece coherente postular que la única manera de arribar al necesario resarcimiento tenga que pasar por la clásica cláusula penal acerca de la indemnización del daño ulterior.

De esta manera el art. 1324 del Código de 1984 parece una norma insuficiente, que ha sido desbordada por la realidad de los acontecimientos que viene experimentando la economía peruana desde que este cuerpo legal entró en vigencia.

Ante esta notoria insuficiencia del Código el deador de mala fé se limitará al pago de los intereses legales, argumentando que a falta de ley expresa y de la estipulación del daño ulterior entonces no está obligado a cumplir con ninguna reparación adicional.

Probablemente el acreedor se dirigirá al Poder Judicial con la pretensión de obtener una sentencia que ordene al demandado a responder por la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

Sobre el particular creemos que los magistrados deben actuar con la suficiente amplitud de criterio como para no dejarse seducir tan fácilmente por las argumentaciones de corte legalista que seguramente ofrecerá el deudor inescrupuloso.

¿Que consideraciones podrían tomar en cuenta los jueces peruanos, a la luz del Derecho Comparado, para resolver estas controversias a favor del acreedor perjudicado?

Un sector de nuestra doctrina sostiene que en el ordenamiento civil peruano no puede prosperar la diferenciación entre las deudas de dinero y las deudas de valor ya que las primeras son también deudas de valor, pues los contratantes las conciben en términos de un capital que tiene cierto poder adquisitivo.

A demás se agrega que las deudas de valor son también dinerarias en el sentido que normalmente pueden traducirse en una cierta cantidad de unidades de moneda o billete.

Como todas las obligaciones pecunarias equivalen a un capital, entonces se encuentran expuestas -sin ninguna distinción- a los efectos de la depreciación monetaria.

Mediante este razonamiento se insinúa que los magistrados pueden decretar la revaluación de cualquier obligación pecunaria; salvo -desde luego- que las partes hayan recurrido a una cláusula de estabilización autorizada por el art. 1235 del CC vigente; en cuyo caso habría que respetar los términos de la indexación allí contemplados.

Finalmente los seguidores de esta corriente de opinión precisan que los jueces pueden aplicar la revaluación de dos maneras:

a) Desde la fecha de nacimiento de la obligación, incluso durante el plazo convencional para ser cumplida, y hasta el momento del efectivo pago -aún cuando la obligación ya sea exigible- si, entre tanto, el gobierno ha dictado medidas económicas que afectan el valor real de la moneda.

b) Tan solo desde el instante que la obligación es exigible, hasta la oportunidad del correspondiente pago.

En este último caso se debe respetar la voluntad de las partes que han excluido cualquier cláusula de estabilización que habría permitido una indexación durante el plazo voluntario para cumplir la obligación pactada (61)

Nosotros pensamos que el art. 619 del Código Argentino se presta para interpretaciones que pregonan el valorismo como eje central del sistema monetario nacional.

Desde este punto de vista parecen coherentes los planteamientos de un sector de la doctrina argentina según los cuales en este país no cabe distinguir entre obligaciones de dinero y obligaciones de valor.

Pero de allí a reproducir todas estas formulaciones para analizar el caso peruano nos parece una actitud forzada y sumamente cuestionable.

Ya hemos apreciado que en el Perú el art. 1324 del Código de 1984 se pronuncia abiertamente por el nominalismo; incluso esta posición es reconocida por quienes predicán que en nuestro país no puede distinguirse entre deudas de dinero y deudas de valor (62)

Por tanto si los contratantes celebran una transacción tomando como referencia nuestra moneda nacional resulta que por expresa disposición del citado art. 1324 el deudor -en principio- sólo está obligado al pago de la misma cantidad de monedas con referencia al monto nominal originalmente pactado.

Desde este punto de vista los jueces peruanos no podrían ordenar la revaluación de una obligación dineraria como tal, asumiendo que -desde la fecha de su nacimiento consistía en una obligación de valor- inclusive aún cuando el deudor ha sido constituido en mora y cumple posteriormente con la prestación a su cargo.

Por otra parte no olvidemos que para la más reciente doctrina argentina ya quedó superada la discusión del problema que partía del análisis sobre la procedencia o improcedencia de la distinción entre las deudas de dinero y las deudas de valor.

Actualmente predomina el temperamento que el art. 619 del Código Argentino consagra el nominalismo como regla general y, por tanto, las obligaciones dinerarias que nacen de un contrato conservan incólumes su calidad de tal y no pueden confundirse con las obligaciones de valor.

Por último en cuanto a la percepción que tienen las partes en el sentido que si aluden a cualquier obligación con referencia a la moneda nacional -en rigor-

está pensando en términos de su poder adquisitivo; solo nos basta contestar que en este caso los contratantes -de manera consecuente- habrían tenido que acordar alguna cláusula de estabilización al amparo del art. 1235.

Si las partes no han coincidido en uno de estos pactos de corte valorista, nada autoriza a los jueces para asumir que los indicados contratantes se referían al capital transado en términos de su capacidad de compra.

Otro sector muy importante de nuestra doctrina sostiene por su parte que las obligaciones de dinero mantienen su calidad de tal; incluso luego que el deudor ha sido constituido en mora.

Ahora bien se agrega que en virtud de esta nueva situación jurídica del deudor nace automáticamente la obligación de indemnizar que -por definición- es una deuda de valor; la misma que no puede confundirse con la obligación de dinero originalmente pactada.

Dentro de este orden de ideas se piensa que la referida obligación de indemnizar incluye a los intereses legales y la posibilidad adicional de un monto extra por concepto de la depreciación monetaria que experimente el capital comprometido a lo largo de todo el período moratorio (63)

Por una parte a nosotros nos parece que en la medida que esta posición reconoce el valor nominal de la obligación original; entonces resulta coherente con el principio nominalista consagrado por el art. 1324 de nuestro Código.

Por otro lado en cuanto a la consideración de la indemnización como una deuda de valor que puede incluir el resarcimiento por concepto de la depreciación monetaria sólo nos queda advertir que se trata de un planteamiento que ya ha sido desarrollado hace algunos años por un importante sector de la doctrina y jurisprudencia argentina que cuenta hasta hoy con un grado de aceptación bastante respetable.

Por nuestra parte queremos añadir algunas reflexiones que pueden enriquecer la discusión planteada; siempre desde la perspectiva del Derecho Comparado.

Conforme a la moderna doctrina y jurisprudencia de los países examinados se tienen las siguientes apreciaciones :

1) Que los Códigos Civiles incluyan reglas especiales sobre los intereses legales, no significa que la extensión de la responsabilidad del deudor se limita a este rubro.

2) La regulación por ley de la cláusula penal y específicamente del pacto acerca de la indemnización del daño ulterior, no quiere decir que sólo se puede pretender el resarcimiento del perjuicio mayor cuando expresamente la legislación lo autoriza.

3) Que las leyes civiles contemplen reglas especiales en ciertos contratos como los de mandato, fianza, etc. mediante los cuales se decreta la indemnización del daño mayor, tampoco significa que esta clase de reparación procede con solo si existe un dispositivo que se pronuncie de modo expreso en tal sentido.

4) De este modo el resarcimiento del daño mayor mas que un estrecho camino exclusivamente delimitado por la ley resulta un campo muy fértil que la doctrina y jurisprudencia procuran ensanchar cada vez más con la finalidad de satisfacer al acreedor que en ciertos casos se perjudica en demasía por la considerable depreciación monetaria que experimenta su capital comprometido en alguna deuda morosa .

5) Por tanto -mas allá de las previsibles argumentaciones de corte legalista que seguramente esgrimirá el deudor para limitar su responsabilidad a los simples intereses legales- toca en particular a los jueces peruanos la tarea de concebir estos problemas desde una perspectiva lo suficientemente elevada como para realizar verdaderos aportes al Derecho, contando desde luego con la necesaria prudencia para formular en cada caso el respectivo fallo de tal manera que no se caiga en el otro extremo del favoritismo a ultranza con relación al acreedor perjudicado.

Realizando un esfuerzo de síntesis podemos señalar lo siguiente :

1) Nuestros Códigos Civiles siempre han reconocido el nominalismo como regla general

de nuestro sistema monetario nacional, aún cuando se han admitido diferentes fórmulas valoristas pero con carácter de excepción.

2) En consonancia con el Derecho Comparado nuestro ordenamiento legal siempre ha permitido que las partes puedan protegerse contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional que es objeto de una obligación dineraria valiéndose de la cláusula penal

Dentro de este orden de ideas los contratantes también pueden recurrir al acuerdo sobre la indemnización del "daño ulterior" cuya mención expresa ocurre por primera vez en nuestro Código de 1984.

3) Si nada se estipuló acerca de la situación del deudor moroso, los Códigos del Perú siempre han admitido por lo menos la aplicación de los intereses legales cuya finalidad es la reparación por concepto de los daños financieros que normalmente sufre cualquier acreedor común y corriente; tal como se aprecia en el Derecho Comparado.

4) Siempre han existido dispositivos expresos que al regular la parte de contratos especiales establecen -en ciertas ocasiones- una reparación superior a los simples intereses legales ; facilitándose por esta vía la eventualidad de un resarcimiento en atención a la depreciación monetaria que pueden haber experimentado algunas deudas morosas.

5) En ausencia de uno de estos artículos expresos y no habiéndose acordado ninguna cláusula penal sobre el particular, procede discutir la posibilidad que el Poder Judicial disponga en ciertos casos la indemnización del daño mayor.

Sobre el particular advertimos en el Derecho Peruano las siguientes corrientes de opinión : a) Algunos niegan de plano la hipótesis planteada

b) Puede pensarse que las deudas de dinero también son deudas de valor; razón por la cual procede la revaluación en ambos casos, aún cuando el deudor se encuentre en situación de mora; tal como sostuvieron en su oportunidad muchos estudiosos y magistrados argentinos.

c) La indemnización es una obligación de valor que puede incluir, a parte de los intereses legales, la reparación por concepto de la consabida depreciación monetaria.

En este caso también apreciamos una línea de pensamiento muy similar a la desarrollada por un importante sector de juristas y jueces argentinos.

d) Por nuestra parte creemos que a la luz del Derecho Comparado debe considerarse que en las épocas de aguda inflación la depreciación monetaria se convierte en un "daño Común" que, desde luego, debe ser indemnizado.

CITAS

- (1) Carbonnier, Jean .- "Derecho Civil", T. II, Vol. II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971, págs 611 y 612
- (2) De la Puente y Lavallo, Manuel; op. cit., pág 33
- (3) Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", TVII, Vol II. Habana, Cultural SA, 1936, pág 191
- (4) Gurfinkel de Wendy, Lilian; op. cit., pág. 117
- (5) Pothier, R.J. .- "Tratado de las Obligaciones" Buenos Aires, 1947, pág. 101
- (6) Bonet Correa, José; op. cit., pág. 392
- (7) Planiol, Marcelo y Ripert. Jorge; op. cit., págs. 191 y 192
- (8) Alterini, Atilio.- "Responsabilidad Civil" Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1979, pág 297
- (9) Nussbaum, Arthur.- "Teoría Jurídica del Dinero". Madrid, 1929, pág. 243
- (10) Carbonier, Jean; op. cit., pág. 611
- (11) Planitz, Hans.- "Principios de Derecho Privado Germánico" Barcelona, Ed. Bosch , págs 222 y 223.
- (12) Bonet Correa, José; op. cit., págs. 394 y 395
- (13) Hedemann.- "Tratado de Derecho Civil", Vol. III. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, págs. 179 y 180
- (14) Gurfinkel de Wendy, Lilian; op. cit., pág. 115
- (15) Nussbaum, Arthur; op. cit., págs. 242 y 243.
- (16) Giorgi, Jorge.- "Teoría de la Obligaciones ". Vol. II. Madrid, Ed. Reus SA, 1977, págs 183 y ss.

(17) Trabucchi, Alberto.- "Instituciones de Derecho Civil" T. II. Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1967, pág 76

Messineo, Francesco.- "Manual de Derecho Civil y Comercial", T. IV. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, págs. 340 y 341.

Bonet Correa, José; op. cit., págs. 393 y 394

(18) Valverde y Valverde, Caixto.- "Tratado de Derecho Civil Español", T. III. Valladolid, 1937, pág 109.

De Diego , Clemente.- "Instituciones de Derecho Civil Español", T. II. Madrid, 1959, pág. 37

(19) Albaladejo, Manuel.- "Derecho Civil", T. II, Vol I Barcelona, Librería Bosch , 1980, pág 201.

(20) Bonet Correa, José; op. cit., págs. 382 y ss.

(21) Giorgi, Jorge; op. cit., pág 180

Bonet Correa, José; op. cit., pág 382

(22) Bonet Correa, José; op. cit., pág. 395

(23) Gurfinkel de Wendy, Lilian; op. cit., págs. 115 y 137

(24) Código Civil de la República de Argentina, 24^º Edición, Buenos Aires , Abeledo Perrot, pág. 142

(25) Gurfinkel de Wendy, Lilian; op. cit., págs. 120 y ss.

(26) Llambías, Jorge; op. cit., págs. 253 y 254

(27) Código Civil de la República Argentina, pág. 141

(28) López Cabana, Manuel; op. cit., págs 84 y 85 Casiello, Juan José.- "Deudas de Valor y Dinerarias. La indexación de las Deudas Dinerarias en el Derecho Argentino y Comparado" En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado. Buenos Aires , Ed. DEPALMA, 1976, pág 107

(29) Natale, Alberto; Vera, María; Dávila, Clara; Aletta de Sylvas, Carlos; op. cit., pág. 389

(30) Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G.; op. cit., pág 111

(31) Ibid., pág. 124

(32) Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo.- "Inflación y Actualización Monetaria". Buenos Aires, Ed. Universidad, 1981, pág 202

(33) Cazeaux, Néstor.- "Panorama General del Reajuste por Depreciación Monetaria en la Doctrina y Jurisprudencia". En : Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1980, págs 394 y 395

(34) Parada Barreneche, Oscar y Solarte Rodríguez, Oscar.- "Inflación y Revaluación en las Obligaciones Dinerarias" Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1987, pág 141

(35) Uribe Restrepo, Luis.- "Las Obligaciones Pecunarias Frente a la Inflación" Bogotá, Ed. Témis, 1984, pág. 91

(36) Meza Barros, Ramón.- "Manual de Derecho Civil" Santiago de Chile, ed. Jurídica de Chile, 1974, págs. 246 y 247

(37) Manrique Gómez, Gustavo.- "La Desvalorización Monetaria en el Derecho Contractual Privado Colombiano" Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Tesis para optar el Título de Abogado, 1983, págs 24 y 25

(38) Moisset de Espanés, Luis, Pizarro, Ramón; Vallespinos, Carlos; op. cit., pág 59

(39) Uribe Restrepo, Luis; op. cit., págs. 93 y 94

(40) Meza Barros, Ramón; op. cit., pág. 246

(41) Manrique Gómez, Gustavo; op. cit., págs. 25, 54 y 55

(42) Ospina Fernández, Guillermo.- "Régimen General de las Obligaciones" Bogotá, Ed. Témis, 1984, págs. 141 y 142.

(43) Durán Trujillo, Rafael.- "Noiones de Responsabilidad Civil" Bogotá, Ed. Témis, 1957, pág. 101

Parada Barreneche, Oscar y Solarte Rodríguez, Oscar; op. cit., págs. 125-

127 y 146-149

(44) García Sayán, Enrique.- "La Depreciación Monetaria y el Cumplimiento de los Contratos entre Particulares" Lima, Tesis de la Universidad de Lima, 1932, págs 40 y ss.

Olaechea, Manuel Augusto.- "Lecciones de Derecho Civil" T.I. Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1937, pág.30

(45) Samanamú, F.- "Instituciones de Derecho Civil Peruano" T.II. Lima, Imprenta y Librería de San Pedro, 1917, pág 95

Guzmán Ferrer, Fernando.- "Código Civil", T. III. Lima, 1977, pág. 883

(46)García Sayán, Enrique; op. cit., págs. 42 y 43

(47) Ferrero Rebagliati, Raúl.- "Aspectos Jurídicos de la Inflación" En: Derecho y Economía, Lima, CONCYTEC, 1989, pág. 310

(48) Osterling Parodi, Felipe.- "Anteproyecto de las Obligaciones y sus Modalidades y Efectos" En: Proyectos y Anteproyectos de las Reformas del Código Civil. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1980, pág. 204.

(49) Castañeda, Jorge Eugenio.- "Instituciones de Derecho Civil" T. II, Lima, 1978, pág. 129.

(50) Castañeda, Jorge Eugenio; op. cit., págs. 167 y 191-192

(51) De la Puente y Lavallo, Manuel; op. cit., pág. 31

Fernández Cartagena, Julio.- "Actualización de Deudas Pecuniarias-Implicancias Civiles" En: Rev. de Derecho Thémis, N° 14, Lima, 1989, pág 70

Osterling Parodi, Felipe y Cárdenas Quiróz, Carlos.- "Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil, T. V. Parte III. Lima, 1985, págs. 295 y ss.

(52) Osterling Parodi, Felipe; Cárdenas Quiróz, Carlos; op. cit., pág. 297

(53) Montoya Alberti, Ulises.- "Anteproyecto de las Obligaciones y de sus Modalidades y Efectos " En : Proyectos y Anteproyectos de las Reformas del Código Civil, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1980, págs 197 y 326

(54) Osterling Parodi, Felipe.- "Anteproyecto de las Obligaciones y de sus Modalidades y Efectos" . En: Proyectos y Anteproyectos de las Reformas del Código Civil, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú , 1980, pags. 197 y 326

(55) Ibid, pág. 327

(56) Vega García.- "Ponencia Alternativa en Materia de Obligaciones" En : Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil T. II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, pág. 165

(57) Cárdenas Quiróz, Carlos.- "El Pago de Intereses en el Código Civil de 1984" En : Lecturas y Casos de Derecho de Obligaciones, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989. pág. 265.

(58) Osterling Parodi, Felipe y Cárdenas Quiróz, Carlos; op. cit., pág 464

(59) Cárdenas Quiróz, Carlos; op. cit., pág 266

(60) Ibid, Pág. 266

(61) Fernández Cartagena, Julio; op. cit., págs. 69-71

(62) Ibid., pág 70

(63) De la Puente y Lavalle, Manuel; op. cit., págs. 31-35.

CAPITULO IV

NUEVAS TENDENCIAS

Es verdad que existen apreciables estudios sobre los aspectos mas puntuales que encierra la indexación de los capitales morosos y es muy poco lo que podemos añadir.

Por ejemplo un punto tan trascendental como es el fundamento jurídico de esta clase de revaluaciones ha merecido serias y extensas reflexiones sobretodo de la órbita del Derecho Civil.

Sin embargo las modernas tendencias apuntan hacia una perspectiva de análisis mucho más amplia que se aproxima al Derecho Monetario.

Nosotros nos identificamos plenamente con estos recientes esfuerzos. Por esta razón en la primera parte del presente capítulo trataremos de enriquecer la discusión sobre los fundamentos de la indexación de los capitales morosos.

Por otra parte los análisis que venimos elaborando a lo largo de nuestro trabajo han terminado por convencernos sobre la necesidad de la existencia de una legislación expresa en torno a la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

Este es un punto de reflexión relativamente novedoso que abarca muchos aspectos que suscitan controversia y que definitivamente adquiere matices propios si tomamos muy en cuenta la realidad peruana.

Entonces la segunda parte del presente capítulo está dedicada precisamente a la discusión de los términos básicos que debería contemplar una legislación como la propuesta.

A.- Fundamentos de la Revaluación

Seguidamente vamos a ordenar y explicar con un criterio sistemático los diversos argumentos que se han formulado para sustentar la indexación de los pasivos morosos.

De este modo podremos descubrir una serie de tendencias cuya formulación teórica nos facilitará el entendimiento sobre el sentido y alcances de las diversas propuestas de solución que hasta ahora se han planteado en torno al ajuste por inflación.

1.- Buena Fé

Sabemos que durante la Edad Media y sobretodo en los tiempos de la Revolución Francesa el dinero se consideraba como un simple medio para adquirir mercancías.

En todo caso los modernos juristas que participaron en la formulación del Código Francés parecen haber estado mas preocupados por los bienes y servicios, relegando a una especie de segundo plano la importancia de la moneda.

Quizás por esta razón encontramos en el referido cuerpo legal diversas normas sobre los bienes muebles e inmuebles; así como respecto a los servicios en general.

En cambio resulta mucho menor la cantidad de reglas que podemos ubicar en torno al dinero.

A parte de esta diferencia cuantitativa es más importante apreciar que para el Derecho Civil la moneda resultaba tan solo un simple objeto sobre el cual las personas podían contratar, a diferencia de lo que ocurría con los demás bienes.

Al respecto recordemos que los particulares recurrían cada vez con mayor frecuencia a la compra-venta para adquirir sobretodo los bienes que le permitían satisfacer sus necesidades mas elementales ó que servían como capital de trabajo (predios agrícolas, maquinarias, insumos, etc.)

Gracias al acuerdo voluntario sobre cosa y precio las personas podían llevar a cabo todas estas transacciones tan importantes para el conjunto de la sociedad.

De este modo el principio de la voluntad de la persona humana se rige como uno de los pilares de la economía que resulta protegido y regulado por el Derecho.

Desde este punto de vista el legislador del Código Civil Francés se valió de la figura jurídica del contrato para identificar y reglamentar.. salvo pacto en contrario las principales transacciones que eran del máximo interés para la naciente burguesía.

Dentro de este orden de ideas la compra-venta aparece como el contrato modelo que hasta el día de hoy normalmente es el primero de los contratos típicos que contemplan los Códigos y que cuenta con la mayor cantidad de artículos dedicados a su regulación.

Por tanto esta óptica contractualista se vale del "precio" para referirse al dinero. en otras palabras la moneda es relevante para el Derecho cuando forma parte de los contratos; sobretodo de aquellos que se refieren a la transferencia de bienes a título oneroso.

También recordemos que tanto en la Edad Media como en el siglo XIX los poseedores de cierto capital dinerario solían prestar estos fondos para obtener el beneficio de los intereses compensatorios o retributivos.

Desde luego esta transacción típicamente monetaria también se contempló en el Código Francés a través del consabido contrato de mutuo.

En este caso el principio de autonomía de la voluntad de las partes nuevamente envolvía cualquier apreciación sobre el dinero.

Incluso el art. 1895 del Código Francés dispone que las partes en un contrato de mutuo solo podían atribuir a la moneda un valor nominal ya acuñado por el Estado.

Entonces no es la ley sino la voluntad de las personas expresada en un contrato privado la encargada de atribuir un valor nominal a la moneda.

Esta perspectiva se amplía por ejemplo con el art. 1817 del Código Peruano de 1852 que luego de reconocer el nominalismo como regla general admite la posibilidad de pactos valoristas en el entendido que si las partes recurren al dinero lo pueden hacer en función de su valor económico.

Gracias a este tipo de concepción se amplía el campo de la autonomía de la voluntad de las personas quienes quedaban en completa libertad para atribuir al dinero o un valor nominal o un valor real en cada una de las transacciones económicas que llevaban a cabo.

En otras palabras para el Derecho del siglo XIX el dinero no tiene un valor en sí. Mas bien la voluntad humana puede otorgar a esta clase de objeto desde un valor nominal hasta un valor real que, a su vez, podía referirse tanto al valor físico o metálico de cada unidad de moneda como a su capacidad de compra.

En cambio los bienes muebles e inmuebles que podían adquirirse con el dinero siempre han contado con una suerte de "personalidad propia" porque, en principio, es la ley civil la que desde antaño los ha reconocido y enunciado como tales. sin reservar esta tarea a las partes que intervenían en los contratos.

Ahora bien si definimos por negación el principio de autonomía de la

voluntad diremos que el Estado o cualquier tercero queda excluido en la toma de decisiones que adoptan los contratantes que participan en una determinada transacción dineraria.

Por otra parte este principio de corte individualista no quiere decir que la ley proteja a la libertad contractual incluso en el extremo que linde con el capricho o la arbitrariedad humana pura y simple.

Mas bien el ordenamiento civil tutela el comportamiento razonable de los hombres que en materia económica normalmente se guía por el cálculo de costo-beneficio.

De esta manera cuando dos o mas personas celebran una transacción dineraria lo más probable es que se hayan dejado guiar por el razonamiento de costo-beneficio para decidir si se van a referir a la moneda empleada en función de su valor nominal o real.

Nosotros creemos que estos son los términos de la buena fé acerca de la voluntad de las partes sobre el valor que atribuyen al dinero.

Normalmente en las épocas de estabilidad económica se observa una coincidencia entre el valor nominal y real de la moneda.

Por esta razón carece de relevancia para los contratantes dilucidar la conveniencia o no de un pacto valorista.

Si la obligación dineraria se cumple durante el plazo pactado o cuando el deudor ha sido constituido en mora; prácticamente habrá permanecido inalterable el poder adquisitivo del dinero.

Desde este punto de vista en virtud de la buena fé contractual el acreedor no podrá exigir la revaluación de estos pasivos.

Por otra parte podría suceder que efectivamente existía una relativa estabilidad económica en la fecha que se celebró un negocio sujeto a plazo.

Si el deudor termina constituido en mora y pretende cumplir la obligación dineraria a su cargo en función del monto nominal originalmente pactado, pueden suscitarse desavenencias con el acreedor si entre tanto se aprecia un significativo proceso inflacionario que precipita la depreciación monetaria.

En efecto si en la fecha de celebración del contrato los cálculos de costo-beneficio arrojaban un determinado margen de ganancia a favor del deudor; no

es razonable que -luego de ejecutadas las prestaciones por ambas partes- este deudor obtenga un importante incremento del margen de ganancia original por concepto de la depreciación monetaria ocurrida y no prevista inicialmente.

En este caso el indicado deudor, si viene actuando de buena fé, se sentirá compelido a consentir alguna fórmula indexatoria que permita trasladar al acreedor los resultados de la diferencia que ha obtenido en el negocio por concepto de la depreciación monetaria antes señalada .

Si mas bien nos encontramos en plena época de alteración del valor de la moneda, lo razonable es pensar que los contratantes recurrirán a una cláusula de estabilización; en cuyo caso no habría mayores problemas con la buena fé del deudor aún cuando cumpla con la obligación a su cargo después de haber sido constituido en mora.

En la extrema situación que no se haya pactado una cláusula de estabilización y el deudor realizó con mora la prestación que le corresponde ¿Cual sería el dictado de la buena fé contractual?

Por de pronto debemos tener presente que la circunstancia de no haberse acordado ningún pacto valorista es un problema de falta de previsión imputable sobretodo al acreedor.

De todas maneras es incuestionable que los contratantes han realizado algunos cálculos de costo-beneficio, los mismos que terminarán con mayores distorsiones cuanto más prolongada sea la fecha del pago moroso; toda vez que -por definición- es muy difícil predecir a mediano y largo plazo los tramos descendentes y ascendentes del poder adquisitivo de la moneda utilizada en el negocio.

Por otra parte -asumiendo como regla la buena fé del deudor- lo más probable es que haya incurrido en mora porque viene agotando sin éxito las gestiones personales que le permitirían contar con la suma de dinero originalmente acordada a fin de cumplir cuanto antes con la obligación a su cargo.

Pero de cualquier modo en la oportunidad que se pretenda realizar este pago moroso el deudor que mantiene una actitud de buena fé se verá compelido a reconocer la necesidad de llevar a cabo una revaluación del monto por cancelar; toda vez que esta es la única manera que le permitiría desplazar al acreedor los resultados de la diferencia que finalmente ha obtenido en el negocio en virtud de la depreciación monetaria acontecida

No es que esta clase de pagos extemporáneos originen por sí mismos la

desventaja del acreedor en razón de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Mas bien sucede que la actitud del deudor consistente en realizar un pago en situación de mora produce el efecto de prolongar automáticamente la incidencia de la inflación y/o deflación sobre el monto de dinero inicialmente pactado que, insistimos, puede generar un apreciable incremento del margen de ganancia original que no estaba previsto en ninguno de los cálculos de costo-beneficio realizados por los contratantes .

Luego de haber analizado todas estas hipótesis podemos sostener que, en suma, el problema queda centrado en función de dos factores: tiempo y depreciación monetaria.

Desde este punto de vista entendemos que, luego de haber vencido el plazo acordado para el cumplimiento de la obligación dineraria, ésta deviene en un crédito exigible que -desde luego- será susceptible a las variaciones del valor de la moneda , aún cuando el deudor no se encuentre en situación de mora.

Respecto a este último caso podemos señalar que le son plenamente aplicables todas las reflexiones vinculadas a la buena fé que hemos realizado en las páginas anteriores.

En definitiva nos parece que el dato sobre la fecha de la constitución en mora del deudor prácticamente ayuda muy poco para el desarrollo de un análisis relativo a los pagos extemporáneos de las deudas dinerarias a partir de una perspectiva eminentemente monetarista.

En Argentina existe por lo menos un fallo en este sentido que cuenta con cierto apoyo de un sector de la doctrina; aún cuando debemos reconocer que esta posición todavía no ha desencadenado una corriente de jurisprudencia clara y predominante (1).

A manera de resúmen podemos manifestar lo siguiente :

a) El moderno Derecho Civil se ha valido del principio de la autonomía de la voluntad de las personas y en especial de la institución contractual para regular tanto las transacciones dinerarias como lo referente a la determinación del valor de la moneda dentro del ámbito de los negocios celebrados entre particulares.

b) En la etapa de formación del contrato tanto el acreedor como el deudor realizan sus cálculos de costo-beneficio para escoger de común acuerdo entre el

valor nominal y real que finalmente atribuirán a la moneda por utilizar en el negocio que se está llevando a cabo.

Tal es la manera como se expresa desde un inicio la buena fé contractual con relación a la voluntad de las partes acerca del valor que atribuyen al dinero.

c) En las épocas de aguda inflación se distorcionan los cálculos de costo-beneficio realizados inicialmente por los contratantes; quedando despojados de la racionalidad que guardaban.

Gracias a la revaluación del monto dinerario originalmente acordado el deudor de buena fé traslada al acreedor los resultados de la diferencia que ha obtenido en el negocio por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

De este modo ambas partes terminan por obtener el adecuado margen de ganancia que pretendía desde un primer momento.

d) En definitiva la buena fé es un fundamento de naturaleza contractual que desde un punto de vista sistemático resulta anterior y superior al nacimiento de la obligación dineraria en sí.

Teniendo en cuenta que la buena fé se encuentra presente tanto en la etapa de celebración como de la ejecución de los contratos, puede servir de fundamento para postular la revaluación de la obligación dineraria dentro y fuera del plazo pactado para su cumplimiento.

En este último caso bastaría que el crédito se torne exigible, sin necesidad de la constitución en mora del deudor.

2.- Indemnización

Supongamos que se ha celebrado una transacción dineraria pura y simple; lo más probable es que el deudor que realiza el pago con retraso se limite a entregar al acreedor la suma originalmente pactada.

Ya sabemos que si el deudor actúa con buena fé en el momento del referido pago, entonces tendría que reconocer el abono del capital inicial mas una cantidad adicional por concepto de la depreciación monetaria, si fuese el caso.

También podemos imaginar que si el deudor termina por ser constituido en mora, resulta compulsivamente obligado al pago extra de los respectivos intereses legales, a parte claro está de la amortización del capital.

Solamente cuando el deudor actúa de buena fé en el momento del pago moroso, entonces se encuentra compelido a entregar al acreedor una suma adicional por concepto de la depreciación monetaria acontecida.

¿Que ocurre si el deudor se comporta con mala fé y se resiste al abono de cualquier otra cantidad diferente de los intereses legales?

Desde nuestro punto de vista resultaría insuficiente la voluntad de las personas -a través de la buena fé- como fuente o fundamento de la obligación del deudor para proceder a la revaluación del monto original de la respectiva deuda dineraria.

De esta manera no nos quedaría más remedio que ingresar al campo de la legislación para tratar de encontrar algún sustento que pueda amparar la pretensión del acreedor perjudicado por los efectos de la inflación acaecida.

Sobre el particular ya hemos apreciado que los Códigos Civiles más importantes de Europa y Latinoamérica, así como nuestra legislación nacional, incluyen por lo menos dos sistemas indemnizatorios que nos importa destacar en este momento.

En primer lugar advertimos la presencia de diversas reglas de carácter general sobre la indemnización de los daños y perjuicios, a partir de los cuales se desprende el principio de la reparación integral.

En el fondo se parte de la consideración de la totalidad de los daños sufridos por el acreedor -que bien pueden incluir las pérdidas por concepto de la depreciación monetaria- para concluir sobre la necesidad de llevar a cabo una reparación integral.

Si en materia de las deudas dinerarias los respectivos intereses legales resultan insuficientes para lograr este cometido, entonces debe procederse a la determinación de una suma adicional que alcance para resarcir suficientemente todos los daños sufridos por el acreedor.

Con mayor precisión se ha llegado a señalar que los intereses legales en principio solo protegen los perjuicios originados por la falta de disposición oportuna del capital, mientras que la indemnización del daño mayor procura resarcir otras pérdidas que, por ejemplo, pueden consistir en la depreciación monetaria derivada de un proceso inflacionario (2).

En segundo lugar existen reglas civiles que confieren un tratamiento especial a las deudas dinerarias morosas, señalando de manera expresa que en

estos casos proceden los intereses legales.

De este modo un respetable sector de la doctrina extranjera y nacional realiza una interpretación restrictiva de estos dispositivos legales y niega en tales casos la indemnización del daño mayor, aún cuando el acreedor realmente haya sufrido perjuicios por concepto de la depreciación monetaria por ejemplo (3).

En cualquier caso lo cierto es que desde el punto de vista legal se trata de un asunto sumamente discutible cuya dilucidación para efectos prácticos corresponde al Poder Judicial del Perú, con todos los inconvenientes del riesgo sobre el resultado final del fallo, costos de litigio e inversión de tiempo que deberá emplear el acreedor perjudicado.

Sin embargo creemos que la solución más adecuada debe proyectarse en otro sentido. Tengamos en cuenta que en las épocas de relativa estabilidad económica las deudas dinerarias morosas normalmente originan un sólo perjuicio que es de carácter financiero.

Este "daño común" así denominado por el Derecho Italiano merece un resarcimiento que, desde el punto de vista económico, también es de naturaleza financiera y consiste en los intereses legales.

A todas luces resultaría ociosa la discusión sobre la existencia de esta clase de perjuicios y por otra parte puede abreviarse la discusión sobre el cálculo del correspondiente monto resarcitorio capaz de cubrir de manera idónea la totalidad de estos clásicos daños recurriendo a una tasa promedio del sistema financiero que refleje adecuadamente el precio o valor del dinero que -en principio- gira alrededor del 5% anual

Precisamente para ahorrar los innecesarios pleitos judiciales sobre cada uno de estos puntos, los Códigos Civiles de Europa y Latinoamérica siempre han incluido un artículo expreso disponiendo que en los casos de las deudas dinerarias surge la obligación adicional de pagar los respectivos intereses legales del caso.

Ahora bien nosotros creemos que en las últimas décadas las economías de países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Bolivia, Uruguay, etc. han tenido un comportamiento bastante inestable debido a los erráticos procesos inflacionarios que han venido soportando.

De igual modo en el Perú este es un fenómeno con cierta vocación de permanencia que ha producido evidentes perjuicios para los acreedores en el

promedio de las transacciones dinerarias que han llevado a cabo.

Al menos en los períodos de aguda inflación -que lamentablemente son muy frecuentes y tienden a prolongarse a corto, mediano y, a veces, hasta largo plazo- se torna francamente ocioso el debate sobre la existencia de perjuicios por concepto de la depreciación monetaria de los capitales morosos y la necesidad de su ajuste por inflación.

¿Tiene sentido que nuestro Código Civil vigente mantenga la actual redacción del art. 1324 que se presta con facilidad para la clásica discusión sobre la indemnización del daño mayor en el caso de las deudas dinerarias morosas?

Nosotros pensamos que la depreciación monetaria tal como acabamos de apreciarla constituye una suerte de "daño común" que -a semejanza de los perjuicios financieros- requiere de una legislación especial.

Entonces asumiendo que la indemnización civil es el fundamento de fondo para sostener la procedencia de una reparación por concepto de la pérdida del poder adquisitivo experimentado por el capital moroso, la regla más apropiada para tratar esta materia parecería encontrarse precisamente en el art. 1324 antes citado.

Ahora bien en el Derecho Comparado advertimos hasta dos caminos de solución para resolver el problema propuesto.

Por un lado recordemos que el art. 1224 del Código Italiano establece lo siguiente: "En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aun cuando no se debieran anteriormente y aún cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño.

Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.

El acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios."

La referencia a esta regla resulta muy pertinente si recordamos que constituye el antecedente inmediato del art. 1324 de nuestro Código vigente.

Además debemos tener presente que con motivo de la preparación del actual ordenamiento civil peruano el Dr. Vega García elaboró la Ponencia Alternativa sobre las Obligaciones, cuyo art. 191 emplea una fórmula de

redacción bastante parecida al referido art. 1224 de la ley Italiana.

Esta última norma, en su parte final, tiene la virtud de resolver con nitidez el problema de la procedencia de la indemnización del daño mayor cuando se trata de las deudas dinerarias morosas.

En efecto el art. 1224, in fine, del Código Italiano acepta la posibilidad de la reparación del daño mayor; quedando abiertas las puertas para que un acreedor intente con bastantes posibilidades de éxito una reparación superior a los intereses legales por concepto de la aguda depreciación monetaria que ha experimentado el capital moroso.

Creemos que el criterio empleado para resolver el problema sobre el modo de legislar respecto a la inflación y la mora del deudor ofrece las siguientes características :

a) Se trata de una manera indirecta de promover el ajuste de las deudas morosas en función del incremento de los precios

El citado art. 1224 no dispone de modo expreso la revaluación del crédito adeudado. Mas bien recurre a la categoría genérica de la "indemnización del daño mayor" que, entre otras posibilidades, alude tácitamente a la eventual reparación por concepto de la depreciación monetaria.

b) La fórmula empleada por la ley es lo suficientemente flexible como para permitir la revaluación de las deudas morosas tanto en las épocas de una inflación mínima o regular como en los períodos de una drástica caída del poder adquisitivo del dinero.

En efecto el art. 1224 funciona perfectamente cuando la inflación es reducida o recién comienza a tener perfiles preocupantes; en cuyo caso el acreedor debería probar en juicio que la presencia de este fenómeno económico afecta de modo especial su situación, causándole daños propios.

Por otra parte en los períodos de aguda inflación el art. 1224 también permitiría el ajuste de los pasivos morosos antes señalados; por cuanto se puede apreciar con mayor nitidez que el común de esta clase de deudas experimentan un daño consistente en la pérdida de su capacidad de compra.

c) La intervención judicial no sólo se limita a la apreciación sobre la prueba del daño; sino que permite la determinación en cada caso concreto de un razonable monto indemnizatorio por concepto de la depreciación monetaria en función de factores tales como : grado de culpabilidad y capacidad de pago del

deudor moroso; índice de ajuste mas acorde con la naturaleza del crédito adeudado, etc.

Sin embargo este sistema legislativo tiene algunas limitaciones que en seguida pasamos a señalar:

a) Probablemente cuando existe una inflación mínima o regular pueden ser pocos los casos en los cuales un acreedor llegue al extremo de recurrir al Poder Judicial para obtener la indemnización del daño mayor.

En cambio en los períodos de aguda inflación el grueso de los acreedores pretenderá esta clase de reparación y no tendría mas remedio que recurrir a un proceso judicial costoso y largo que, además facilitará un mayor incremento del grado de la depreciación monetaria que ya viene experimentando el capital moroso.

b) También debemos tener en cuenta que en las épocas de un elevado índice de inflación parece francamente innecesario exigir al acreedor que pruebe en juicio el evidente daño que significa el considerable grado de pérdida del poder adquisitivo del capital comprometido.

c) Todos conocemos las actuales limitaciones de nuestro sistema judicial. Por tanto la propuesta de recargar aún mas la tarea de los jueces para que administren justicia no parece ser la mejor solución, al menos dentro del corto plazo.

La otra gran posibilidad de regular mediante la legislación civil el ajuste por inflación de las deudas morosas se encuentra en el Derecho Argentino.

Desde hace dos décadas en este país se vienen formulando numerosas propuestas que sugieren la modificación del art. 622 del Código Civil.

A continuación ofrecemos las principales características que guardaría el nuevo sistema indemnizatorio de las deudas dinerarias morosas :

a) De conformidad con la legislación comparada debe respetarse el nominalismo con relación al crédito original

b) El ajuste por inflación sólo debe proceder a partir del momento que el deudor es constituido en mora.

c) Procede la aplicación de un interés puro del 6% anual sobre el capital revaluado

d) Optar por el índice de precios del sector mayorista para proceder a la indexación correspondiente

e) Debe agravarse la responsabilidad del deudor que maliciosamente incurre en mora con el deliberado propósito de causar daño al acreedor por concepto de la depreciación monetaria que habrá de experimentar el capital adeudado.

f) El juez puede rebajar el monto del pasivo indexado para adecuarlo de conformidad con la situación patrimonial del deudor moroso.

En todo caso el acreedor tiene derecho a percibir como mínimo un interés legal equivalente a la tasa bancaria ordinaria (4).

Nosotros creemos que los inconvenientes de este sistema son los siguientes:

a) No contempla la depreciación monetaria ocurrida desde el momento que la obligación es exigible hasta el instante en que se constituye en mora al deudor.

b) La aplicación del interés puro del 6% sobre el capital indexado puede resultar una tasa muy reducida y sobretodo fuera del precio de mercado porque normalmente en los periodos de inflación estos intereses suelen llegar al 30% o 40% mensual por ejemplo.

c) El rígido criterio de aplicar el índice de precios del sector mayorista puede resultar muy forzado para cierta clase de pasivos morosos, tal como sucede por ejemplo en el campo de la construcción civil en donde mas apropiado sería aplicar el índice de precios de la construcción.

d) Desde el punto de vista del daño causado y la víctima que en este caso es el acreedor; resulta francamente irrelevante si el deudor moroso actúa con dolo o culpa para efectos de graduar el monto indemnizatorio por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital adeudado.

Además en el caso de agudos procesos inflacionarios ya hemos sostenido que la depreciación monetaria deviene en una suerte de "daño común" equiparable a los perjuicios financieros, los mismos que siempre han merecido un trato especial muy cercano a la "responsabilidad objetiva" en el entendido que tanto en la procedencia como la determinación de los intereses legales por pagar no importa para nada la culpabilidad del deudor.

e) La posibilidad de la intervención judicial para rebajar el monto del capital indexado implica la presunción de un procedimiento ordinario largo y costoso

que prolongaría aún más la situación de perjuicio que ya viene sufriendo el acreedor.

En todo caso preferimos el modelo italiano que simplemente alude a la indemnización del "daño mayor" y permite en la mayoría de los casos la intervención del juez, el mismo que entonces cuenta con la suficiente flexibilidad del sistema legal para regular todos y cada uno de los detalles del procedimiento para llevar a cabo la revaluación del capital moroso, escogiendo por ejemplo la tasa de interés más conveniente el índice de ajuste más adecuado.

3.- Derecho Monetario

A lo largo de nuestro trabajo de investigación hemos examinado si la moneda genera su propia justicia y si ésta es compatible con la establecida por el correspondiente ordenamiento legal y económico de un país determinado (5)

Desde esta perspectiva de análisis típicamente monetarista hemos analizado en el Capítulo I de la presente obra que la inflación y la depreciación monetaria son fenómenos macroeconómicos que ocurren al margen de la voluntad individual de las personas.

En este orden de ideas hemos expuesto numerosos ejemplos donde se aprecia que tanto la mora como el simple retraso en el cumplimiento de la obligación dineraria a cargo del deudor no originan pero sí prolongan la acumulación de mayores perjuicios de los que ya viene sufriendo el acreedor por concepto de la depreciación monetaria .

Estas consideraciones estrictamente objetivas determinan en cada caso concreto la abier ta desproporción entre lo que un deudor se obliga a dar y a quella porción de dinero que finalmente entrega al acreedor.

Precisamente la justicia individual es uno de los fundamentos que exigen considerar a la revaluación como uno de los medios capaces de reinstaurar el razonable equilibrio entre las prestaciones contractuales o de una obligación dispuesta por ley.

Nótese que hemos partido del análisis del daño y en la balanza de preferencias se ha dejado un poco de lado al autor del perjuicio (deudor) para poner más atención en la situación de la víctima (acreedor).

Somos conscientes que este razonamiento utiliza categorías de las escuelas más modernas del Derecho Civil en cuanto se refiere a la responsabilidad objetiva.

Sobre el particular nos parece importante realizar las siguientes aclaraciones a título de deslinde :

a) A pesar que el Código Francés de 1804 consagró la clásica teoría de la responsabilidad civil donde se enfatiza la preocupación por el autor del daño y su grado de culpabilidad, también es acertado recordar que en este propio cuerpo legal se aceptó un régimen de excepción para las deudas dinerarias morosas.

En este último caso siempre se ha pensado de manera prácticamente unánime a nivel del Derecho Comparado que los pasivos monetarios son susceptibles de daños financieros muy peculiares que determinan la conveniencia de ser reparados básicamente con los intereses moratorios; aún cuando el acreedor realmente no haya sufrido perjuicio alguno o incluso al margen de toda consideración sobre el dolo o culpa del deudor.

Entonces desde su inicio la propia teoría clásica de la responsabilidad civil comprendió que no podía aplicar mecánicamente sus principios generales para tratar o regular el régimen de las deudas dinerarias morosas.

b) Nuestra adhesión al enfoque monetarista no quiere decir que estamos favoreciendo el desarrollo de una nueva rama del Derecho para que sea un compartimento-estanco compuesto íntegramente por principios y categorías propias que no se encuentran en las demás áreas que conforman un determinado sistema jurídico.

Nos parece que el problema de las deudas dinerarias morosas tanto en las épocas de estabilidad económica como en los períodos de aguda inflación ofrecen rasgos muy peculiares que justifican plenamente un tratamiento jurídico especial.

Dentro de este orden de ideas la más moderna doctrina argentina sostiene que la revaluación de los créditos dinerarios que se pagan con retraso constituye un problema que termina por desbordar los alcances de la legislación civil sobre la mora y el consiguiente régimen indemnizatorio; siendo necesaria la adopción de otro punto de vista que debe partir del análisis de la depreciación monetaria en sí (6).

Siguiendo esta línea de pensamiento pensamos que el Derecho Monetario se inspira, en parte, en la justicia individual y puede valerse de ciertos principios y categorías de la responsabilidad civil -convenientemente reinterpretados- para conceptualizar el problema y las propuestas de solución que corresponden a las deudas dinerarias morosas.

c) En este sentido podemos rescatar del régimen privado de la responsabilidad civil los siguientes principios:

- Una reparación justa es la que permite restituir un razonable equilibrio en las prestaciones que forman parte de las relaciones jurídicas de naturaleza obligacional. Por tanto las cosas deben volver al estado anterior a la fecha en la cual comenzaron a experimentar perjuicios.

- Entre los requisitos para determinar la procedencia de la indemnización debe acentuarse la preocupación por el daño y la situación del acreedor en calidad de víctima, relegando a un segundo plano la importancia de la culpabilidad del deudor.

- De conformidad con la teoría del "daño común", en las épocas de aguda inflación debe existir algún dispositivo legal que de modo expreso regule el ajuste por inflación de los pasivos morosos, sin necesidad de recurrir a la previa probanza judicial de los perjuicios sufridos.

- Los daños deben computarse desde el momento que la obligación dineraria deviene en exigible y no a partir del momento en que se constituye en mora al deudor.

- Para la determinación del monto de la reparación por pagar debe considerarse la situación individual de cada deudor, sobretodo en lo referente a su capacidad de solvencia.

De este modo nos parece que -en principio- la indemnización se aproxima bastante a una deuda de valor en la medida que atiende a la variación del poder adquisitivo del dinero adeudado.

Sin embargo al establecerse límites y eventuales rebajas del monto del capital ajustado por inflación, entonces la reparación adquiere características que la diferencian en parte con relación a la clásica obligación de valor pura y simple.

- Siempre debe quedar abierta la posibilidad que las partes recurran a una cláusula penal o la estipulación sobre la indemnización del daño ulterior para resolver el problema de reparación por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital adeudado.

Ahora nos corresponde ingresar al campo de la justicia social como fundamento para postular la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

En el Capítulo I ya hemos apreciado que el contexto macroeconómico es el telón de fondo que debe servirnos como referencia para analizar la procedencia de la indexación antes señalada.

En las épocas de aguda inflación el valor real de las deudas dinerarias morosas queda "rezagado" con relación al incremento de los precios de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado.

Precisamente la justicia social exige que los diversos sectores económicos se acomoden para responder a las nuevas urgencias generadas por los procesos inflacionarios que normalmente vienen acompañados por un estado de recesión que afecta al conjunto de la población con distintos grados de intensidad, según el estrato social que se tenga en cuenta.

La pesada carga de los perjuicios monetarios debe ser compartida y distribuída entre todos los miembros de la sociedad. Los deudores deben aceptar la revaluación de los pasivos dinerarios morosos, mientras que los acreedores tienen que consentir en una cierta reducción del monto resultante del ajuste por inflación.

Al respecto nos parece importante advertir que en la indemnización civil correspondiente a las obligaciones dinerarias el principio es que solo el deudor debe asumir el íntegro de la responsabilidad por concepto de los perjuicios financieros sufridos por el capital comprometido.

No obstante se admite en vía de excepción la reducción del monto del capital indexado, en atención a ciertas circunstancias muy particulares como por ejemplo el grado de culpabilidad o la limitada capacidad de pago del deudor moroso.

En este caso se obedece al exclusivo interés del deudor sin considerar para nada la situación del acreedor, quien de modo indirecto termina por absorber y compartir parte de los perjuicios sufridos que nunca merecerán ningún tipo de resarcimiento.

En cambio en el Derecho Monetario se entiende que en principio tanto el deudor como el acreedor deben compartir en todos los casos los efectos de la depreciación monetaria; acentuándose desde luego la mayor responsabilidad en la persona del deudor que cumple con retraso la prestación a su cargo.

Al respecto sabemos que en las épocas de una aguda inflación termina por acentuarse el síntoma de la pobreza dentro de los sectores mas significativos de la población.

De esta manera la limitada capacidad de pago de cualquier deudor moroso común y corriente no es ya un caso excepcional, sino mas bien una situación harto frecuente.

Entonces así como el deudor experimenta la revaluación del capital adeudado en atención a su pérdida de poder adquisitivo, del mismo modo el acreedor debe aceptar límites con relación a esta indexación que se aplica a su favor; teniendo en cuenta la disminución de la capacidad de compra de los ingresos personales del deudor moroso.

En verdad que dentro de este esquema se termina por atender el interés del deudor acerca de su menor capacidad de pago, pero esta circunstancia no justifica por sí misma la consiguiente reducción del monto del capital indexado.

Mas bien la justicia distributiva determina que el acreedor debe asimilar los nocivos efectos de la inflación dejando de percibir la suma del dinero equivalente a la rebaja del monto del capital ajustado por inflación.

Pasando a otro punto debemos advertir que la justicia social que informa al sistema monetario reclama una razonable relación entre diversos factores tales como precios relativos, naturaleza y duración de los créditos morosos, etc.

En las épocas de aguda inflación se alteran considerablemente los términos de estas relaciones. Por tanto el procedimiento de la revaluación debe tener en cuenta todos estos elementos del sistema monetario para que su aplicación arroje el cálculo de un monto actualizado de la deuda morosa bastante razonable y justo.

En virtud de esta última consideración nos parece que en el momento que se decida aplicar la revaluación de esta clase de pasivos tiene que discutirse o tomarse en cuenta la clase de créditos por indexar en atención a su naturaleza (civil comercial, industrial, tributaria, etc.) y su duración en el tiempo (corto, mediano y largo plazo)

Desde luego estas consideraciones también son importantes para discutir la clase de índice de ajuste que debe aplicarse, pues existe la posibilidad de tomar como referencia el índice de precios al consumidor, el índice de precios del sector mayorista, etc.

Por otra parte recordemos que en el Capítulo II hemos analizado desde el punto de vista constitucional los fundamentos que amparan la presencia de la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

Partiendo del Derecho a la Vida y el Derecho a la Propiedad del acreedor pasamos a la obligación del deudor de respetar estos Derechos Humanos.

He aquí los fundamentos constitucionales más importantes que -además de estar referidos a la procedencia de la indexación- también deben ser tomados en cuenta respecto a la determinación del monto que finalmente tiene que pagar el deudor por concepto de la depreciación monetaria del capital comprometido.

En definitiva nos interesa resaltar que esta clase de fundamentos -por ser de rango constitucional- necesariamente tienen que ser observados y respetados tanto por el Derecho Civil como por el Derecho Monetario con la finalidad de discutir cualquier aspecto de fondo vinculado a la revaluación de los pasivos morosos.

Ahora bien si contrastamos los diversos modos de enfocar el problema en torno a la inflación y la mora del deudor respecto a las obligaciones dinerarias, advertiremos que cada una de estas ramas del Derecho ofrecen ciertas diferencias que nos interesa resaltar en este momento.

La concepción privatista de la indemnización civil determina que en la voluntad de las partes comienza y se agota en muchos casos cualquier solución definitiva para resarcir al acreedor con relación a los daños financieros y monetarios que puede experimentar el capital adeudado.

Solamente a falta de pacto expreso sobre el particular procede la aplicación supletoria de la ley que por lo menos dispone la aplicación de los intereses legales.

En cambio el Derecho Monetario entiende que la solución de fondo para resolver el problema de la depreciación del dinero se encuentra en la actitud del Estado que -a través del Poder Ejecutivo- debe implementar un plan de estabilización económica capaz de reducir a su mínima expresión las variaciones del valor real del dinero.

Dentro de este orden de ideas la voluntad de las personas o los contratos privados pasan a un segundo plano en la medida que escapan a sus posibilidades la solución de fondo que permita reducir significativamente la depreciación del valor de la moneda.

En el mejor de los casos los pactos valoristas, la cláusula penal y la estipulación sobre la indemnización del daño ulterior resultan simples paliativos que parten del reconocimiento del fenómeno inflacionario y se limitan a convivir con los efectos que éste produce.

Por estas razones el problema de la inflación y la mora del deudor se encuentra inmerso dentro de una temática mucho más amplia que es la crisis del conjunto del sistema monetario del país.

Parece que esta manera de percibir la cuestión planteada motivó a los juristas argentinos para comenzar a discutir sobre aquellos aspectos de la ley civil en la parte que regulan ciertos principios monetarios como el nominalismo por ejemplo.

Dentro de este orden de ideas es importante destacar que ante el incesante deterioro del valor de la moneda, el temperamento de muchos estudiosos comenzó a inclinarse a favor de una modificación de los arts. 618 y 619 del Código Argentino en el sentido que debería establecerse una regla que mande practicar la revaluación del monto de las obligaciones dinerarias de origen legal o contractual, sin admitir la posibilidad de un pacto en sentido contrario.

Desde luego esta propuesta ha sido formulada de diversas maneras, pero todas procuran el mismo resultado: el ajuste por inflación de los pasivos dinerarios.

A continuación ofrecemos un estudio de estas corrientes de opinión. Un primer grupo de juristas entiende que la mencionada reforma legal debe centrarse en la parte del Código que trata sobre las obligaciones de dar sumas de dinero, disponiendo que desde el momento que nace esta clase de créditos procede el ajuste por inflación; sin perjuicio de la aplicación de los intereses financieros y la eventual indemnización del daño mayor si el pago se realiza con retraso por parte del deudor (7).

Esta propuesta merece los siguientes comentarios :

a) Las obligaciones de dinero conservan su calidad de tal. El sistema nominalista queda incólume. La circunstancia que esta clase de pasivos se revalúen no los convierten en una obligación de valor pura y simple (8).

En efecto en este último caso solo importaría la consideración de la pérdida del poder adquisitivo del capital para proponer su ajuste matemático en función del factor inflacionario.

En cambio el grupo de juristas que venimos analizando proponen la revaluación del monto de la obligación dineraria pero aceptan la intervención judicial para reducir de modo equitativo el monto calculado, en función de la capacidad de pago del deudor.

En este sentido recordemos una vez más que la indexación de los pasivos dinerarios no es una alternativa teórica frente al nominalismo.

b) Bastaría el simple retraso en el cumplimiento de la obligación dineraria -debidamente ajustada por inflación- para que proceda adicionalmente la indemnización de algún daño mayor que pueda haber sufrido el acreedor, aún cuando el respectivo deudor no se encuentre constituido en mora.

En otras palabras el ajuste por inflación no excluye la indemnización del daño mayor y por otro lado se daría la curiosa figura de la procedencia de esta clase de reparación desde el momento que la obligación dineraria es exigible y no a partir de la fecha de constitución en mora del deudor.

Nosotros creemos que esta propuesta legislativa cuenta con las siguientes limitaciones :

a) El Código regularía de manera insuficiente la revaluación de las obligaciones dinerarias puesto que no precisaría una serie de aspectos propios del procedimiento de ajuste por inflación como por ejemplo el índice de referencia.

También quedaría abierta la discusión sobre el uso del cómputo lineal o acumulativo con relación a la aplicación del índice de ajuste que se escoja, etc.

Aparentemente la definición de todos estos detalles correrían a cargo de los magistrados. Quizás el sistema judicial argentino cuenta con las necesarias facilidades para asumir y cumplir con eficiencia esta clase de encargos; en cambio no pensamos lo mismo con respecto al Poder Judicial del Perú.

b) Es cierto que la revaluación de la obligación dineraria resultaría de un mandato legal que puede ahorrar mucho tiempo y gastos de juicio para los contratantes de buena fé que por su cuenta y de común acuerdo practicarían una determinada revaluación con relación a un crédito dinerario pendiente de pago . Pero -en medio de un contexto de inflación con recesión- a los deudores de mala fé les parecerá excesivo el monto resultante del ajuste por inflación y pretenderán su consiguiente reducción, sin facilitar ningún acuerdo razonable con el vedado propósito de alargar aún más el momento en que les correspondía abonar la obligación liquidada de modo definitivo.

Las partes tendrían que ventilar sus diferencias en el Poder Judicial. De este modo se terminaría por neutralizar las ventajas de tiempo y costo originalmente previstas.

Otro sector de juristas plantea la reforma del Código Argentino en el sentido

que la obligación del dinero que se convierte en un crédito exigible entonces deviene también en una obligación de valor.

Se agrega que "los créditos que deban ejecutarse en un plazo no inferior a seis meses se actualizarán al 30 de Junio y 31 de Diciembre de cada año, teniendo en cuenta la depreciación de la moneda operada durante esos períodos.

A tal fin registrarán los índices oficiales de incremento de costo de vida (u otros). Una vez reajustados en la forma indicada, devengarán el interés puro de plaza. Queda autorizado el Poder Ejecutivo para establecer el mecanismo de aplicación del citado ajuste". (9)

Esta propuesta merece los siguientes comentarios:

a) Desde el punto de vista técnico la doctrina predominante entiende que la obligación de dinero siempre mantiene su calidad de tal, aún cuando consista en un crédito exigible o el deudor resulte constituido en mora.

Por tanto es muy discutible sostener una enmienda al Código en la cual se establezca que las deudas de dinero que devienen en créditos exigibles se transforman automáticamente en deudas de valor.

b) Por otra parte la mayoría de los estudiosos señalan que el monto resultante del ajuste por inflación debe ser susceptible de alguna rebaja en los casos que la capacidad de pago del deudor así lo justifique.

Precisamente esta es una de las grandes diferencias entre una deuda de valor y la revaluación. De este modo resulta muy cuestionable que la fórmula legislativa que venimos analizando no contemple ningún mecanismo para reducir el monto que resulta del ajuste por inflación.

En cambio nos parece interesante la posibilidad de considerar de modo expreso el ajuste del monto de las obligaciones dinerarias cuando deben ejecutarse en un período de tiempo no menor de seis meses.

Sin embargo esta fórmula ofrece varios problemas de interpretación ¿Puede indexarse el monto de una obligación cuyo plazo de ejecución es de cinco meses? ¿La revaluación de los créditos superiores a los seis meses se computaría desde la fecha que nace la obligación o cuando empieza el séptimo mes?

Por otra parte nos parece aceptable la postura de ubicar en el Código los principios generales de la revaluación, dejando en libertad al Poder Ejecutivo para que precise los detalles del proceso indexatorio.

Sin embargo no creemos conveniente que en el Código Civil se llegue a señalar que el Poder Ejecutivo "queda autorizado" para legislar sobre el particular.

En todo caso mas apropiado sería que el Congreso delegue al Poder Ejecutivo la facultad de normar los detalles del procedimiento para llevar a cabo la revaluación, cumpliendo todos los requisitos del art. 188 de nuestra Constitución vigente, tal como hemos analizado en el Capítulo II.

B.- Legislación sobre la Revaluación

En primer lugar creemos que la inflación es un problema básicamente económico y no jurídico. Por tanto compete a los economistas discutir el programa de medidas destinadas a lograr la estabilización de los precios y el reordenamiento del sistema monetario, entre otros aspectos.

Desde esta perspectiva debe analizarse la conveniencia de introducir la indexación de las deudas dinerarias morosas, así como los términos en que tendría que llevarse a cabo este ajuste por inflación.

En segundo lugar tiene que tenerse en cuenta que cualquier decisión que finalmente adopte el Estado en esta materia debe plasmarse a través de alguna norma legal que no puede dejar de guardar coherencia con los principios que informan al sistema jurídico de un país determinado.

En este sentido pasamos a examinar los diversos aspectos que contempla el Derecho y que deben ser tomados en cuenta para regular de modo expreso la revaluación antes mencionada.

1.- Conveniencia para Legislar

Tal como sostiene un sector de la doctrina argentina solamente resulta apropiado normar la indexación de las deudas dinerarias cuando la inflación es muy significativa y produce un malestar social generalizado. (10)

En cambio en los períodos de relativa estabilidad económica o de mínima inflación parecería suficiente la legislación civil vigente en cuanto deja librada a la voluntad de las partes la posibilidad de estipular una cláusula penal o la indemnización del daño ulterior que bien pueden incluir la obligación del deudor moroso de pagar una suma de dinero por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

2.- Clase de Norma

De conformidad con lo expuesto en el punto precedente creemos que el Estado puede disponer la indexación a través de una ley formal o cualquier otro dispositivo con igual rango, de tal manera que las medidas que se decidan adoptar tengan alcance general y sean de observancia obligatoria por el conjunto de la sociedad.

Tal como vimos en el Capítulo II lo más adecuado sería que en el momento que el Poder Ejecutivo comience a implementar su programa de estabilización económica también recurra a los llamados "Decretos de Urgencia" previstos en el inc. 20 del art. 211 de nuestra Constitución para decretar el inmediato ajuste por inflación de las deudas dinerarias morosas.

Ahora bien somos conscientes que un dispositivo de esta clase que pretenda aplicarse sobre las obligaciones dinerarias simplemente exigibles puede interpretarse en el sentido que de algún modo entraría en conflicto con el art. 1234 de nuestro Código que consagra abiertamente el nominalismo.

Sin embargo debemos recordar que la revaluación en los términos ya planteados no importa una alternativa teórica frente al nominalismo.

Desde este punto de vista entendemos que la norma legal propuesta no modifica uno de los principios fundamentales del sistema monetario peruano.

3.- Ambito de Aplicación

Bien puede decretarse la aplicación del ajuste por inflación con relación a todos los pasivos morosos, sin discriminación alguna.

También es posible limitar esta indexación respecto de cierta clase de créditos como pueden ser los de naturaleza civil, agraria, etc.

En este sentido debemos recordar que en el Perú se han expedido los Decretos Legislativos 502 de Diciembre de 1988 y 553 de Noviembre de 1989 que regulan la revaluación de los créditos de naturaleza tributaria.

Somos partidarios de esta última modalidad de legislación por las siguientes razones:

a) La inflación es un fenómeno que afecta con diferentes grados de intensidad a los diversos sectores económicos del país.

Entonces una norma general que tenga un rígido patrón sobre el diseño del procedimiento para revaluar los pasivos morosos puede resultar poco apropiada

para la mayoría de los casos.

El otro extremo consistiría en la posibilidad de delegar al Poder Judicial la función de diseñar para cada caso concreto los términos de la revaluación, en función de las circunstancias individuales que rodean tanto al acreedor como el deudor comprometido.

Pero ya hemos adelantado nuestra opinión acerca de las limitaciones de nuestro sistema judicial que prácticamente no permitiría atender con eficiencia y celeridad esta clase de encargos.

Entonces el justo medio parece que se encuentra precisamente en la legislación sectorial que debe diseñar el procedimiento indexatorio en función de las particularidades de cada rama de la actividad económica, en la medida en que haya sido sensiblemente afectada por el proceso inflacionario.

b) Nuestro razonamiento expuesto en el punto anterior parece más ajustado a los dictados de la justicia que -en definitiva- constituye el fundamento de fondo más importante para promover la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

4.- Aplicación en el Tiempo

Tal como hemos estudiado en el Capítulo II la norma que proponemos debe entrar en vigencia lo más rápidamente posible y puede alcanzar las siguientes clases de pasivos morosos:

a) Las obligaciones dinerarias que han devenido en créditos exigibles y que aún no han sido pagadas en la fecha que entra en vigencia la legislación que dispone el ajuste por inflación.

b) Las obligaciones de dinero ya nacidas o que recién surgirán y que resultan créditos exigibles con posterioridad a la fecha en que comienza a regir la referida legislación.

Otro aspecto que debemos examinar está vinculado al momento en que la norma deje de tener efectos. Sobre el particular tenemos que recordar que un plan de gobierno cuyo objetivo central apunta a la estabilización de la economía debe incluir un cronograma de ejecución de medidas que habrán de tomarse a corto y mediano plazo.

Sin embargo en el momento que se diseña este plan económico resulta difícil predecir siquiera la fecha aproximada en que habrá de lograrse la meta más importante que consiste en reducir al mínimo la inflación.

Dentro de este contexto la expedición de una norma legal que disponga la revaluación de las deudas dinerarias morosas no puede establecer con precisión el plazo de su vigencia y por tanto la fecha exacta a partir de la cual dejará de surtir efectos; no obstante que de antemano se sabe que regirá tan solo dentro de un período de tiempo determinado.

Sobre el particular quedan dos posibilidades que son las siguientes:

a) La norma propuesta puede incluir una fecha de vigencia de un año por ejemplo y si ha vencido este término y el gobierno de turno considera conveniente mantener su aplicación bien puede dictar una norma con rango de ley que prorrogue por otro plazo prudente el cumplimiento del dispositivo original.

b) La norma que dispone la revaluación podría no incluir ninguna regla sobre el período de su vigencia, dejando a la discreción del gobierno la decisión del momento oportuno para que cesen sus efectos.

Entre ambas posibilidades nos inclinamos por la primera toda vez que ofrece mayor seguridad para los agentes económicos que requieren de una normatividad lo mas precisa posible para realizar sus cálculos de costo-beneficio tanto en la celebración como en la ejecución de las transacciones dinerarias que lleven a cabo.

Por otra parte una vez que definitivamente ha vencido el plazo de vigencia de la norma que estamos proponiendo ocurren los siguientes efectos:

a) Este dispositivo legal habrá alcanzado a todas las obligaciones dinerarias que han devenido en créditos exigibles hasta antes que la referida norma deje de tener vigencia.

b) De otro lado las obligaciones que se convierten en créditos exigibles con posterioridad a la derogatoria de la norma que dispone la revaluación ya no serán pasibles de ningún ajuste por inflación que provenga de un mandato legal.

5.- Período de Ajuste por Inflación

La revaluación legal debe considerar la depreciación monetaria que ocurra desde el momento en que la obligación dineraria deviene en un crédito exigible, hasta el instante en que el deudor cumpla con cancelarla.

Partiendo de un análisis de corte monetario ya hemos apreciado con suficiente detenimiento que el punto de partida debe ser la fecha de exigibilidad de la deuda de dinero y no el momento en que se constituye en mora al deudor.

Por otra parte insistimos que el cómputo de la depreciación monetaria debe extenderse hasta el instante en que el deudor cumpla con satisfacer la obligación dineraria original en virtud de los siguientes fundamentos:

a) Ya hemos aclarado que el Derecho Monetario se inspira en muchos principios de la clásica indemnización civil como por ejemplo el que se refiere a la consideración de la totalidad de los daños para que se proceda a la reparación integral que merece el acreedor perjudicado.

La única manera de lograr este cometido consiste en considerar la depreciación monetaria ocurrida hasta la fecha en que el deudor cumple con la obligación dineraria original, de tal modo que el respectivo ajuste por inflación termine por proteger de la manera mas completa posible la pérdida del poder adquisitivo del capital adeudado.

b) El art. 1236 de nuestro Código dispone lo siguiente: " Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

Si bien es cierto que para nosotros la revaluación que venimos planteando no es una típica obligación de valor pura y simple; también es verdad que ambas posiciones persiguen una finalidad bastante parecida que es la de proteger al acreedor con relación a los efectos de la depreciación que sufre la moneda.

Entonces lo mas razonable es que la revaluación legal considere la depreciación monetaria ocurrida hasta el momento en que el deudor cumpla con la obligación dineraria a su cargo.

Una vez planteadas y definidas estas posiciones principistas debemos aceptar que en la mayoría de los casos no pueden ser observadas con total fidelidad.

Para la mejor comprensión de este punto vamos a plantear un ejemplo. Supongamos que el 1º de Enero de 1991 Cintia le presta a Mario S/. 10.00 para que éste los devuelva a fin de mes. Aceptemos que Mario deviene en deudor moroso a partir del 1º de Febrero del mismo año y cancela su deuda el día 4 de este mismo mes.

Además téngase en cuenta que el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) tiene que esperar que transcurra todo el mes calendario para poder medir las variaciones de los precios que han ocurrido en dicho período. Por esta razón recién se publica en los primeros días del mes siguiente el índice de precios que corresponde al mes anterior.

Así por ejemplo el 2 de Febrero de 1991 en el diario oficial "El Peruano" se publicó el índice de precios equivalente a 17.8%. Del mismo modo recién el 2 de Marzo se publicó el índice de Precios de Febrero equivalente a 9.4%.

Ahora bien en el ejemplo propuesto la obligación es exigible a partir del 1º de Febrero y el deudor cumplió con retraso la obligación a su cargo el 4 de Febrero del mismo año.

Es indiscutible que durante este pequeño lapso de cuatro días ha variado en sentido creciente o decreciente el valor real del monto de dinero pactado (S/. 10.00) y sin embargo en el momento de hacerse efectivo este pago extemporáneo, resulta técnicamente imposible practicar una revaluación del capital moroso en función de algún índice de precios porque el INEI nunca publica la variación diaria de los precios, sino el promedio mensual.

Desde este punto de vista al deudor le parecerá totalmente indiferente cancelar su obligación el primer o el último día de Febrero.

En efecto suponiendo que el deudor cumple con devolver los S/. 10.00 el 28 de Febrero. Este día todavía nadie conoce el índice de Precios oficial con relación al mes de Febrero, puesto que el INEI recién lo hará público el 2 de Marzo a más tardar.

Entonces no obstante que es evidente una importante variación del valor real de la moneda durante todo el mes de Febrero, sin embargo será técnicamente imposible practicar la revaluación del capital adeudado.

Si en el ejemplo inicialmente propuesto asumimos que la fecha en que la obligación es exigible corresponde al 27 de Enero y el pago extemporáneo se realiza el 10 de Febrero ¿Cómo se llevaría a cabo la revaluación que desde el punto de vista teórico procede de modo indiscutible?

Creemos que cualquiera que sea la fórmula que se ofrezca como solución para resolver el problema planteado siempre será criticable en razón de la limitación técnica que supone efectuar los cálculos de la indexación con el rígido factor del índice de precios mensual.

En efecto si aplicáramos el índice de precios de Enero de 1991 equivalente a 17.8% no sería del todo adecuado porque la obligación es exigible a partir del 27 de Enero, mientras que este índice refleja la variación de los precios ocurridos desde el 1º hasta el 31 de Enero.

De este modo el acreedor normalmente podría verse favorecido de manera

indirecta pero hasta cierto punto puede ser una compensación si tenemos en cuenta que para nada se consideraría la variación de los precios acontecida entre el 1º y el 10 de febrero.

En fin podríamos continuar desarrollando una abundante casuística para seguir demostrando lo relativo que es plantear la revaluación legal desde la fecha en que la obligación es exigible hasta el momento exacto de su efectivo pago.

En todo caso mas apropiado es sostener que el método de indexación que se proponga debe contemplar el ajuste por inflación teniendo en cuenta la fecha mas cercana posible tanto en relación con el momento en que el crédito dinerario deviene en una obligación exigible como respecto a la oportunidad en que se verifica el pago con retraso por parte del deudor.

En este sentido nos parece que el temperamento menos imperfecto se encuentra en el art. 1º del Decreto Legislativo Nº 502 que modificó el art. 29 del Código Tributario, según el cual para efectos de la revaluación de las deudas fiscales se consideraba el porcentaje de variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor en el período comprendido entre el último día del mes que precede al del vencimiento del plazo para cancelar la obligación y el último día del mes que precede al de su efectivo pago.

Si volvemos al último ejemplo antes expuesto se tiene que el último día del mes que precede al del vencimiento del crédito dinerario es el 31 de Diciembre de 1990, mientras que el último día del mes que precede al de su pago es el 31 de Enero de 1991.

Por tanto el índice de precios aplicable tendría que ser de 17.8% que corresponde al mes de Enero de 1991, según los estimados oficiales del INEI.

6.- Índice de Ajuste

Teniendo en cuenta que en materia de revaluación somos partidarios de la legislación sectorial, habría que tener en cuenta la naturaleza del pasivo moroso en cuestión para determinar el índice de ajuste mas adecuado.

Así por ejemplo si se trata de una deuda dineraria por concepto de la adquisición de materiales de construcción habría que considerar el índice de precios del sector de la construcción.

En cambio si se trata de una deuda dineraria puramente civil somos partidarios de la utilización del índice de precios al consumidor, toda vez que en este indicador se refleja la medida de los cambios en la cantidad de dinero

necesario para comprar el contenido de una canasta de mercado para una familia del sector social medio o popular, en períodos sucesivos. (11)

En este caso no nos parece adecuado considerar el índice de precios del mayorista porque si bien es cierto que es más representativo que el índice de precios al consumidor para reflejar la variación de los precios, también es verdad que no solo considera los bienes y servicios de la canasta familiar sino que además presta atención a otro tipo de mercancías tales como materiales de construcción, mano de obra, productores agrícolas, pecuarios, industriales, etc. que ciertamente son rubros que por lo general escapan al ámbito de las actividades económicas que realizan las personas comunes y corrientes. (12)

7.- Método de Cálculo

Este es un tema muy importante que sin embargo no ha merecido mayor análisis por parte de los juristas.

Para una mejor comprensión de este punto vamos a partir de un ejemplo. Supongamos que el 1º de Enero de 1991 Cintia le presta a Mario S/. 10.00 para que éste los devuelva el 16 de Enero del mismo año. Aceptemos que Mario cancela su deuda el 24 de Mayo de 1991.

Además téngase presente que de conformidad con el Anexo I del presente trabajo el índice de precios mensual de 1991 registra los siguientes datos:

MES	IPC MENSUAL
Enero	17.8 %
Febrero	9.4 %
Marzo	7.7 %
Abril	5.8%

Asimismo vamos a asumir que el período de ajuste se encuentra comprendido entre el último día del mes que precede al del vencimiento del plazo para cancelar la obligación y el último día del mes que precede al de su efectivo pago.

Por tanto a nosotros nos interesa averiguar al porcentaje de variación de los precios que ha ocurrido entre el 31 de Diciembre de 1990 y el 30 de Abril de 1991.

En virtud del llamado "método lineal" simplemente tendríamos que sumar el índice de precios de cada uno de los meses comprendidos entre Enero y Abril para hallar el referido porcentaje de variación de los precios.

En función de los datos de nuestro ejemplo la ecuación matemática sería la siguiente:

$$17.8\% + 9.4\% + 7.7\% + 5.8\% = 40.7\%$$

Por tanto en este caso concreto debería entenderse que el capital inicial de S/. 10.00 debe experimentar un ajuste del 40.7%; razón por la cual el 24 de Mayo Mario tendría que devolver a Cintia la suma de S/. 14.07 por concepto de capital revaluado.

Sin embargo con razón se ha cuestionado este método de indexación porque no muestra el verdadero promedio de la variación de los precios dentro de un período de tiempo determinado. (13)

La principal limitación de este procedimiento de cálculo estriba en la consideración vertical de las alteraciones mensuales de los precios, como si no guardasen alguna relación con lo que ocurre los demás meses.

Justamente para superar esta observación se ha diseñado el "método acumulativo" que mas bien obedece a una concepción horizontal de las referidas variaciones mensuales de los precios.

Por ejemplo si asumimos que el 1º de Enero todos los productos básicos tienen un valor referencial de S/. 100.00 y que el índice de precios de este mes llega al 17.8%; entonces el indicado precio habrá subido hasta S/. 117.80 el 31 de Enero.

Ahora bien durante el mes de Febrero dicho precio vuelve a sufrir un aumento pero esta vez del 9.4%; lo que equivale a S/. 11.07. En definitiva el 28 de Febrero tendríamos el nuevo precio ascendente a S/. 128.87.

Seguidamente durante el mes de Marzo este precio otra vez experimenta una alza del orden del 7.7%; lo que equivale a S/. 9.92. Finalmente el 31 de Marzo contaríamos con el nuevo precio que llega a S/. 138.79.

En el mes de Abril este precio nuevamente tiene un incremento del orden del 5.8%; lo que arroja la cantidad de S/. 8.04. En definitiva el 30 de Abril tendríamos el nuevo precio de S/. 146.83.

Por último si el 1^o de Enero de 1991 nuestro precio de referencia era de S/. 100.00 y el 30 de Abril ha llegado a incrementarse hasta S/. 146.83; entonces quiere decir que durante este período los precios han variado de modo ascendente en 46.83%

Regresando al caso en que Cintia le prestó a Mario S/. 10.00 se tiene que el deudor debe revaluar este capital en 46.83% lo que arroja S/. 4.68. Por tanto el 24 de Mayo Mario tendría que devolver a Cintia S/. 14.68 por concepto de capital indexado.

Entonces resulta que con el "Método lineal" el índice de precios acumulado del período Enero - Abril es de 40.70 % mientras que en virtud del "método acumulativo" este IPC es de 46.83%

La diferencia de 6.13% se debe a los diferentes criterios de cálculo que ya hemos estudiado y puede adquirir mucha importancia cuanto mayor es la suma de capital que se pretende indexar.

Nosotros nos inclinamos por la aplicación del "método acumulativo" y creemos que así debe disponerse de modo expreso en la norma legal que estamos proponiendo, con la finalidad de evitar discusiones que pueden llegar al Poder Judicial.

8.- Capacidad de Pago del Deudor

Si la norma que ordena indexar se expide en los momentos en los cuales ya existe un considerable grado de recesión económica o se pronostica su inminente advenimiento entonces debemos tomar muy en cuenta la caída de los ingresos reales del conjunto de la población que ciertamente debilitan la posición de cualquier deudor común y corriente.

Corresponde a los economistas calcular la magnitud de este problema y determinar el grado de morigeración que debe experimentar el procedimiento de ajuste; en resguardo de los Derechos Humanos que protegen al deudor.

En Argentina se ha sostenido que la revaluación debe llegar sólo al término medio de la depreciación (14). Una manera adecuada de lograr este propósito sería que el monto resultante del ajuste por inflación se reduzca en 50%

Aún cuando existan estudios económicos muy serios que sustenten este procedimiento de cálculo, es verdad que en muchos casos concretos se puede favorecer en exceso al deudor.

Sin embargo debemos tener presente que nada impide al deudor de buena fe -que es conciente de su mayor capacidad de pago - la actitud de renunciar a esta clase de descuentos en parte o en todo.

Del mismo modo nada impide que el acreedor de buena fe tenga en cuenta la precaria situación del deudor y renuncie a cierta parte o todos los beneficios que le reporta la revaluación legal.

Tampoco nada impide que las partes lleguen a un acuerdo sobre el aplazamiento y/o fraccionamiento del pago de la deuda revaluada.

En todo caso la norma que venimos proponiendo debería permitir de modo expreso esta clase de pactos cuando se tratan de obligaciones dinerarias nacidas en virtud de un mandato legal.

Probablemente la solución ideal consistiría en que la norma legal que estamos planteando otorgue al juez la facultad de reducir el monto del capital ajustado por inflación en los casos que no guarde una proporción razonable con la capacidad de pago del deudor.

Sin embargo creemos que el sistema judicial peruano no está en capacidad de cumplir con celeridad y eficiencia semejante tarea.

9.- Aplicación de Intereses

Nosotros pensamos que en las épocas de significativa inflación se producen dos efectos diferentes en las deudas dinerarias morosas.

Por un lado el capital comprometido decrece en cuanto se refiere a su capacidad adquisitiva y por otra parte el precio del dinero -que se expresa en la tasa de interés- se incrementa de manera muy importante.

En cuanto a la pérdida del poder de compra del capital adeudado acabamos de apreciar que se trata de un perjuicio de naturaleza monetaria que puede repararse mediante su correspondiente ajuste por inflación.

Respecto de los intereses nos parece que debemos tener muy en cuenta que -siendo de naturaleza retributiva y en otros casos moratoria- en el fondo simplemente reflejan el precio de mercado del dinero.

En el Capítulo II ya vimos que dentro de un programa de estabilización todos los precios -incluso los intereses- deben acercarse lo mas posible a su valor de mercado para que experimenten una adecuada "sincronización" de tal manera que se llegue a una razonable compatibilidad entre las variables económicas en general y monetarias en particular.

Dentro de este orden de ideas nos parece coherente que los intereses moratorios -debidamente ajustados por inflación- se apliquen a las deudas dinerarias que se pagan con retraso y así debe disponerse de manera expresa en la norma legal que proponemos.

Solo mediante esta fórmula los referidos intereses son capaces de lograr un efectivo resarcimiento para el acreedor debido a las ganancias que deja de percibir al no poder explotar oportunamente el capital retenido por el deudor.

En este sentido no estamos de acuerdo con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia argentinas, así como con lo dispuesto por el art. 34 de la ley 14500 expedida en Uruguay, en el sentido que las deudas morosas son pasibles de un interés legal del 6% por ser el precio del dinero que se pagaría en los períodos de estabilidad económica. (15)

Nuestro enfoque monetarista nos induce a considerar en primer lugar la realidad del proceso inflacionario que acontece dentro de un período de tiempo determinado.

Si este análisis demuestra la existencia de un considerable grado de variación de los precios ¿Podemos remediar los problemas que esta situación vaya generando en función de criterios propios de una economía relativamente estable? ¿Por qué forzar la aplicación de la tasa de interés del 6% si el verdadero precio por el uso del dinero se encuentra en un nivel muy superior? ¿De esta manera el acreedor puede lograr una adecuada indemnización por concepto de lucro cesante?

En fin la discusión queda abierta pero en todo caso nosotros ya hemos adelantado con claridad nuestra posición debidamente sustentada.

10.- Indemnización Civil

El dispositivo que venimos proponiendo debería establecer de modo expreso que no resulta aplicable cuando las partes han celebrado una cláusula penal -con o sin el acuerdo adicional sobre la indemnización del daño ulterior- toda vez que por esta vía el acreedor tiene que haber logrado un pacto en los términos mas convenientes para quedar protegido con relación a la depreciación

monetaria.

Por otra parte si nada se acordó en materia de responsabilidad creemos que de todas maneras es factible la indemnización del daño mayor -siempre que se traten de perjuicios ajenos al concepto de la depreciación monetaria- toda vez que en virtud de la revaluación legal el acreedor ya se encontraría convenientemente protegido con relación a la pérdida del poder adquisitivo del capital comprometido.

11.- Procesos Judiciales

Sobre el particular nos parece muy importante tener presente que la revaluación es un problema de fondo que se encuentra dentro del Derecho Sustantivo, razón por la cual las consideraciones del Derecho Procesal no pueden ser determinantes para definir o resolver la cuestión planteada. (16)

Por esta razón nos parece conveniente que la norma que dispone la revaluación legal señale de modo expreso su aplicación incluso con respecto a los casos en los cuales el acreedor ha recurrido al Poder Judicial para obtener una indemnización por concepto de la depreciación monetaria, siempre y cuando esta pretensión conste de modo expreso en la respectiva demanda.

Desde luego el acreedor que se beneficie con la revaluación legal debe desistirse o poner fin al proceso judicial planteado por cuanto a partir de este momento carece de un legítimo interés económico.

En el caso extremo que en la fecha que comienza a regir la norma sobre la revaluación legal el procedimiento judicial se encuentre en la etapa de resolución o ejecución de sentencia, creemos que sería prudente dejar en libertad al acreedor para que escoja -de modo excluyente- entre ambas maneras de resolver su problema.

Podría ser que el Juez dictamine una revaluación del capital en términos mas favorables que los previstos por la norma que estamos proponiendo; en este caso nos parece que el acreedor debe tener la posibilidad de acogerse a esta suerte de revaluación judicial.

Somos del mismo parecer si el demandante ha impugnado la sentencia expedida en primera instancia o incluso en los casos que se trata de una resolución judicial de mayor rango que ha sido consentido pero todavía no ejecutada.

CITAS

- (1) Russo, Oscar.- "La Indexación del Saldo de Precio en la Enajenación Judicial Forzosa". En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976 , pág.617
- (2) Ponencia en Mayoría de la Comisión de Derecho Civil. En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 58
De la Puente y Lavalle, Manuel; op. cit., págs. 34 y 35.
- (3) Ponencia por Mayoría de la Comisión de Derecho Civil. En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976, pág. 58
- (4) López Cabana, Manuel; op. cit., pág. 101
- (5) Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo.- "Derecho Monetario". Santa Fe, Rubinzol-Culzoni SCC, 1990, pág. 246
- (6) Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón; Vallespinos, Carlos; op. cit., pág. 131 y 202.
- (7) López Cabana, Manuel; op. cit., pág. 99
- (8) Parada Barreneche, Oscar y Solarte Rodríguez, Oscar; op. cit., pág. 88
- (9) López Cabana, Manuel; op. cit., pág. 99
- (10) Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón; Vallespinos, Carlos; op. cit., pág. 217
- (11) Acuña Cárdenas, Reynaldo.- "El Índice de Precios al Consumidor de Lima-Callao". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis de Bachiller en Ciencias Administrativas, 1969, pág. 12
- (12) Oblitas Baldarrago, Carlos Enrique.- "La importancia del Uso de Índices de Precios en Epocas de Inflación". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis de Bachiller en Ciencias Administrativas, 1977, pág.16
- (13) Uribe Restrepo, Luis; op. cit., pág. 147

(14) Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón; Vallespinos, Carlos; op. cit., págs. 217 y 218

(15) Ibid.; págs. 224 y 232

(16) Gelsi Bidart, Adolfo.- "Enfoque Procesal de la Ley de Actualización de Deudas". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. CIPALMA, 1976, pág. 547

CONCLUSIONES

1.- Cuando se advierte un proceso inflacionario que se reviste de contornos preocupantes, se resiente la seguridad jurídica en la medida que comienza a sombrarse la incertidumbre sobre los alcances del Código Civil con relación a la posibilidad de revaluar el monto de las obligaciones exigibles y/o morosas.

2.- Cuanto mayor es el grado de inflación se acentúa la injusticia contractual puesto que se advierte una desproporción entre el valor real de la suma de dinero que un deudor cumple con entregar de modo extemporáneo y el valor económico de la prestación que recibe a cambio; produciéndose de esta manera un resultado no querido por las partes.

Del mismo modo en el caso de las deudas dinerarias de origen legal nos interesa destacar la considerable variación del valor real del dinero desde la fecha en que la obligación se convierte en un crédito exigible y/o moroso hasta el momento que se cancela con retraso.

De esta manera también se afecta la justicia de las proporciones que deben guardar las prestaciones dentro del período de tiempo antes señalado.

3.- Cualquiera de las fórmulas indemnizatorias previstas de modo expreso por el Código Civil de 1984 tales como la cláusula penal, la estipulación sobre la indemnización del daño ulterior o los simples intereses legales, no logran resolver con suficiente justicia el problema de los daños y perjuicios derivados del cumplimiento extemporáneo de las obligaciones dinerarias.

4.- La revaluación del capital moroso es un medio que permite el restablecimiento de la justicia tanto a nivel de las prestaciones de origen contractual como en el caso de los créditos que nacen por mandato legal.

5.- La justicia individual reclama que la indexación del capital adeudado se practique teniendo en cuenta la capacidad de pago del deudor moroso.

6.- La justicia social exige una distribución de los perjuicios que ocasiona la inflación; razón por la cual tanto el acreedor como el deudor deben asumir parte de la depreciación monetaria que ha experimentado el capital moroso.

7.- Un sistema monetario puede volver a satisfacer las exigencias de la justicia si considera la revaluación de las deudas dinerarias morosas teniendo en cuenta los aspectos que se refieren a la clase del crédito por ajustar, período de la mora,

etc.

8.- La consideración del interés vital del acreedor nos lleva a comprender el Derecho Humano a la vida como uno de los fundamentos de carácter constitucional capaz de promover la revaluación de las deudas dinerarias morosas.

9.- Por otra parte si tenemos en cuenta esta clase de interés pero en función del deudor, entonces debemos aceptar ciertos límites que no terminan por extinguir los pasivos dinerarios a su cargo pero sí condicionan la magnitud del ajuste por inflación del capital moroso, así como los términos que deben observarse para efectuar el correspondiente pago.

En este sentido aún cuando el deudor incurra en mora con el deliberado propósito de perjudicar al acreedor por concepto de la depreciación monetaria que experimenta el capital, creemos que toda fórmula en materia de indemnización siempre debe respetar el derecho a la vida del autor en los términos antes expuestos.

10.- La depreciación monetaria afecta la capacidad de ejercicio del derecho de propiedad sobre el dinero que corresponde al acreedor de una obligación pecuniaria impaga.

Frente a esta violación de un Derecho Constitucional se debe buscar alguna fórmula que permita la inmediata recuperación del poder adquisitivo del capital adeudado que desde nuestro punto de vista consistiría en el procedimiento de revaluación antes mencionado.

11.- Desde la perspectiva estatal debemos tener en cuenta que las Constituciones que han consagrado el modelo de la Economía Social de Mercado permiten la intervención del gobierno en las transacciones privadas, incluso para que disponga la indexación de los pasivos dinerarios morosos.

12.- Esta clase de medidas son más convenientes si forman parte de la puesta en marcha de un programa de estabilización económica que por lo demás es la única manera de resolver definitivamente el problema de la depreciación monetaria.

Dentro de este contexto la revaluación de los capitales morosos es tan solo un paliativo que permite convivir de modo transitorio con la inflación hasta que ésta se reduzca a su mínima expresión.

13.- Ahora bien la ejecución de un programa de estabilización económica requiere, entre otras medidas, la adecuación o ajuste de los precios a valor de

mercado y condiciona necesariamente el reajuste de los capitales morosos para que mantengan su mismo grado de capacidad adquisitiva.

14.- Para la inmediata puesta en marcha de esta clase de medidas muchas veces resulta necesaria la expedición de toda una normatividad legal que con carácter de urgencia establezca de modo expreso la revaluación que venimos analizando.

15.- La experiencia histórica en Argentina y Perú demuestra que si la inflación afecta a determinados sectores económicos, entonces el Estado reacciona mediante la promulgación de normas que disponen la indexación pero tan sólo de aquellos pasivos morosos que vienen experimentando de modo muy considerable los nocivos efectos de la depreciación monetaria.

En cambio cuando la inflación se encuentra en un estado de su evolución que provoca un malestar social generalizado con relación al conjunto de la población, entonces se prefiere pensar en la regulación de la revaluación a través de normas especiales de alcance general o en el desarrollo de agudas interpretaciones del Código Civil para extender sus normas en materia de responsabilidad de tal modo que vendrían a sustentar la procedencia y exigibilidad de la indexación de los pasivos morosos.

16.- De conformidad con la teoría de los hechos cumplidos la revaluación que se llegue a establecer mediante un dispositivo expreso resultaría plenamente aplicable incluso a las obligaciones dinerarias que ya han devenido en créditos exigibles antes del inicio de la vigencia de la referida norma legal.

17.- El procedimiento para llevar a cabo la revaluación legal se puede regular mediante una ley formal, un Decreto Legislativo o un Decreto de Urgencia.

Si el gobierno implementa un programa de estabilización económica creemos que debe valerle sobretodo del Decreto de Emergencia para regular el referido ajuste por inflación.

18.- Por razones de justicia y la necesaria vigencia de los Derechos Humanos los jueces pueden y deben disponer la revaluación de las deudas dinerarias morosas aún cuando no exista un dispositivo legal que de manera expresa establezca esta clase de indexación.

19.- La experiencia histórica demuestra que dentro del aparato estatal el Poder Judicial es el órgano más sensible que siempre ha tomado la iniciativa para promover la indexación de los capitales morosos cuando el caso concreto lo ha requerido.

20.- Desde el punto de vista del Derecho Comparado se puede apreciar que tanto en Europa como en Latinoamérica normalmente el legislador asume los supuestos de una economía estable y por esta razón consagra el nominalismo como uno de los principios básicos del sistema monetario nacional; sin embargo muchas veces se ha reconocido la posibilidad de un pacto valorista pero concebido como una alternativa de excepción.

21.- En los casos que el deudor ha cumplido con retraso la obligación dineraria a su cargo el Derecho Civil siempre ha dejado en primera instancia que las partes de modo voluntario lleguen a un acuerdo de carácter indemnizatorio a través de una cláusula penal o la indemnización de daño ulterior.

En las épocas de una inflación poco significativa estos mecanismos han demostrado ser suficientemente eficaces para proteger al acreedor con relación a cualquier daño de carácter monetario que podría haber sufrido.

22.- A falta de pacto expreso entre las partes en materia indemnizatoria, normalmente los Códigos Civiles disponen la aplicación de los intereses legales que protegen al acreedor de los perjuicios de naturaleza financiera derivados de la falta de disposición oportuna del capital adeudado que, dicho sea de paso, constituyen los daños que comúnmente suceden en las épocas de relativa estabilidad económica.

En todo caso un mínimo grado de depreciación monetaria parecería estar suficientemente cubierto por los referidos intereses legales.

23.- Sin embargo en algunos contratos especiales como son los de mandato, depósito, etc. los Códigos Civiles generalmente disponen la indemnización del daño mayor y por tanto permitirían sin mucho debate el resarcimiento de los perjuicios por concepto de la depreciación monetaria sobretudo en las épocas de aguda inflación.

En cambio esta última solución resulta muy discutible tanto para la doctrina como para la jurisprudencia cuando se trata de cualquier otro caso que no es objeto de uno de estos contratos típicos, aún cuando finalmente las posiciones predominantes se pronuncian a favor de esta posibilidad.

24.- El temperamento más aceptado es que una deuda de dinero siempre conserva su calidad de tal por más que posteriormente resulte un crédito exigible y/o moratorio.

En todo caso se entiende que la correspondiente indemnización civil es una obligación de valor que -por definición- bien puede sustentar la reparación de los

perjuicios de índole monetario, sobretodo en los períodos de aguda inflación.

25.- La más reciente doctrina argentina viene desarrollando un planteamiento propio del Derecho Monetario, llegando a sostener que el problema central no es la mora sino la depreciación monetaria en sí; de tal modo que la revaluación puede proceder incluso con relación a los créditos simplemente exigibles.

26.- Teniendo en cuenta que la buena fe se encuentra presente tanto en la etapa de celebración como de ejecución de los contratos puede servir de fundamento para postular la revaluación de la obligación dineraria dentro y fuera del plazo pactado para su cumplimiento.

Gracias a esta indexación el deudor de buena fe traslada al acreedor los resultados de la diferencia que ha obtenido en el negocio por concepto de la depreciación monetaria experimentada por el capital comprometido.

27.- Desde otro punto de vista nos parece que estos perjuicios de carácter monetario constituyen una suerte de "daño común" que -a semejanza de los perjuicios financieros- requiere de una legislación especial.

Entonces asumiendo que la indemnización civil es el fundamento de fondo para sostener la revaluación de los pasivos morosos, la regla mas apropiada para tratar esta materia se encontraría en el art. 1234 del Código Civil del Perú.

28.- Por otra parte desde la perspectiva del Derecho Monetario pensamos que únicamente cuando el gobierno implementa un plan de estabilización económica tiene sentido la expedición de una norma especial -que tendrá vigencia transitoria- y que habrá de establecer la revaluación de las deudas exigibles mediante la aplicación de un determinado procedimiento de cálculo, salvo que las partes hayan acordado alguna fórmula de solución mas conveniente.

29.- Creemos que los principales aspectos que debe observar la norma que proponemos son los siguientes:

a) Debe regularse la indexación únicamente cuando la magnitud de la inflación adquiere proporciones muy significativas.

b) El gobierno puede recurrir a la utilización de la ley formal o cualquier otro dispositivo de igual rango, incluyendo a los Decretos de Urgencia previstos por el inc. 20 del art. 20 del art. 211 de nuestra Constitución vigente.

c) Es preferible que la norma que se expida tenga un ámbito de aplicación sectorial.

d) Nos parece conveniente que este dispositivo legal alcance incluso a los créditos exigibles que ya se encuentran en esta situación antes del inicio de la vigencia de la indicada norma. Es preferible que se señale de modo expreso el plazo de vigencia del dispositivo bajo comentario.

e) Creemos que el período de ajuste por inflación debe considerar el porcentaje de variación de los precios que ocurra entre el último día del mes que precede al del vencimiento del plazo para cancelar la obligación y el último día del mes que precede al de su efectivo pago.

f) Somos partidarios de la utilización del índice de precios al consumidor para llevar a cabo la revaluación que venimos proponiendo.

g) Nos parece que el procedimiento del ajuste por inflación debe practicarse en función del "método acumulativo".

h) Dentro de un contexto de inflación con recesión se deben considerar las limitaciones que rodean a la capacidad de pago del deudor; razón por la cual pensamos que podría aceptarse la posibilidad que la revaluación llegue tan sólo al término medio de la depreciación.

i) Creemos que son plenamente aplicables los intereses ajustados por inflación sobre el monto del capital revaluado.

j) Debería disponerse de modo expreso que la indexación legal no procede en los casos que los particulares han pactado una cláusula penal.

En todo caso procede la indemnización del "daño mayor" siempre que corresponda a perjuicios diferentes de los que se derivan de la depreciación monetaria.

k) La revaluación legal debe alcanzar a los casos en los cuales el acreedor ha recurrido al Poder Judicial para obtener una indemnización por concepto de la pérdida del poder adquisitivo del capital adeudado, siempre y cuando esta pretensión conste de modo expreso en la correspondiente demanda.

Si en la fecha que entra en vigencia la norma ocurre que el referido procedimiento judicial se encuentra en la etapa de resolución (en cualquier instancia) o de ejecución de sentencia, creemos que sería prudente dejar en libertad al acreedor para que escoja entre la solución que dispone la sentencia y la fórmula de ajuste establecida por el dispositivo legal que venimos comentando.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA CARDEÑAS, Reynaldo.- " El Índice de Precios al Consumidor de Lima - Callao" .Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú . Tesis de Bachiller en Ciencias Administrativas, 1969.
- ALBALADEJO, Manuel.- "Derecho Civil" T. II , Vol. I . Barcelona, Librería Bosch, 1980.
- ALETTA DE SYLVAS, Carlos.- " La Indexación de los Créditos ¿Cuestión jurisdiccional o cuestión legislativa?. En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA , 1976.
- ALTERINI, Atilio.- "Responsabilidad Civil" . Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1979.
- ALVAREZ GARDIOL, Ariel.- "Resumen de la Ponencia de la Comisión de Filosofía y Sociología del Derecho" .En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA , 1976.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario.- "Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona" . En: La Nueva Constitución y su Aplicación Legal, Lima, Ediciones CIC, 1980.
- AVENDAÑO V., Jorge.-"Propiedad y Empresa en la Nueva Constitución" . En: La Nueva Constitución y su aplicación Legal, Lima, Ediciones CIC, 1980.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique.-"El funcionamiento del Sistema Político de la Constitución de 1979" . En: La Constitución Diez Años después , Lima, Fundación Friedrich Naumann, 1989.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.- "El Estado y la Constitución de 1979" . En: Revista de Derecho N° 35, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Junio 1981.
- BONET CORREA, José.-"Las Deudas de Dinero" Madrid, Ed. Civitas S.A., 1981.
- CALLE, Edmundo.-" Supuestos Legislativos" . En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- CARBONNIER, Jean.- Derecho Civil". T.II, Vol. II. Barcelona, Bosch Casa Editoriai, 1971.
- CARDENAS QUIROZ, Carlos.-"Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil". En: Exposición de Motivos y Comentarios, Parte III, Tomo V. Lima, Compilación de la Dra. Delia Revoredo de Debakey, 1985.
- CARDENAS QUIROZ, Carlos.-"El Pago de Intereses en el Código Civil de 1984" . En: Lecturas y Casos de Derecho de Obligaciones. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.
- CASIELLO, Guillermo.-"La Letra de Cambio, su Indexación y el Juicio Ejecutivo" . En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976.
- CASIELLO, Juan José.-"Deudas de Valor y Dinerasias. La Indexación en las Deudas Dinerasias en el Derecho Argentino y Comparado" . En: Indexación en

- el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.-"Instituciones de Derecho Civil". T.II. Lima, 1955.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.-"Código Civil" T. II, Lima, 1978.
- CAZEAUX, Pedro.-"Panorama General del Reajuste por Depreciación Monetaria en la Doctrina y Jurisprudencia". En: Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, Ed. Universidad 1980
- CIURO CALDANI, Miguel.-"La Indexación en el Derecho Internacional Privado Argentino". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- CODIGO CIVIL DEL ESTADO NOR-PERUANO, expedido por Santa Cruz. Lima, Imprenta de Jesús Macías, 1896.
- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 24^º Edición, 1986.
- DAVILA, Clara.-"Indexación de los Créditos ¿Cuestión Jurisdiccional o Cuestión Legislativa?" En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- DAVILA, Clara.-"Ponencia de la Comisión de Derecho Constitucional y Administrativo". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- DE DIEGO, Clemente.-" Instituciones de Derecho Civil Español" , Tomo II , Madrid, 1959
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.-"La Inflación y los Daños y Perjuicios por Mora". En: Revista "Justicia", N^º 1, Marzo 1990
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.-"La Transformación del Derecho de Propiedad". En: Revista de Derecho N^º 33, Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre 1978
- DIAZ, Corina.- "Supuestos Legislativos". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- DIEZ , Bernardo.-" Ubicación del Problema de la Indexación en Análisis. Su Naturaleza". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- DIEZ, Bernardo.-"Ponencia de la Comisión de Derecho Constitucional y Administrativo". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- DIEZ PICASSO, Luis.-"Libertad, Responsabilidad Contractual e Intereses Vitales del Deudor". En: Lecturas y Casos de Derecho de Obligaciones, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989
- DURAN TRUJILLO, Rafael.-"Nociones de Responsabilidad Civil". Bogotá, Ed. Temis, 1957
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco.-" Funciones legislativas del Poder Ejecutivo". En: La Constitución Peruana de 1979, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987
- FERNANDEZ CARTAGENA, Julio.-" Actualización de Deudas Pecuniarias.

- Implicancias Civiles". En: Revista de Derecho Thémis, N° 14 - Lima , 1989
- FERRERO REBAGLIATI, Raúl.-" Aspectos Jurídicos de la Inflación". En: Derecho y Economía, Lima, CONCYTEC, 1989
- GARCIA SAYAN, Enrique.-"La Depreciación Monetaria y el Cumplimiento de los Contratos entre Particulares". Lima, Tesis en Universidad de Lima, 1982.
- GASPARY, Raúl.-" Ponencia Disidente en la Comisión de Filosofía y Sociología del Derecho". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- GELSI BIDART, Adolfo.-"Enfoque Procesal de la Ley de Actualización de Deudas". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- GIOGI, Jorge.-"Teoría de las Obligaciones" , Vol. II. Madrid, Ed. Reus, 1977
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian.-"Depreciación Monetaria". Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1977
- HEBE, Billie.-"Supuestos Legislativos". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- HEDEMANN, J.W..-"Tratado de Derecho Civil". Vol. III, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958
- LANDONI SOSA, Miguel.-"El Reajuste de las Obligaciones en el Derecho Privado". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- LAREDO, Iris.-"Supuestos Legislativos". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- LOPEZ CABANA, Manuel.-"La Indexación de las Deudas Dinerarias". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- LORENZETTI, Ricardo.-"Derecho Monetario". Santa Fe, Rubinzol-Culzoni SCC, 1990
- LUESO, José.-"Ponencia en Comisión de Derecho Constitucional y Administrativo". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires , Ed. DEPALMA, 1976
- LUESO, José.-"Ubicación del Problema de la Indexación en Análisis. Su Naturaleza". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- LLAMBIAS, Jorge.-"Manual de Derecho Civil". Buenos Aires, Ed. Perrot, 1985
- MANRIQUE GOMEZ, Gustavo.-" La desvalorización Monetaria en el Derecho Contractual Privado Colombiano". Bogotá , Pontificia Universidad Javeriana, Tesis para optar el Título de Abogado, 1983
- MESSINEO, Francesco.-"Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo IV, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa- América, 1955
- MEZA BARROS, Ramón.-" Manual de Derecho Civil". Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1974
- MOISSET DE ESPANES, Luis.-"Deudas de Valor y Dinerarias". En: Indexación

- en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- MOISSET DE ESPANES, Luis.-"Inflación y Actualización Monetaria". Buenos Aires, Ed. Universidad , 1981
- MONTOYA ALBERTI, Ulises.-"La Inflación y el Derecho". Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1971
- MOSSET ITURRASPE, Jorge.-"Derecho Monetario". Santa Fe, Rubinzol-Culzoni SCC, 1990
- NATALE, Alberto.-"La Indexación de los Créditos ¿Cuestión Jurisdiccional o Cuestión Legislativa?" En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires , Ed. DEPALMA, 1976
- NUSSBAUM, Arthur.-"Teoría Jurídica del Dinero". Madrid, 1929
- OBLITAS BALDARRAGO, Carlos.-"Importancia del Uso de Índices de Precios en Epocas de Inflación". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis de Bachiller en Ciencias Administrativas, 1977
- OCHOA, César.-" Economía y Constitución" . En: La Constitución Peruana de 1979, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987
- OLAECHEA, Manuel Augusto.-"Lecciones de Derecho Civil". Tomo I, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1937
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo.-"Régimen General de las Obligaciones". Bogotá, Ed. Temis. 1984
- OSTERLING PARODI, Felipe.-"Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil " En: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Parte III, Tomo V, Lima, Compilación de la Dra. Delia Revoredo de Debaquey, 1985
- OSTERLING PARODI, Felipe.-" Anteproyecto de las Obligaciones y de sus Modalidades y Efectos". En: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980
- PARADA BARRENECHE, Oscar.-"Inflación y Revaluación en las Obligaciones Dinerarias". Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1987
- PEREZ VERA, María.-"La Indexación de los Créditos. ¿Cuestión Jurisdiccional o Cuestión Legislativa?". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- PIZARRO, Ramón.-"Deudas de Valor y Dinerarias". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado. Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- PIZARRO, Ramón.-"Inflación y Actualización Monetaria". Buenos Aires, Ed. Universidad, 1981
- PLANIOL, Marcelo.-"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Habana, Cultural S.A., 1936
- PLANTZ, Hans.-"Principios de Derecho Privado Germánico". Barcelona, Ed. Bosch, 1957
- POTHIER, R.-"Tratado de las Obligaciones". Buenos Aires, 1947
- RIPERT, Jorge.-"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo VII., Vol. II. Habana, Cultural S.A., 1936

- ROUZAUT, Rodolfo.-"La Indexación en el Derecho Constitucional". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado. Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- ROUZAUT, Rodolfo.- "Supuestos Legislativos". En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado. Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- RUIZ ELDREDGE, Alberto.-"La Constitución Comentada - 1979". Lima, Ed. Atlántida, 1980
- RUSSO, Oscar.-"La Indexación del Saldo de Precio en la Enajenación Judicial Forzosa". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- SAMANAMU, F. -"Instituciones de Derecho Civil Peruano". Tomo III. Lima, Imorenta y Librería de San Pedro, 1917
- SILBERSTEIN, Isidoro.-"Indexación en el Derecho Argentino y Comparado". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- SOLARTE RODRIGUEZ, Oscar.-"Inflación y Revaluación en las Obligaciones Dinerarias". Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1987
- SPOTA, Alberto.-"Ponencia en la Comisión de Derecho Constitucional y Administrativo". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- SPOTA, Alberto.- "Ubicación del Problema de la Indexación en Análisis". Su Naturaleza.". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA., 1976
- TRABUCCHI, Alberto.-"Instituciones de Derecho Civil", Tomo II. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1967
- URIBE RESTREPO, Luis .-"Las Obligaciones Pecuniarias frente a la Inflación". Bogotá, Ed. Temis, 1984
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto .-"Tratado de Derecho Civil Español", Tomo III. Valladolid, 1937
- VALLESPINOS, Carlos.-"Deudas de Valor y Dinerarias ". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- VALLESPINOS, Carlos.- "Inflación y Actualización Monetaria". Buenos Aires, Ed. Universidad, 1981
- VEGA GARCIA, -"Ponencia Alternativa en Materia de Obligaciones ". En : Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Tomo III, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980
- VIGO , Luis.-" Justificación Ética de la Indexación". En: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976
- VILLAGRA, Salvador.- "Supuestos Legislativos". En : Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Buenos Aires, Ed. DEPALMA, 1976

INDICE

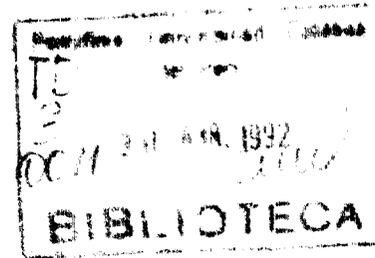
INTRODUCCION

CAPITULO I CONSIDERACIONES ETICAS

A) Planteamiento del Problema	6
D) Ética Jurídica	7
1) Seguridad	8
2) Justicia	11
2.1) Justicia Subjetiva	13
a) Depreciación del Capital	14
b) Interés Legal	15
c) Interés Moratorio	16
d) Cláusula Penal	18
e) Indemnización del Daño Ulterior	20
2.2) Justicia Objetiva	21
a) Depreciación del Capital	22
b) Interés Legal	23
c) Interés Moratorio	26
d) Cláusula Penal	28
e) Indemnización del Daño Ulterior	29
2.3) Justicia Individual	30
a) Nominalismo	30
b) Indexación	32
c) Índice de Precios al Consumidor	34
d) Situación Individual de las Personas	35
2.4) Justicia General	37
a) Estabilización Económica	37
b) Justicia Social	38
c) Seguridad versus Justicia	40
d) Sistema Monetario	42
Citas	44

CAPITULO II ASPECTOS CONSTITUCIONALES

A) Derechos Humanos	46
1) Derecho a la Vida	46
2) Derecho de Propiedad	51
B) Rol del Estado	57
1) Evolución Histórica	58
2) Función Administrativa	59
a) Política Económica	59
b) Política Monetaria	62
3) Función Normativa	64



a) Necesidad de legislación expresa	65
b) Límites del Ambito de la ley	68
c) Aplicación en el Tiempo de la Ley	69
d) Modalidades de la Ley	72
4) Función Jurisdiccional	78
a) Indexación sin Ley Expresa	79
b) Principio de Separación de Poderes	81
Citas	83
CAPITULO III DERECHO COMPARADO	
A) Francia	87
B) Alemania	92
C) Italia	95
D) España	99
E) Inglaterra	102
F) Argentina	103
G) Chile	110
H) Colombia	117
I) Perú	121
1) Código Civil de 1852	121
2) Código Civil de 1936	123
3) Código Civil de 1984	128
Citas	145
CAPITULO IV NUEVAS TENDENCIAS	
A) Fundamentos de la Revaluación	150
1) Buena Fe	151
2) Indemnización	156
3) Derecho Monetario	163
B) Legislación sobre Revaluación	172
1) Conveniencia para Legislar	172
2) Clase de Norma	172
3) Ambito de Aplicación	173
4) Aplicación en el Tiempo	174
5) Período de Ajuste por Inflación	175
6) Índice de Ajuste	178
7) Método de Cálculo	179
8) Capacidad de Pago del Deudor	181
9) Aplicación de Intereses	182
10) Indemnización Civil	183
11) Procesos Judiciales	184
Citas	185
CONCLUSIONES	187
BIBLIOGRAFIA	193