

PRESENTACIÓN

Deuda externa, excesiva onerosidad sobreviniente y Derecho de Menores son algunos de los campos a los que se dedica este número.

Del licenciado **Luis Albán Arias Sosa**, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, brindamos el profundo estudio **“Algunos postulados jurídicos aplicables al problema de la deuda externa”**. El autor enfoca el tema dentro del ámbito del Derecho Económico Internacional, al analizar los caracteres de la deuda externa. La hipótesis que demuestra a cabalidad es la de que al problema de la deuda externa resultan aplicables los postulados de la llamada doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, que puede llevar a la eliminación de la eficacia jurídica de los contratos debido a un desequilibrio entre las prestaciones y a lo que los alemanes llaman desaparición de la base del negocio (“Wegfal der Geschäftsgrundlage”) o perturbación de la relación de equivalencia “Äquivalenzstörung”. El Lic. Arias Sosa señala a la deuda externa como un obstáculo para el desarrollo que a su juicio “arrasa con todo” por su “automatismo”; muestra sus antecedentes en la historia económica de nuestros países y demuestra la aplicación de los referi-

dos postulados al problema mencionado, debido a la relevancia de los hechos sobrevinientes en el citado equilibrio contractual entre deudores y acreedores.

Dentro del mismo campo de la excesiva onerosidad sobreviniente como elemento perturbador del equilibrio contractual, el licenciado **Guillermo Zúñiga González** se refiere en su excelente trabajo **“El nominalismo y el valorismo. Algunas consideraciones teóricas”** a los problemas de transformación de circunstancias en los contratos que se prolongan en el tiempo, cuando el dinero cambia su valor. El trabajo analiza los mecanismos que se han utilizado para hacer frente a esta situación. El autor expone el conflicto entre el nominalismo y el valorismo.

El licenciado **Roy Santana Ott** se aboca en su colaboración **“La inflación y las cláusulas de estabilización en los contratos. Algunas nociones teóricas y prácticas”** al estudio de los diversos mecanismos utilizados por los acreedores para conservar el valor real de sus créditos.

Los licenciados **Virgilio Benavides López** y **Zully Zúñiga Contreras** en su colaboración **“Consideraciones so-**

bre fondos de inversión", presentan algunos extractos de su tesis de graduación que contienen importante información sobre el funcionamiento de los fondos de inversión. Estos entes financieros están multiplicándose en nuestra economía y coadyuvando al desarrollo y fortalecimiento del sistema financiero nacional, por lo que reviste suma importancia para el inversionista conocer sus principales características y su funcionamiento, además de la regulación que ejerce sobre ellos la Ley Reguladora del Mercado de Valo-

res, la que tuvo sus modificaciones desde enero del presente año, para que tanto el sector privado y el sector público tengan opción a operar fondos de inversión.

La **Licda. Cecilia Sánchez Romero** continúa con su valioso aporte en la sección **Pronunciamientos Especialmente Relevantes**; y finalmente, la sección de **Jurisprudencia** a cargo del **Digesto**, bajo su acertada dirección.

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN.....	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
SECCIÓN I: ESTUDIOS.	
Algunos postulados jurídicos aplicables al problema de la deuda externa.	9
Lic. Luis Albán Arias Sosa	
El nominalismo y el valorismo. Algunas consideraciones teóricas.....	21
Lic. Guillermo Zúñiga González	
La inflación y las cláusulas de estabilización en los contratos. Algunas nociones teóricas y prácticas.	49
Lic. Roy Santana Ott	
Niños, niñas y adolescentes: El encuentro con la policía y las alternativas de atención social.	75
M.Sc. Mario Alberto Víquez Jiménez	
Consideraciones sobre fondos de inversión.	89
Lic. Virgilio Benavides López Licda. Zully Zúñiga Contreras	
SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES.	
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés.	121
Licda. Cecilia Sánchez Romero	
SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA.	143
Centro Electrónico de Información Jurisprudencial Directora Licda. Cecilia Sánchez Romero	

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ALGUNOS POSTULADOS JURÍDICOS APLICABLES AL PROBLEMA DE LA DEUDA EXTERNA

LIC. LUIS ALBÁN ARIAS SOSA

*«...muchas cosas que naturalmente parecen
honestas, dejan de serlo según las circunstan-
cias; ...»*

CICERÓN

ÍNDICE

	Pág.
Introducción general	10
Algunos postulados jurídicos aplicables al problema de la deuda externa	11
Sección I: Deuda externa	11
A. Generalidades	11
B. Antecedentes	13
Sección II: Postulados jurídicos	15
A. Excesiva onerosidad sobreviniente	15
B. Cláusula rebus sic stantibus	17
Conclusión general	19
Bibliografía	20

INTRODUCCIÓN GENERAL

En el ámbito del Derecho Económico Internacional no resulta insubstancial reflexionar, con la mayor seriedad posible, sobre la temática de la Deuda Externa. Ello por cuanto se trata de una realidad que aún nos golpea. El Derecho, como instrumento para la consecución de la Justicia, no puede permanecer ajeno a esta problemática. Y por eso, desde el ámbito jurídico, nos llegan una serie de postulados aplicables a la situación en estudio. Los mismos procuran dotar de equidad a las obligaciones resultantes de los pactos que en su momento suscribieron los países periféricos con las metrópolis. Propiamente nos dedicaremos a los dos principales postulados que figuran en la doctrina.

Dentro de este orden de ideas, planteamos como hipótesis rectora de la presente investigación la siguiente:

A la problemática de la Deuda Externa, por cumplir íntegramente con los requisitos respectivos, le son aplicables los postulados de la Excesiva Onerosidad Sobreviniente y Rebus Sic Stantibus.

Los objetivos guías del estudio son:

- Establecer los criterios usados para definir la Deuda Externa.

- Señalar a ésta como un obstáculo para nuestro desarrollo.
- Indicar los antecedentes que nos llevan a la situación de endeudamiento que nos afecta.
- Determinar la aplicabilidad de los postulados jurídicos en examen al supuesto de la Deuda Externa.

Los aspectos expuestos, en los párrafos que preceden, constituyen los lineamientos fundamentales del presente estudio. Son las ideas primordiales que dominan todo nuestro trabajo.

Esta investigación, como se puede derivar de lo dicho hasta aquí, se realizará empleando el método hipotético-deductivo. Partiremos de lo general hasta acceder a lo específico, tratando de cumplir con la hipótesis y objetivos mencionados. Para estos efectos seguiremos las directrices del Dr. Odilón Méndez Ramírez en su obra: *La Investigación Científica*.

El estudio se divide en dos secciones. En la primera de ellas se contemplan aspectos generales e históricos de la Deuda Externa. Del análisis de los principales postulados que le son aplicables, se encarga la segunda sección del trabajo.

ALGUNOS POSTULADOS JURÍDICOS APLICABLES AL PROBLEMA DE LA DEUDA EXTERNA

No es de modo alguno ocioso que nos refiramos a la temática de la Deuda Externa, pese a que la atención se haya desviado hacia otras situaciones, cuando nos percatamos que las consecuencias de la misma siguen constituyendo un obstáculo para el desarrollo de nuestros países.

Para abordar el asunto es menester repasar lo ocurrido hasta ahora, para posteriormente tratar de determinar la aplicabilidad —o no— de ciertos postulados jurídicos, los más destacados por la doctrina, a la problemática en estudio.

SECCIÓN I: DEUDA EXTERNA

Primero trataremos el punto de manera conceptual, estableciendo los criterios más difundidos, como premisa que nos permita tratar, en debida forma, las penosas situaciones a las que la Deuda nos ha llevado. Para esto último es de suma utilidad que examinemos los acontecimientos generadores de la cuestión.

A) Generalidades.

Lo primero que debemos plantear al iniciar el estudio, es lo relativo a las concepciones de Deuda Externa que se presentan. Hablamos de «concepciones» pues no hay unanimidad de criterios. Estos se basan, o apoyan, en el tipo de moneda y en la residencia de las partes. Es así, como conocemos tres grupos de definiciones.

Inicialmente tenemos a los autores¹ que conceptualizan a la Deuda Externa, de acuerdo con el tipo de moneda utilizada para la contratación del crédito. Tendremos Deuda Externa: «Cuando la unidad monetaria a través de la cual se expresa el importe de lo debido no es la moneda nacional, sino una extranjera».²

En segundo término mencionaremos a aquéllos que utilizan el criterio de residencia de

las partes. De conformidad con el cual la Deuda Externa es el: «Conjunto de obligaciones de naciones contraídas con gobiernos y residentes del exterior y derivadas de operaciones de crédito».³

Y, como es usual en el Derecho, existe una tercera opción que combina las dos posiciones anteriores. Toman en cuenta la moneda extranjera y la residencia del acreedor. Por eso uno de los exponentes de esta corriente define la Deuda en cuestión como: «toda obligación o cargo de una nación, en moneda distinta a la que circula en ésta y cuyo lugar de pago sea fuera de sus fronteras».⁴

De lo expuesto, en las líneas que preceden, derivamos dos aspectos: 1) Dos elementos cruciales que han sido tenidos en cuenta, para conceptualizar el fenómeno estudiado, son el tipo de moneda y la residencia de las partes; 2) No se ha establecido un consenso que permita un concepto unitario, por lo que según el ángulo utilizado (moneda-residencia) así será la definición expresada.

Pero más que un asunto conceptual, la Deuda Externa es una realidad que nos golpea terriblemente. Sus consecuencias son funestas

1. «Deuda externa es la denominada en moneda diferente de la del Estado deudor» JEZE citado por AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, *La Excesiva Onerosidad Sobreviniente de la Deuda Externa Latinoamericana*, San José, Tesis para optar el título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, p. 109.

2. HERNÁNDEZ GIL citado por *ibidem*, p. 108.

3. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *La Crisis y la Deuda Externa*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, primera edición, 1993, p. 146.

4. ROBLES MACAYA, Carlos Hernán, citado por AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, *op. cit.*, p. 114.

para la población, especialmente si hablamos de los sectores más desprotegidos y olvidados.

La Deuda arrasa con todo. Muchos aspectos prioritarios (salud, empleo, educación) se dejan de lado, para cumplir con nuestros pagos. La producción, el presupuesto, las ayudas estatales, el medio ambiente, y hasta el mismo nivel de vida de los ciudadanos, deben «sacrificarse» en aras de pagar.

Ello ha arrojado resultados lamentables:

«Los indicadores más alarmantes de la situación creada por la presión de la deuda son, entre otros, la subalimentación, la falta de atención técnico sanitaria adecuada, la precaria atención a la enseñanza básica y la inexistente o escasa formación profesional y técnica».⁵

Aparte de dichos resultados, que se extienden a lo largo del continente, el autor Jorge Enrique Romero Pérez nos brinda las principales consecuencias de la Deuda para el caso costarricense. En el ámbito local, y con íntima vinculación con el problema que tratamos, hemos experimentado: inflación, desempleo, estancamiento de la producción y la economía, ahorro interno contraído, ausencia de fuerza empresarial nacional, aumento acelerado de la pobreza, incremento de la riqueza de las clases altas, aumento de la brecha social, incapacidad del Estado para resolver la crisis, precarismo urbano, emigración del campo a la ciudad, etc.⁶

Así las cosas, la Deuda Externa se constituye en un obstáculo para el desarrollo de nuestros pueblos. Pues, por atender la Deuda, en lo que se utilizan gran parte de los recursos,

no podemos destinar dineros suficientes para el bienestar y seguridad de la colectividad.⁷

Se presenta el problema de que la Deuda crece más rápido que nuestra producción. Es decir, por más que paguemos nunca acabamos de hacerlo. No producimos lo que debemos.

Y para muestra un botón: «Entre 1982 y 1990, la región latinoamericana ha transferido al exterior por concepto de pago del servicio de la deuda pública externa, una cifra cercana a los 300 mil millones de dólares y a pesar de este enorme drenaje de recursos al mundo industrializado, la deuda regional ha crecido en un mismo período en más de cien mil millones de dólares».⁸

Esto que precede es lo que se denomina: Automatismo de la Deuda, que se erige como uno de los principales impedimentos para el desarrollo nacional. El automatismo consiste en el crecimiento automático de la Deuda a raíz de la necesidad de pagar intereses a través de nuevos créditos. «Hoy la deuda no crece porque la banca dé nuevos créditos, sino que la banca da nuevos créditos porque la deuda crece...»⁹

Entonces, aunque últimamente la atención se ha desviado hacia otros tópicos coyunturales —nacionales e internacionales—,¹⁰ la Deuda Externa continúa allí negándonos el acceso a un futuro más venturoso. Y por eso no se debe perder de vista el punto, puesto que la problemática de marras aún no desaparece.

Siendo necesario, para comprenderla en debida forma, que revisemos los principales acontecimientos provocadores de la situación reinante.

5. PELÁEZ MARÓN, José Manuel, *Deuda Externa y Principios de Derecho Internacional Público, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 242.

6. Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *op. cit.*, pp. 29-30.

7. «En efecto ningún país latinoamericano puede continuar soportando la triple carga de transferir el 5% de su PGB a los acreedores..., y atender las urgentes necesidades acumuladas de una gran proporción de ciudadanos que viven en condiciones de pobreza extrema.» OSSANDON, Marcelo, *La Deuda Latinoamericana: El Necesario Enfoque Interdisciplinario, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 71.

8. CALDERA, Rafael, *Relación Inaugural, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 19.

9. HINKELAMMERT citado por PÉREZ VARGAS, Víctor, *La Excesiva Onerosidad Sobreviniente de la Deuda Externa Latinoamericana*, *Revista Judicial*, San José, N° 46, junio de 1989, p. 109.

10. «...derrumbe del Muro de Berlín, caída del «socialismo real» en la Europa Central y del Este, la disolución del Partido Comunista de la Unión Soviética, la Guerra del Golfo Pérsico, entre otros...» Ver CALDERA, Rafael, *op. cit.*, p. 17.

B) Antecedentes.

Como ocurre tantas veces en el devenir histórico, se presentan modificaciones de un período a otro. Cambios que no siempre son positivos. Y mucho de esto último es lo que le ha acontecido a América Latina.

Durante el lapso que comprende el final de la Segunda Guerra Mundial hasta los problemas con el petróleo en 1973, se da la Época de Oro de la economía mundial. Se le llama así, por cuanto, en los países desarrollados, hubo un gran crecimiento en todas las direcciones (producción, empleo, consumo, etc.). Ello se debió, según Peláez Marón, principalmente, a una fuerte redistribución de los beneficios; lo que hizo posible el mayor consumo de grandes capas sociales.¹¹ A ello se agrega, el financiamiento, que por siempre, le han dado los subdesarrollados a los países fuertes.

Ese crecimiento económico que experimentaron las metrópolis, mediante «beneficiarnos» con dinero a bajo costo, se observó reflejado en nuestra comunidad latinoamericana. En donde, el «...grado de industrialización pasó de 19 a 25%. El analfabetismo se redujo de 50 a 20%... el número de estudiantes en el tercer ciclo de la enseñanza primaria se elevó de 245 mil a 4.5 millones...El valor de las exportaciones pasó de 6.800 a 104.000 millones de dólares»,¹² etc.

Pero las cosas comenzarían a cambiar en los setentas. Primeramente con los petrodólares. Resultó que los países productores del «oro negro» deciden elevar los precios de su importante producto. «El petróleo cuyo precio normal era de US\$ 2 por barril, pasó a costar US\$ 14».¹³ Los recursos recogidos con el incremento se pasaron al sistema financiero interna-

cional. Ese dinero debía ponerse «a producir», a generar más dividendos, y como el mercado propio se les hacía chico, se colocó en nuestros países.¹⁴ Además, como herencia de la Época de Oro, los intereses a pagar eran bajos.

Otro elemento, poco comentado y que rescata Roberto Panizza, generador de la posterior crisis es: el cambio de política económica que se presenta en los países desarrollados. Las nuevas administraciones de los ochentas, usan principios neoliberales y monetaristas. Dichos principios son antagónicos al estado de cosas en la Época de Oro.¹⁵

Querían esos nuevos gobernantes: «...asegurar nuevamente a la economía mundial el tren de crecimiento que se había perdido en la década del setenta a través de la desregulación de los mercados, y se hacían ilusiones de combatir la inflación y el desequilibrio de las cuentas públicas privilegiando casi exclusivamente, las políticas monetaristas restrictivas».¹⁶ Ello, según vemos actualmente, trajo como consecuencia que las empresas más fuertes, desplazando totalmente a las pequeñas, establecieran un control, tipo monopolístico, del mercado. El monetarismo lo único que consiguió fue dejar sin fondos al Estado para las tareas sociales.

Aparte de estos dos elementos, fáctica y concretamente hablando, es una combinación de factores la que produjo el estallido de la crisis de la Deuda Externa en los ochentas. Veamos algunos de ellos.

Uno de los aspectos determinantes fue la revaluación del dólar. En efecto: «...los países en vías de desarrollo no eran capaces con los productos de sus exportaciones expresados en un conjunto de monedas fuertes, de atender el servicio de la deuda pactada en dólares, a cau-

11. Ver PELÁEZ MARÓN, José Manuel, op. cit., p. 235.

12. Ver CALDERA, Rafael, op. cit., p. 13.

13. *Ibidem*, p. 11.

14. «...se produjo una superabundancia de capitales en busca de una adecuada colocación, todo lo cual —...— incitó a muchos bancos a financiar los trasposos de tecnologías e infraestructuras al Tercer Mundo.» PANIZZA, Roberto, En el Origen del Débito Externo de los Países del Tercer Mundo, Principi Generali del Diritto e Iniquità nel Rapporti Obbligatori, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 22.

15. Véase supra pp. 10-11.

16. Ver PANIZZA, Roberto, op. cit., p. 24.

sa de su enorme revaluación con respecto a todas las demás». ¹⁷ Es decir, no es lo mismo pagar una deuda, por ejemplo, de \$100 mil estando el colón a 8,60 por dólar, que pagar esa misma deuda con el colón a 177 por dólar.

Coetáneamente, a lo recién mencionado, se produjo un aumento en las tasas de interés, movidas a voluntad de los acreedores. Así los países latinoamericanos se ven obligados, con sus frágiles economías, a pagar elevadísimos intereses, distintos a los que se establecieron en un inicio. ¹⁸

Sobre este tema ha manifestado el maestro Schipani, que debe buscarse un pronunciamiento consultivo de la Corte Internacional de Justicia. ¹⁹ Para que ésta se manifieste sobre la licitud o ilicitud del alza unilateral e ilimitada de los intereses de la Deuda Externa. ²⁰

Otros dos factores, nueva alza en los precios del petróleo y el descenso de los precios de los productos que exportamos, se sumaron a la debacle. Esta vez, sin el dinero barato de la Época de Oro, no pudimos hacer frente exitosamente a la subida del petróleo. Amén de que, por el proteccionismo establecido por los países acreedores, nuestras exportaciones se vienen a pique. ²¹

Marcelo Ossandon resume, en buena medida, lo expuesto en los párrafos precedentes:

«El rápido aumento de la deuda a principios de los años 80, se explica en gran parte por el aumento de las tasas de interés internacional pro-

veniente fundamentalmente del déficit fiscal norteamericano, de la deteiorización de los términos del intercambio y de las restricciones ejercidas por los países desarrollados a la entrada de productos del Tercer Mundo y para muchos países latinoamericanos por el alza del precio del petróleo». ²²

Ante una situación así no tardaron en aparecer los primeros morosos, luego la cadena se extendería. «Costa Rica fue el primer país en decretar unilateralmente una suspensión de pagos de su deuda, tanto en lo correspondiente a capital como a intereses». ²³ Nadie, en el extranjero, se asustó. La modestia del deudor no provocó pánico. Todo lo contrario ocurre cuando México, posteriormente seguido por otras naciones grandes, también cesó en sus pagos. Ahora sí hubo alarma, se trataba de un deudor importante. ²⁴ Y más aún, el hecho demostraba que había que buscar nuevas maneras de hacer honrar sus obligaciones a esos deudores latinoamericanos quebrados.

Una de las principales medidas que se han tomado, por parte de los acreedores, es el impulso de los Programas de Ajuste Estructural (P.A.E.). Que a nuestro modo de ver las cosas, sólo han servido para asegurarse de que paguemos nuestra Deuda (por lo demás no han «ajustado» nada). Es decir, el desarrollo queda totalmente de lado. Pues se pide prestado para pagar deudas e intereses (son préstamos para pagar préstamos). ²⁵

17. Ver PANIZZA, Roberto, op. cit., p. 26.

18. «El efecto combinado de estas dos circunstancias —se refiere el autor a la revaluación del dólar y a las alzas de los intereses— hizo recaer sobre el deudor latinoamericano un imprevisible incremento de los tipos de interés muy superior, en términos reales, al indicado en los contratos internacionales de préstamo lo que, en la práctica, vino a suponer la aplicación de intereses usurarios.» Ver PELÁEZ MARÓN, José Manuel, op. cit., p. 239. El comentario entre guiones es nuestro.

19. SCHIPANI, Sandro, Palabras de Saluto, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatorii, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 17.

20. Espeche Gil, creador de esta tesis, considera que el alza de los intereses es un acto de usura. Violándose el Principio General de Derecho que Condena la Usura. El mismo es fuente del Derecho Internacional, por eso el ordenamiento internacional está siendo transgredido. Lo cual da lugar a llevar el asunto a la Corte. ESPECHE GIL, Miguel Ángel, Alza Unilateral de las Tasas de Interés de la Deuda Externa, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatorii, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 305.

21. Ver en igual sentido, PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 99 y ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., pp. 50 y 181.

22. Ver OSSANDON, Marcelo, op. cit., p. 66.

23. Ver AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, op. cit., p. 126.

24. Ver en igual sentido, ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 35.

25. «Durante los años 80's los PAE I y II han fracasado, pues no se ha activado la economía, obviamente no hay desarrollo económico y social (todo lo contrario: la pobreza es la que ha aumentado). Y...el PAE III está destinado a pagar deuda externa vieja...» Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 215.

Los organismos financieros internacionales, en especial el Fondo Monetario Internacional, se encargan de «sacar adelante» estas políticas. Sus préstamos «...no pueden constituir objeto de reestructuración y renegociación; en caso de incumplimiento, el plazo del préstamo se extingue en sesenta días y se aplican sanciones directas, como la suspensión de todo otro préstamo vigente y la exclusión de préstamos futuros;...»²⁶ Incluso, los Estados y Bancos Comerciales Privados no llegan a acuerdos con los deudores que no sigan los dictados de estos organismos.

El «...F.M.I. condiciona el acceso a nuevos créditos, bajo condiciones bien precisas que consisten en la puesta en marcha de planes de saneamiento económico y de austeridad: devaluaciones, moderación salarial, contracción de los presupuestos sociales, constituyen las prin-

cipales recetas preconizadas por el F.M.I. a los países endeudados».²⁷

Y, ante esta realidad actual sombría, se piensa en qué se usaron los recursos colocados en Latinoamérica en los 70. En forma resumida se ha dicho que se utilizaron en apoyar regímenes militares, para dirigir la economía hacia la especulación, en la fuga de capitales, gastos improductivos, aumentar la burocracia y, principalmente, en beneficiar a las oligarquías de la periferia.²⁸

Siendo la circunstancia apuntada, el desperdicio y mal uso de los dineros prestados, uno de los fundamentos usados por los acreedores «...para negar toda consideración a la equidad».²⁹

Sin embargo, ciertos postulados jurídicos, ampliamente tratados por la doctrina, contradicen esa injusta posición de los acreedores.

SECCIÓN II: POSTULADOS JURÍDICOS

Ante la tesis defendida por los acreedores, de que se debe «respetar» lo originalmente convenido y su falta de culpa por los malos manejos de los recursos prestados, se erigen, en franca oposición, los postulados de la Excesiva Onerosidad Sobrevenida y la Cláusula Rebus Sic Stantibus que consideramos de aplicación al problema de la Deuda Externa.

A) Excesiva onerosidad sobrevenida.

El postulado en cuestión «...está constituido por contratos a largo plazo (de ejecución

periódica, continuada o diferida), en general conmutativos u onerosos donde, entre el momento de la estipulación y el de la ejecución de la prestación, ésta se hace excesivamente onerosa...».³⁰ La onerosidad debe presentar dos rasgos: su carácter sobrevenida y la dependencia de acontecimientos extraordinarios.³¹ Amén de que se señala su evidencia, cuando el deudor para cumplir la obligación debida pone en juego su propia existencia.³²

Las licenciadas Kathiana Aguilar y Marcela Matamoros, posterior a una nutrida revisión

26. MARCHISIO, Sergio, *Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos frente a la Deuda Externa de América Latina, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 288.

27. Ver OSSANDON, Marcelo, op. cit., p. 68.

28. Ver en igual sentido, OSSANDON, Marcelo, op. cit., p. 68 y ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 132.

29. Ver CALDERA, Rafael, op. cit., p. 12.

30. Ver PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 101.

31. Así lo expresan diversos autores. MOLINA, Juan Carlos citado por AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, op. cit., p. 73 y ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 98.

32. En este sentido, es interesante la posición de Luis Díez-Picazo. Quien habla de los «intereses vitales del deudor contractual». Considerando que éstos constituyen un límite a la autoenajenación que significan los contratos para las partes. Por eso en caso de crisis, en las cuales éstas no manejan las variables que se presentan, no se puede exigir un cumplimiento exacto. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Libertad y Responsabilidad Contractuales e Intereses Vitales del Deudor, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/1, 1992, pp. 54-55.

de autores, establecen cuatro requisitos necesarios para la aplicación del postulado en estudio. Debe existir un **contrato ejecutable** en el futuro (la conclusión y ejecución no coinciden), generalmente: oneroso (con recíprocas ventajas patrimoniales) conmutativo (obligaciones determinadas—bles—).³³ Entre la formalización del pacto y la finalización del cumplimiento de las obligaciones, se deben presentar **acontecimientos extraordinarios e imprevisibles**³⁴ que desequilibren las prestaciones. Todo lo cual torna **excesivamente onerosa** la obligación para una de las partes. Además, esta excesividad debe provenir de **hechos ajenos** a la voluntad del deudor.³⁵

Para solucionar estos cambios coyunturales, se ha pensado en dos posibles salidas: la reducción a equidad y la resolución del contrato.

«Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que deba buscarse con prioridad (...) la reducción a equidad de los términos de aquel».³⁶

En virtud de lo expuesto, cabe advertir que de lo que se trata es de determinar a qué se quisieron obligar las partes en un inicio, antes de que se transformaran las circunstancias; con la pretensión de restablecer la equidad. Lo cual conlleva aminorar las prestaciones de los contratantes.³⁷

También la resolución, por excesiva onerosidad sobreviniente, tutela la paridad de los contratantes posteriormente a la perfección del pacto. Por eso: «cuando un contrato se vuelve a lo largo de su ejecución, brutalmente oneroso o con una carga en donde el deudor no puede hacerle frente, ese es uno de los principios para que se tenga por resuelto el contrato,...»³⁸

El remedio jurídico en examen conlleva la ineficacia del contrato, no producirá éste más efectos jurídicos. El pacto que es válido, se torna ineficaz (Ineficacia Surviniente).³⁹

Así las cosas, reducción y resolución son los mecanismos para revisar aquellos pactos que vean afectado su equilibrio de intereses. Pareciéndonos que la opción radical, resolución, procederá, según inferimos de los párrafos anteriores, cuando el retorno al equilibrio no sea posible.

Corresponde observar, a esta altura del estudio, si al problema de la Deuda Externa le es aplicable la excesiva onerosidad sobreviniente. Para ello habrá que establecer si la situación presentada reúne los requisitos necesarios.⁴⁰

Los préstamos efectuados por nuestros acreedores, en su oportunidad,⁴¹ constituyen contratos a largo plazo. Ellos colocaban el dinero acá, y nosotros les pagamos los respectivos intereses, debiendo reintegrar, también, el capital.⁴²

33. BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juricentro, 2ª edición, vol. I, 1990, pp. 33-34.

34. «Imprevisible. Acontecimiento que en el orden natural de las cosas no se hubiera podido prever ni con la más cuidadosa atención.» DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Editorial Porrúa, primera edición, 1983, p. 298.

35. Ver AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, op. cit., pp. 92-97.

36. Ver PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 102.

37. «...lo que se persigue es restituir la situación de equivalencia prevaleciente al momento de la celebración del contrato.» Ver AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, op. cit., pp. 100-101.

38. Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 129.

39. «El principio que se encuentra en la base de las diversas formas de resolución (...) es el de la relevancia de un hecho sobreviniente que afecta el equilibrio contractual,...» Ver PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 102.

40. Véase supra pp. 18-19.

41. *Ibidem*, p. 11.

42. «Con referencia al tema de la deuda externa no puede dejar de constatare que se trata de contratos cuyas prestaciones son diferidas o periódicas; o, en general, de ejecución sucesiva.» Ver PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 101.

Debe tomarse en cuenta, a la vez, que se debe presentar una falta de correspondencia temporal entre la recepción del dinero y su devolución. Y es precisamente en ese lapso, que se dan una variedad de hechos que desequilibraron el contrato. Particularmente nos referimos a la revaluación del dólar, el aumento de los intereses, alza del petróleo, descenso del precio de los productos de exportación.⁴³ Dichas situaciones constituyen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.⁴⁴

«No se trata de un simple «venir a menos» de la situación de los deudores latinoamericanos, sino de acontecimientos extraordinarios objetivos, externos, que han determinado una **excesiva onerosidad sobreviniente** de las prestaciones a que estaban obligados».⁴⁵

Además, la excesividad es ajena a la voluntad de los deudores. Pues, principalmente, la revaluación del dólar y el alza de los intereses, son medidas unilateralmente tomadas por los acreedores. Las mismas nos han perjudicado en forma abrumadora. Tornando nuestro compromiso excesivamente oneroso.

Entonces, como el problema de la Deuda Externa, a tenor de lo recién expresado, cumple con los requisitos respectivos es factible aplicarle el postulado de comentario. Debiendo establecerse, según haya posibilidades o no de una nueva equilibración de intereses, la reducción a equidad⁴⁶ o la resolución de los contratos.⁴⁷

El problema que encuentra la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente a la Deuda Externa, como bien lo destaca Romero Pérez, es que los fuertes países acreedores no están, obviamente, interesados en que se utilice el postulado estudiado.⁴⁸

Y valga decir, como lo veremos de seguido, que tampoco están de acuerdo con el uso de cierta cláusula, de origen romano, aplicable en estos casos.

B) Cláusula rebus sic stantibus.

De conformidad con el postulado de comentario «...lo pactado en sus inicios debe sufrir variaciones de acuerdo con las circunstancias que han afectado el convenio».⁴⁹

Ello se aplica a los contratos de larga duración. Por eso los mismos, según se deriva del párrafo anterior, serán obligatorios mientras las condiciones de la contratación original no hayan variado.

Para De los Mozos, la cláusula en examen se tiene por sobreentendida en estos pactos, con la finalidad de solventar eventuales desequilibrios posteriores.⁵⁰

Por su parte Marchisio considera un rasgo voluntarista en la cuestión. Puesto que estima que son determinadas circunstancias las que llevan a las partes a contratar, de lo que deduce una voluntad diversa si las condiciones son distintas a las iniciales.⁵¹

Ante la situación descrita es posible aplicar remedios para proteger los intereses contrac-

43. Véase supra, pp. 11-15.

44. *Ibidem*, pp. 18-19.

45. Ver PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 99. El subrayado es nuestro.

46. Es la solución que propone Roberto Panizza. Para él hay que reconstruir matemáticamente la suma adeudada, sin tomar en cuenta la revaluación del dólar y el aumento de los intereses. La reconstrucción se haría respecto de otras monedas fuertes y sus intereses a partir de los 80. Ver PANIZZA, Roberto, op. cit., p. 33.

47. Véase supra pp. 19-20.

48. «Cuando los países desarrollados o los grupos económicamente fuertes, o los bancos internacionales, sí les interesa que una cláusula de derecho contractual internacional, se aplique, como saben que tienen la fuerza para aplicarla, la ejecutan aunque vaya a contrapelo de toda la tradición jurídica occidental:...» Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 130.

49. Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 100.

50. DE LOS MOZOS, José L., Principios Generales de Derecho e Iniquidad de las Obligaciones, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, p. 115.

51. Ver MARCHISIO, Sergio, op. cit., p. 293.

52. Véase supra pp. 19-20.

tuales afectados. Nos referimos al restablecimiento del equilibrio perdido o a la resolución del contrato.⁵²

El fundamento del postulado estudiado lo encontramos analizado por dos grandes grupos de teorías: monistas y pluralistas. Las primeras basadas en aspectos concretos, las otras afinadas en los principios generales.⁵³

Monistas serían las Teorías: de la Presuposición (partes declaran su voluntad atendiendo a ciertos hechos, si éstos se modifican el contrato es inválido), de la Base Negocial (si la base subjetiva, el motivo de los contratantes para pactar, desaparece el negocio es ineficaz; ocurre lo propio cuando se disipa la base objetiva, es decir la posibilidad de alcanzar la finalidad del contrato), de la Imprevisión (la obligatoriedad del pacto cede ante las situaciones desequilibrantes que escapan a una normal previsión humana).⁵⁴

Pluralistas son la Teoría de la Lesión (alteración de las circunstancias genera una grave lesión a un contratante, lo cual es contrario a la buena fe al ejecutar los pactos) y las constantes remisiones, de muchos autores, a la Equidad y a la Buena Fe como cimientos de la revisión contractual por cambio de condiciones.⁵⁵

A pesar de los fundamentos expuestos, «...la jurisprudencia anglosajona se mantiene con un apego rígido a la perspectiva formalista del «*Pacta sunt servanda*», anteponiendo la forma y la voluntad expresada a la justicia».⁵⁶

Dicho principio «...expresa que los contratos deben cumplirse de acuerdo con lo que ori-

ginalmente se convino».⁵⁷ Sin embargo, el mismo, por razones de justicia, debe atemperarse. Solamente con la ausencia de modificaciones en las circunstancias, debe de aplicarse rigurosamente. Caso contrario, a nuestro parecer, la readecuación se impone.⁵⁸

Toca ahora determinar si la problemática de la Deuda Externa encuadra en la hipótesis de la cláusula rebus sic stantibus. Revisemos: hay contratos de préstamo de larga duración, han ocurrido variaciones que incidieron sobre el convenio original (propia: alza de intereses, revaluación del dólar, aumento del petróleo, descenso del precio de nuestros productos), las circunstancias son diferentes a las originales (por ejemplo: en los 70's los créditos eran blandos, en la actualidad son duros y rígidos; etc.). Todo lo que nos lleva a apreciar la adecuación del postulado jurídico a la situación fáctica presentada.⁵⁹

Desde el ángulo de los fundamentos el emparejamiento también se produce. Cuando los préstamos se acuerdan los ecos de la Edad de Oro aún resonaban (presuposición). Las cruentas obligaciones resultantes impiden lograr el desarrollo, al que supuestamente se dirigían los dineros enviados del exterior (desaparición de la base negocial). En el feliz contexto de los setentas nadie imaginó, que por las medidas unilaterales de los acreedores, los problemas por venir iban a ser inmensos (imprevisión). Además, la equidad y la buena fe, deseables en los contratos, están lejos de cobrar vida en los actuales momentos.⁶⁰

53. En esto seguimos a un reconocido autor español ya citado. Ver DE LOS MOZOS, José L., op. cit., pp. 118-119.

54. Ver en ese sentido, AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, op. cit., pp. 54-69 y LARENZ, Karl, Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1era. edición, 1956, pp. 223-226.

55. Ver en ese sentido, SCHIPANI, Sandro, op. cit., p. 16.

56. Ver PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 104. El subrayado es nuestro.

57. Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 100.

58. «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.» Ver DE LOS MOZOS, José L., op. cit., p. 124.

59. «No cabe duda, pues, que se haya realizado un cambio fundamental en las circunstancias...» Ver MARCHISIO, Sergio, op. cit., p. 294.

60. Bergel, agrega un elemento adicional, los acreedores, que sostienen la tesis del *pacta sunt servanda*, no tienen autoridad moral para exigir el pago íntegro de la Deuda Externa, pues su cuota de responsabilidad en nuestra grave situación se los impide. BERGEL, Salvator D., Responsabilidad de la banca transnacional por los daños causados en el endeudamiento externo del tercer mundo, Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori, Roma, Università di Roma, vol. VI/1, 1992, p. 157.

Sergio Marchisio nos ayuda a ejemplificar lo apuntado: «...el valor de la deuda externa ha aumentado en cincuenta por ciento y el valor del servicio de la deuda en setenticinco por ciento, mientras las inversiones han disminuido en un cuarenta por ciento y la renta per cápita ha disminuido en siete y medio por ciento».⁶¹

Ante ese panorama, y en aplicación del postulado estudiado, nuestros Estados pueden

someter a revisión esos contratos, en los que tan grandemente las circunstancias han variado, y obtener una readecuación de la Deuda o una resolución de la misma.⁶²

El problema es que ello no opera. Los países acreedores no lo aceptan, se aferran, injustamente, al *pacta sunt servanda*. Y están en posición cómoda para hacerlo, mientras prevalezca el derecho de la fuerza.⁶³

CONCLUSIÓN GENERAL

Llegando a este punto de la investigación, es pertinente presentar las cuestiones fundamentales que surgen del trabajo realizado.

No se presenta en doctrina un concepto unitario de Deuda Externa. Aunque los dos elementos comúnmente usados para brindar una noción de la misma sí están precisados: tipo de moneda y residencia de las partes.

La Deuda Externa, a través de los condicionamientos y consecuencias que implica, se constituye en un fuerte obstáculo para el desarrollo.

Como principales aspectos desencadenantes del problema se tienen: la colocación de los petrodólares, los cambios de políticas económicas en las metrópolis, la revaluación del dólar, el alza de los intereses, nuevos aumentos del petróleo, baja de precios de nuestros productos.

La situación en estudio cumple con los requisitos que suponen la Excesiva Onerosidad Sobreviniente: se trata de contratos a largo plazo, en los que se presentan acontecimientos extraordinarios e imprevistos (como los recién apuntados), que determinan una excesividad (los pagos se fueron por las «nubes») no achacable al deudor (se trató de medidas unilaterales de los acreedores).

La Cláusula *Rebus Sic Stantibus* también resulta aplicable: los préstamos (contratos ejecutables en el futuro) recibieron la incidencia, principalmente, de la revaluación del dólar y el aumento en los intereses (sensibles variantes a lo pactado originalmente), y ello ha ocurrido en el transcurrir de una coyuntura diversa a la de los setentas (Época de Oro-Períodos de Morosidad y Ajuste). Todo lo cual se conforma a los fundamentos de la cláusula estudiada, pues se presenta: una modificación de los hechos presupuestos por las partes al contratar, lo que condujo a una desaparición de la base negocial; además lo acontecido resultó imprevisible y ha producido graves consecuencias —lesiones— que contrarían la buena fe y la equidad.

Resolución contractual y reducción a equidad, según sea factible o no, se afirman como los instrumentos a utilizar para la revisión de los contratos en los casos mencionados en los dos párrafos anteriores.

Es de esta manera, como consideramos haber constatado la veracidad de los criterios rectores establecidos al inicio del presente estudio.

61. Ver MARCHISIO, Sergio, op. cit., p. 294 (sic).

62. Véase supra pp. 19-20.

63. «En el marco internacional debe prevalecer la fuerza del derecho; y, de ninguna manera, el derecho de la fuerza.» Ver ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, op. cit., p. 100.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS.

BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juricentro, 2a. edición, vol. I, 1990, 127 p.

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Editorial Porrúa, primera edición, 1983, 514 p.

LARENZ, Karl, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1era. edición, 1956, 237 p.

MÉNDEZ RAMÍREZ, Odilón, *La Investigación Científica*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1era. ed., 1994, 154 p.

PÉREZ VARGAS, Víctor, *Derecho Privado*, San José, Editorial Publitex, 1era. ed., 1988, 501 p.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *La Crisis y la Deuda Externa*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, primera edición, 1993, 231 p.

REVISTAS.

PÉREZ VARGAS, Víctor, *La Excesiva Onerosidad Sobreviniente de la Deuda Externa Latinoamericana*. *Revista Judicial*, San José, N°46, junio de 1989, pp. 151-166.

OBRAS COLECTIVAS.

BERGEL, Salvator D., *Responsabilidad de la banca transnacional por los daños causados en el endeudamiento externo del tercer mundo*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/1, 1992, pp. 113-163.

CALDERA, Rafael, *Relación Inaugural*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 9-18.

DE LOS MOZOS, José L., *Principios Generales de Derecho e Iniquidad de las Obligaciones*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 113-125.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Libertad y Responsabilidad Contractuales e Intereses Vitales del Deudor*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/1, 1992, pp. 51-65.

ESPECHE GIL, Miguel Ángel, *Alza Unilateral de las Tasas de Interés de la Deuda Externa*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 303-309.

MARCHISIO, Sergio, *Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos frente a la Deuda Externa de América Latina*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 279-301.

OSSANDON, Marcelo, *La Deuda Latinoamericana: el necesario enfoque interdisciplinario*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 69-75.

PANIZZA, Roberto, *En el Origen del Débito Externo de los Países del Tercer Mundo*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 19-36.

PELÁEZ MARÓN, José Manuel, *Deuda Externa y Principios de Derecho Internacional Público*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 229-256.

SCHIPANI, Sandro, *Palabras de Saluto*, *Principi Generali del Diritto e Iniquità nei Rapporti Obbligatori*, Roma, Università di Roma, vol. VII/2, 1992, pp. 1-8.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN.

AGUILAR BARQUERO, Kathiana y MATAMOROS RAMÍREZ, Marcela, *La Excesiva Onerosidad Sobreviniente de la Deuda Externa Latinoamericana*, San José, Tesis para optar el título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1990, 233 p.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS

LIC. GUILLERMO ZÚÑIGA GONZÁLEZ

ÍNDICE

Pág.

Presentación del tema.	22
A. El principio nominalista	22
1. El metalismo.	22
2. Naturaleza del nominalismo.	23
3. Origen y evolución del nominalismo.	25
4. Fundamentos teóricos y prácticos del nominalismo.	27
5. Objeciones al principio nominalista	28
6. Nominalismo e inflación.	29
7. Nominalismo en Costa Rica.	31
B. El principio valorista.	35
1. Naturaleza del valorismo	35
2. Origen y evolución del valorismo.	36
3. Problemas fundamentales del valorismo	38
4. Valorismo e inflación.	43
5. Deudas de dinero y deudas de valor	44
A modo de conclusión. Propuesta de solución al problema.	47

PRESENTACIÓN DEL TEMA

En el presente ensayo se pretende desarrollar dos conceptos propios del Derecho Monetario que han constituido el foco de atención de muchos juristas, y los cuales han sido constantemente reevaluados en los últimos años. Dichos conceptos provienen de la diferenciación histórica que se ha realizado entre el nominalismo y el valorismo.

La diferenciación de ambos conceptos es muy amplia y rica en la doctrina jurídica de otros países, pero en Costa Rica el desarrolla-

do ha sido muy limitado, observándose solamente intentos tímidos por definir la situación.

En un primer apartado se analizan los fundamentos doctrinales y los aspectos prácticos del principio nominalista, retomando el desarrollo histórico del tema, y señalando su ámbito de aplicación en Costa Rica. Posteriormente, en un segundo apartado, se desarrolla el tema del principio valorista, como una propuesta alternativa a la solución dada por el nominalismo, señalando cuáles son las ventajas de dicho principio, así como sus limitaciones de aplicación.

A. EL PRINCIPIO NOMINALISTA

Para exponer concretamente lo que es el principio nominalista se hace necesario emprender un cuidadoso análisis del metalismo, así como dar todo un repaso histórico del nominalismo hasta nuestros días. Además, se exponen los fundamentos teóricos y prácticos de tal doctrina, los problemas que ha planteado y sus soluciones.

1. El metalismo.

Es necesario resaltar las funciones que cumple el dinero como medio de pago y como medida de valor. El dinero como medida de valor es sumamente importante para la doctrina jurídica, ya que el valor de cada bien o servicio se fija en términos de él. De tal forma, cada bien o servicio tiene un determinado precio en términos de valor. Es esto lo que determina la relación de intercambio que se puede dar con los otros bienes y servicios.

El principio metalista rompe completamente con este esquema, al proponer que *"el dinero es un bien en función de su equivalencia con el metal con que es acuñado o que le sirve de*

respaldo".¹ Para la teoría metalista, el dinero es equiparado a la cantidad disponible de un metal precioso determinado. Las monedas eran generalmente acuñadas en oro o en plata, y ese hecho les daba su respaldo monetario. Según Hirschberg, la teoría metalista propone que *"una unidad monetaria es idéntica a cierta cantidad del metal usado como patrón... el metalismo era un sistema que requería que el dinero estuviera respaldado por metales preciosos"*.² Igualmente, Luis de Gasperi indica con respecto al valor metálico que éste *"es el atribuido a la moneda en consideración al peso de plata o de oro puro que entre en ella... Compruébaselo por el peso y el análisis químico de la materia"*.³

Este concepto se relacionaba estrechamente con el patrón oro, el cual rigió durante mucho tiempo en las economías mundiales. Los individuos se interesaban en adquirir monedas en términos de su valor relativo al oro y a la plata, pues debe recordarse que en los tiempos antiguos se tenían nociones mercantilistas con respecto a la riqueza. Es decir, la

1. CAUSSE (Jorge I.), *Desvalorización y Derecho Monetario*, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Facultad de Derecho, Puerto Rico, Volumen XIII, No. 1, setiembre-diciembre, 1978, p. 75.

2. HIRSCHBERG (Eliyahu), *El principio nominalista*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, pp. 29-30.

3. DE GASPERI (Luis), *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Obligaciones en General, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, p. 540.

riqueza radicaba en la posesión de metales preciosos y joyas. Así las cosas, los individuos buscaban disponer de este tipo de monedas, más por su valor intrínseco, que por lo que representaban como medio de pago.

La teoría metalista va un poco más allá. Ella establece que el dinero es, en sí, un bien, por el hecho de estar representado por una cierta cantidad de un metal precioso que lo respaldaba, y no por ser un medio de pago. Por ello, el valor del dinero se encontraba sujeto a las reglas de la oferta y de la demanda, no tanto del dinero como tal, sino del metal que lo constituía. Si se daba un aumento en los medios de pago en circulación, el valor del dinero disminuía, pues representaba un exceso de oferta del metal en cuestión.⁴

La tesis metalista es la máxima expresión de la teoría que ha sostenido por muchos años que el dinero es un bien. En este caso, es un bien especial que sirve como medio de cambio y de medida de valor de todos los demás bienes. En la Edad Media, esta teoría adquirió una especial importancia, ya que las obligaciones se fijaban en cantidades de oro o plata que debían ser canceladas a los acreedores. Al respecto, Hirschberg nos indica que *"según la teoría metalista predominante en la época medieval, el acreedor tenía derecho al valor metálico de la suma original de dinero; de tal manera, éste no sólo tenía una dimensión cuantitativa, sino también cualitativa"*.⁵

Se ha criticado a la tesis metalista por no tener un fundamento teórico aceptable en el mundo moderno por diferentes razones. La primera crítica radica en que también el precio de estos metales preciosos es expresado en unidades monetarias. Hoy día, podemos observar cómo en los grandes mercados de bienes mun-

diales, el precio del oro y la plata varían constantemente, por lo que el sistema metalista sería sumamente inestable. Ergo, este sistema solamente tiene sentido dentro del marco de un mercado donde la cantidad de dichos metales preciosos sea poco más o menos constante.

La segunda crítica radica en lo incorrecto de establecer el valor del dinero por su constitución física. El dinero debe funcionar para lo que fue creado, y el valor que los agentes económicos le brinden deberá ser determinado acorde con sus funciones, siendo las más importantes para nuestros efectos la de servir como medio de pago y como unidad de cuenta. No es posible pensar que el dinero sea un bien ordinario del mercado, pues él tiene sus características especiales que lo constituyen como un facilitador del comercio. Al respecto Causse afirma que *"hoy ha perdido definitivamente vigencia esta teoría frente al abandono del patrón oro como regulador de las transacciones internacionales"*.⁶

2. Naturaleza del nominalismo.

El nominalismo es una teoría del Derecho Monetario, la cual se refiere al problema de la extensión de las obligaciones dinerarias. Tradicionalmente se le caracteriza diciendo que *"una particular unidad de moneda es siempre equivalente a la misma unidad de moneda a los ojos de la ley, sin tomar en cuenta ningún cambio que podría haber ocurrido en el poder adquisitivo de la moneda, tanto interna como externamente"*.⁷

También se indica que *"este principio supone la invariabilidad del valor del signo monetario: un peso es y será siempre un peso, cualquiera sea la alteración que en la realidad haya sufrido, a menos que una legislación especial"*

4. Como cualquier otro bien o servicio, el dinero se regía por la ley de la oferta y de la demanda. En tal sentido, si se daba un exceso de oferta de los medios de pago en circulación, ello implicaba que el valor del dinero disminuía, de tal suerte que se alcanzaría un nuevo precio (o valor del dinero) de equilibrio, por debajo del precio original.

5. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, p. 5.

6. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 75.

7. HIRSCHBERG (Eliyahu), PHIL (D.M.), *El Derecho Monetario y el desafío de la inflación en nuestra era*, en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, octubre, tomo LXVI, año LXVI, 1982, p. 929.

disponga lo contrario".⁸ En el mismo sentido se afirma que *"el principio nominalista es aquel que impone que la moneda de curso legal tenga pleno valor liberatorio por su íntegro valor nominal"*.⁹

Es necesario destacar que el principio nominalista se encuentra expresamente establecido en la normativa de pocos países, pero, a pesar de ello, constituye la piedra angular del Derecho Monetario moderno. Ya el Código Napoleón lo incorporó en su numeral 1895 el cual reza lo siguiente:

"Artículo 1895.—Cuando la deuda es una suma de dinero, el pago debe ser hecho en la clase de moneda estipulada; a falta de estipulación, en la moneda que estuviere en curso al contraerse la deuda, y en caso de no poder hacerse el pago en la moneda debida, se hará en la usual y corriente al verificarse el pago, computándola según el valor comercial y efectivo que tuviere en esa época con relación a la moneda debida."¹⁰

En la actualidad, el Código Civil italiano indica en su artículo 1277 lo siguiente:

"Art. 1277.—Deuda de suma de dinero: Las deudas pecuniarias se extinguen con moneda que tenga su uso legal en el estado al tiempo del pago y por su valor nominal. Si la suma debida estaba determinada en una moneda que no tiene ya curso legal en el momento del pago, éste debe hacerse en moneda legal, equiparada por su valor a la primera".¹¹

En los países anglosajones, el principio nominalista se encuentra muy desarrollado por la jurisprudencia. Se tiene el caso de Gilbert vs. Brett, conocido como el *caso de las monedas mezcladas*, donde se especifica el principio nominalista en el sistema jurisprudencial inglés.

Se tiene que *"Gilbert, de Londres, había vendido artículos a Brett, de Drogheda, Irlanda, en la suma de 100 libras esterlinas en moneda legal inglesa, el cual debía ser pagado en Dublín. Antes de la fecha de pago la reina Isabel I anuló la moneda en Irlanda, emitiendo una nueva y depreciada moneda. El Tribunal sostuvo que el pago hecho en la moneda desvalorizada era una buena descarga de la obligación"*.¹² Desde el año de 1604, los tribunales ingleses no se han apartado del principio nominalista.

La jurisprudencia norteamericana también ha reconocido la vigencia del principio nominalista, donde la Suprema Corte de Justicia, en el caso *"Die Deutsche Bank vs. Humphrey"* estableció que *"obviamente un dólar o un marco pueden tener diferentes valores en épocas distintas; pero para la ley que los creó son siempre iguales"*.¹³

El principio nominalista indica que un dólar es siempre igual a un dólar; un colón es siempre igual a un colón; sin importar la cotización en relación con otras monedas, ni las modificaciones que su valor sufra en el ámbito interno. Con ello, se adopta una ficción legal, que viene a ser una presunción *iure et de iure* relativa a la identidad de valor de las unidades monetarias en épocas diferentes. Se afirma que existe identidad de valor en las unidades monetarias, sin que importe su poder adquisitivo.¹⁴

El principio nominalista establece que una deuda de cien colones, contraída hace quince años, se paga hoy con cien colones, a pesar de que el dinero costarricense haya sufrido fuertes depreciaciones, y el poder adquisitivo de esos cien colones ya no sea el mismo. Si quisiéramos comparar el poder adquisitivo del billete de cien colones en dos pe-

8. CAZEUX (Pedro), TEJERINA (Wenceslao), *Realiste de las obligaciones dinerarias*. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1981, pp. 15-16.

9. ROCA SASTRE (Ramón), *Eficacia de la cláusula valor oro*, en *Revista de Derecho Privado*, Año XXXIV, No. 394, enero, 1950, p. 6.

10. *Código Napoleón*, Madrid, Editorial Ariel, 1985, p. 303.

11. *Código Civil*, Roma, Oportunity Books s.r.l., 1997, p. 239.

12. HIRSCHBERG (Eliyahu), PHIL (D.M.), *op. cit.*, p. 930.

13. *Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica*, "Die Deutsche Bank vs. Humphrey", citado por SALAS (Acdeel), *Deudas dinerarias, nominalismo y mora*, en *Obligaciones contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 119.

14. En este sentido, ver CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 74.

riodos, se deben traer ambos valores a un año base determinado. Por ejemplo, si se deflatan esos cien colones de enero de 1980 al mes de enero de 1996 utilizando el IPC,¹⁵ serían 2.801,05 colones. Esto quiere decir que lo que se podía comprar con 100 colones de enero de 1980, requería en enero de 1996 casi un 2.700% más.

Roca Sastre se cuestionaba "*si tal principio es de ius cogens, o sea de imperio absoluto, o bien si implica una norma de simple derecho dispositivo, y, por tanto, eludible o modificable por parte de los interesados, sin perjuicio de que la ley excluya transitoriamente su aplicación*".¹⁶ Actualmente se sostiene que este principio es inherente al Derecho de los contratos, y no requiere una manifestación expresa en el contrato para tener validez. Es *ius dispositivum* en tanto que pertenece a la ley general de las obligaciones. No es *ius cogens* porque si las partes desean apartarse de este principio, lo pueden hacer, siempre y cuando establezcan cláusulas específicas.¹⁷

Según el nominalismo, cuando los contratantes llegan a un acuerdo de voluntades, ellos no esperan que cambie el valor de la moneda. En caso de que sí lo esperaran, las partes creen que tales cambios no les afectarán. Si pensarán por cualquier motivo que alguna de las dos situaciones anteriores no se va a dar, tratarán de protegerse por medio de la inclusión de cláusulas. Los contratantes, amparados en el principio de la libertad contractual, pueden introducir en el contrato una serie de cláusulas que los libre de los perjuicios que puede traer la tesis nominalista. Es un principio general del Derecho que la ley no presupone la existencia de cláusulas contractuales que no estén expresamente incluidas. Parafraseando a Salas, se

puede indicar que no se puede negar que este principio puede conducir, en algunos casos, a situaciones que subjetivamente se pueden considerar injustas, pero si contratar es prever también podría reprocharse al acreedor su imprevisión. Él podía incluir oportunamente cláusulas correctivas.¹⁸

Es necesario recalcar que los problemas creados por la aplicación del principio nominalista se dan sólo en cierto tipo de contratos. Indudablemente, en los contratos de ejecución simultánea, el principio nominalista actúa en buena forma. Pero en los contratos de ejecución diferida, o en los de ejecución sucesiva o a tracto, si se crea toda una serie de problemas, los cuales serán tratados en una forma más detallada en la siguiente sección.

Si se produce un fuerte proceso inflacionario, es probable que se dé conflicto entre las intenciones de las partes de un contrato privado. En esa situación, uno saldrá perjudicado mientras que el otro resultará beneficiado. Como se analizó al hablar de la inflación, en un proceso de este tipo los deudores se ven beneficiados y los acreedores sufren pérdidas de capital. En términos de la teoría de juegos se puede afirmar que este es un juego de suma cero. En caso de que el contrato no incluya cláusulas de reajuste, la ley terminará tutelando los intereses del deudor en casos de inflación.

3. Origen y evolución del nominalismo.

El nominalismo primitivo tiene sus orígenes en la prerrogativa de los monarcas y de los príncipes de emitir el dinero. En los siglos XVI y XVII los monarcas de los países tenían la potestad de emisión, y las monedas llevaban impresos los emblemas que representaban a

15. Los índices para los respectivos meses con base enero 1995=100 son:

IPCenero1980 = 4,2534

IPCenero1996 = 119,14

16. ROCA SASTRE (Ramón), *op.cit.* p. 4.

17. Mann opina que "*ambas no se oponen entre sí, ya que el nominalismo no es ius cogens, sino ius dispositivum, originándose en la ley de contratos y hayando su justificación en la intención legalmente relevante de las partes; por lo tanto, las partes pueden protegerse mediante cláusulas de valor en sus contratos*." MANN (F.A.), *The Legal Aspects of Money*, 2da. Edición, 1953, p. 69, citado por HIRSCHBERG (Eliyahu), *Cláusulas de Valor*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXIV, marzo 1980, p. 272.

18. SALAS (Acdeel), *op.cit.* p. 123.

sus familias y a sus reinos. A la facultad monopólica de emitir dinero y obtener un lucro con ello, se le denomina en economía como *señoraje*.

Los monarcas y los príncipes no adquieren solamente el derecho de emitir la moneda, sino también todos los poderes que incidentalmente vienen a su lado. Por ejemplo, la fijación del valor de las monedas no se determinaba de acuerdo con su valor intrínseco, sino por el valor que ellos establecieran. Por ello, los soberanos podían cambiar el valor del dinero con una simple proclama. Las monedas eran una propiedad real que se encontraba en una especie de préstamo a los particulares. Si el soberano decidía cambiar a otra moneda, nada ni nadie se lo podía impedir, y los particulares debían adquirir las nuevas monedas, a pesar de las pérdidas de valor que se dieran.

Esta concepción fue abandonada conforme evolucionaba el Estado de uno monárquico absoluto hacia una nueva concepción de Estado de Derecho. Los principios de propiedad privada, de la función social del Estado y del comercio internacional, hicieron evolucionar la tesis nominalista primitiva, de tal forma que la modificaron para sentar los cimientos del nominalismo moderno.

El origen del nominalismo, tal como es aceptado hoy día, se fundamenta en la prerrogativa que tiene el Estado de fijar la cantidad de dinero circulante en la nación. El Estado crea la moneda a través de la ley, y con ello, él asume toda una serie de potestades sobre el dinero. Fija la cantidad de dinero en circulación, e incluso puede llegar a fijar su valor en relación con otras monedas extranjeras. Al respecto, Knapp al desarrollar la Teoría Monetaria Estatal, establece que *"la base teórica de la doctrina nominalista, se sustenta en dos formulaciones fundamentales: a) el Estado fija arbitrariamente la unidad básica de valor, y b) el valor de los medios de pago se establece sobre su uso"*.¹⁹

A partir de ese momento, el señoraje se convierte en *"el ingreso que percibe el gobierno como el resultado monopolístico para imprimir moneda. Imprimir moneda no tiene costo virtualmente y los billetes y monedas pueden cambiarse por bienes y servicios"*.²⁰ Es interesante plantear un ejemplo. Supongamos que la elaboración de un billete de cinco mil colones cueste treinta colones. Esto quiere decir que por cada billete de esa denominación, el gobierno obtendría un ingreso por señoraje de cuatro mil novecientos setenta colones.

Se debe recordar que la inflación suele asociarse con el crecimiento de la oferta monetaria. El gobierno suele estar muy tentado a obtener ingresos de esta manera relativamente sencilla, lo que explica por qué fue usual el abuso en el señoraje y el consecuente aumento en la tasa de inflación. Generalmente se llegaba a caer en un círculo vicioso, pues la mayor inflación implicaba menores ingresos reales, lo que impulsaba a los gobiernos a emitir aún más dinero.

Desde el siglo XVIII, el Estado ha sido uno de los defensores acérrimos del principio nominalista, sobre todo por razones fiscales. Muchos doctrinarios han indicado que el Estado es un favorecido directo del plantamiento de tal teoría. Para que los gobiernos puedan llevar a cabo sus programas políticos, se ha hecho de vital importancia adquirir deudas con los particulares. El gobierno suele ser un deudor neto dentro del sistema económico, y son los deudores los principales beneficiados en una situación inflacionaria.

Si a ello le añadimos el principio nominalista, podemos ver que el Estado cancela sus obligaciones con una moneda depreciada en relación con aquel tipo de dinero que había recibido. De tal forma, los principios primitivos de la teoría nominalista, los encontramos en esta intención del Estado de cancelar sus obligaciones con dinero de menor valor. El Estado es el mayor beneficiario del principio nominalista. Es

19. KNAPP, (F.G.), citado por CAUSSE (Jorge I.), *op.cit.*, p. 72.

20. SACHS (Jeffrey) y LARRAÍN (Felipe), *op.cit.*, p. 333.

así como "el poder público, frente a situaciones de inestabilidad grave en el campo económico-monetario, es el primer interesado en apoyar la vigencia del principio nominalista, ya que el aumento de la deuda pública, consecuencia inmediata y directa de la inestabilidad aludida, sólo podría reducirse o atemperarse mediante la aplicación del nominalismo".²¹

Pero al Estado no le interesaba solamente aplicar el criterio nominalista a sus obligaciones, ya que se hubiera generado un temor generalizado a invertir en deuda pública. Los acreedores netos preferirían invertir en otro tipo de obligaciones que sí les reconocieran tales depreciaciones monetarias. De tal suerte, el Estado decide expandir el principio nominalista a todas las obligaciones pecuniarias que se den dentro de sus fronteras.

Así como el Estado se podía librar de sus obligaciones con moneda depreciada, los acreedores de éste podrían liberarse de sus obligaciones con otros particulares, con la misma moneda depreciada. Es así como el principio nominalista se convierte en la regla general.

En términos económicos modernos, se puede afirmar que la estrategia que optimiza la utilidad del gobierno, dado que éste es un deudor neto, es la defensa del principio nominalista. Ello por cuanto, la deuda nacional²² se encuentra fijada en términos de moneda nacional. Si se da un proceso inflacionario sostenido, provocado por el mismo aparato estatal, la deuda en términos nominales se mantiene, pero en términos reales decrece. Así las cosas, el Estado en su papel de deudor neto se ve favorecido ampliamente, mientras que los particulares, acreedores netos, sufren pérdidas en el valor adquisitivo de su capital.²³

A manera de ejemplo, Hirschberg indica que "se ha sostenido que la inflación en los Estados Unidos durante el período 1939-1952 redujo el monto total de las deudas en 500 billones de dólares. En consecuencia, se transfirió poder adquisitivo de los particulares, en su carácter de acreedores, al gobierno federal, en su carácter de deudor".²⁴

También se debe anotar que la emisión de dinero de curso forzoso favorece a la tesis nominalista. En las economías actuales, el dinero que circula es emitido por los Bancos Centrales, sin ningún respaldo de metales preciosos. De tal forma, las leyes de curso legal del dinero no menoscaban el principio nominalista, sino que, en cierta forma, lo vienen a complementar.

La normativa de curso forzoso del dinero impone la obligación de recibir el papel moneda circulante en un país, como representativo del valor impreso en él. De tal suerte, el papel moneda que circule legalmente en el país es bueno para cancelar las obligaciones pecuniarias, a pesar de las pérdidas de valor que dicho dinero haya sufrido. Una vez que el monto de la obligación pecuniaria ha sido determinado, el pago realizado en papel moneda de curso legal tiene efectos liberatorios para el deudor.

4. Fundamentos teóricos y prácticos del nominalismo.

Knapp en su libro *The state theory of money* define los términos modernos de la tesis nominalista. Se tiene que "las divisas son una creación del estado, el cual goza y ejercita la prerrogativa del acuñamiento, la cual es uno de los más importantes incidentes de la soberanía en el terreno económico; por lo tanto el estado, ejercita la prerrogativa de fijar el valor de las

21. CAUSSE (Jorge I.), *op.cit.*, p. 76.

22. Esto es solamente cierto para la denominada Deuda Interna.

23. En este sentido ver RIVERA (Julio César), *El Derecho de las obligaciones y la inflación*, en *Revista Judicial*, año VII, No. 28, marzo, 1984, p. 79.

24. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op.cit.*, p. 42.

unidades de divisa que ha emitido, de acuerdo a su entera discreción, y fija su valor de acuerdo al patrón nominal".²⁵

De acuerdo con las ideas planteadas por Knapp, si el dinero funciona como medio de pago, unido a que una unidad de moneda es siempre igual a otra, es sumamente difícil, sino imposible, desviarse del nominalismo. En los contratos y en las obligaciones entre particulares, muchas veces se busca que las unidades de moneda se tengan como patrón de valor. Pero, si los cambios en el valor de la moneda se encuentran más allá de lo contratado por las partes, el nominalismo no aparece como un fin en sí mismo, sino como una solución a los problemas creados por estos cambios de valor.

Durante mucho tiempo se ha buscado asemejar las obligaciones dinerarias con las obligaciones de dar objetos de valor. Se ha sostenido que la parte debe entregar la cantidad de bienes de igual calidad, a pesar de los cambios en el valor del bien durante el periodo contractual. Sin embargo, en las obligaciones de dar una contraprestación en términos de dinero, la parte debe entregar los medios nominales de pago a la fecha fijada para dicho pago, a pesar de los cambios en el valor del dinero.

El nominalismo tiene su base teórica en la voluntad de las partes. Se dice que las partes contratan sobre la base del valor nominal del dinero. La obligación se cumple si a la fecha de vencimiento se produce el pago de la suma convenida. De tal forma, queda a la libre determinación de las partes, basadas en la libertad de contratación, fijar el valor de la contraprestación que debe ser pagada en términos nominales. Pero, con ello no se descarta la posibilidad de incluir en el contrato, cláusulas que permitan mantener el valor real del dinero.

El principio nominalista es muy conveniente porque provee una solución fácil para toda una serie de problemas teóricos y prácticos de

muy difícil solución. Mientras las monedas de los países se mantengan estables, el principio nominalista se consagra y da una respuesta efectiva y eficiente a los problemas de las obligaciones dinerarias.

Para concluir, se puede decir que el fundamento teórico del principio nominalista radica en cuestiones puramente de orden público, relativas a los intereses del Estado, y a la necesidad de estabilidad en el campo económico y político de los países.

5. Objeciones al principio nominalista.

La primera objeción que se le realiza al principio nominalista es que rompe los principios del fundamento del contrato y de equilibrio entre las partes. Algunos teóricos alemanes, como Markuse, Lohe, Hacheburg, analizaron la gran inflación alemana en el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial, originada, como ya se dijera oportunamente, en la excesiva emisión que debió hacer el Gobierno alemán para cumplir con el Tratado de Versalles. Específicamente, se investigó el fundamento de los contratos, y se comparó a las obligaciones dinerarias con los demás tipos de obligaciones.

A tal respecto, tenemos que *"era intención de las partes mantener cierta relación de equilibrio entre las obligaciones correspondientes. Dicho equilibrio había sido destruido por la inflación, y por tanto, la respuesta tradicional del principio nominalista no brindaba una solución adecuada a los acuciantes problemas del momento".²⁶* Por tanto, se debe recibir un valor económico que guarde cierta proporción con el valor económico prometido a la otra parte.

Es la depreciación en el valor de la moneda la que destruye el equilibrio entre las obligaciones de las partes. Con ello, se le imponen a las partes, bajo la sombra del principio nominalista, riesgos que iban más allá de los que se habían asumido al tiempo de celebración de los

25. HIRSCHBERG (Eliyahu), *La lógica interna y externa del nominalismo monetario*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXVII, año LXVII, setiembre, 1983, p. 837.

26. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, p. 52.

contratos. Pensar lo contrario iría en contra de la buena fe (Treu und Glauben)²⁷ que debe prevalecer en todos los contratos.

Esta objeción planteada por la doctrina alemana comenzó a tomar relevancia en el mundo entero. Se acepta actualmente, que el principio nominalista rompe con el equilibrio de las partes contratantes, al otorgar a una parte regalos provenientes del empobrecimiento de la otra.

Una segunda objeción que se ha planteado es el enriquecimiento sin causa que se produce en una de las partes contratantes. Los detractores del principio nominalista indican que se da una transferencia sustancial de poder adquisitivo entre las partes de un contrato, produciendo el enriquecimiento de una a costa del empobrecimiento de la otra. De tal forma, si se defiende el principio nominalista, este enriquecimiento sin causa es legal. El enriquecimiento sin causa es incompatible con la intención de las partes a la hora de celebrar el contrato. Lo cual se podría determinar también a través de los principios jurídicos de la justicia y de la equidad a la hora de contratar y recibir las contraprestaciones.

Por último, una tercera objeción que se ha planteado recientemente a la teoría nominalista proviene de la supremacía de los intereses del Estado sobre los intereses privados. Es una vieja práctica de los gobernantes influir sobre el estudio de la doctrina jurídica. Pero en el campo del Derecho Monetario, tal influencia suele ser mayor.

Son los gobiernos los que fijan las pautas políticas y económicas de los países. A pesar de que se busca mantener al Derecho alejado de influencias pasajeras de los gobernantes, es

la rama del Derecho Monetario la más propensa a ser influenciada. Es por ello que *"el peligro de un abuso de poder público es mayor en esta rama del derecho que en todas las demás ramas...no hay un sistema adecuado de controles y verificaciones destinados a impedir el abuso del poder...toda medida adoptada por el gobierno dentro de este marco de política económica se implementa ciegamente a través del principio nominalista"*.²⁸

Los gobiernos no se limitan únicamente a tener un rol pasivo en las economías, por el contrario, influyen directamente en la política económica. De tal forma, es criticable el hecho de que los gobiernos utilicen el principio nominalista para implementar medidas de política económica, que traen toda una serie de efectos perniciosos, y ante los cuales, los ciudadanos no pueden oponer ninguna resistencia, puesto que está fuera de su ámbito de acción.

Se puede afirmar que muchas de las políticas económicas que implementan los gobiernos, tienen su punto de partida en el principio nominalista. Si el gobierno no lo respaldara, tales medidas de política económica serían inaplicables.

6. Nominalismo e inflación.

Es de nuestro especial interés determinar los efectos de la inflación, amparados en el principio nominalista. A tal respecto, es necesario analizar la propuesta de Hirschberg, cuando indica que *"uno de los peligros que entraña el nominalismo monetario es el miedo a la inflación propiamente dicha. Si los principios nominalistas se reformaren, la inflación misma no sería tan perniciosa; y por cierto será preferible a la recesión o depresión"*.²⁹

27. En este sentido la doctrina alemana entiende por Treu und Glauben "el mandato de justificar en cualquier situación la confianza del otro de que quedarán a salvo la fidelidad y la rectitud, como es usual y necesario entre camaradas alemanes... La exigencia de fidelidad representa mucho más que una mediocre limitación de los propios intereses; requiere una acción que en ningún momento pierda de vista la compenetración de los demás y, por ende, la gran comunidad nacional de la que somos responsables... Todo alemán sabe lo que se quiere decir con esto: la conducta que este mandato exige de todos y que resulta de cada situación concreta, si esta se juzga con la mirada puesta en la moral nacional." HATTENHAUER (Hans), *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1987, p. 91.

28. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Política pública y nominalismo monetario*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXV, Año LXV, octubre, 1981, p. 899.

29. HIRSCHBERG (Eliyahu), *Política pública...*, *op. cit.*, p. 898.

En primer lugar se plantea la duda de si el nominalismo monetario es, per se, una fuente generadora de la inflación. Si bien el nominalismo sirvió por mucho tiempo para justificar la obtención de ingresos por parte del gobierno, es esa acción y no su justificación, la que genera un proceso inflacionario. Es decir, un Estado puede aceptar el principio nominalista y no tener grandes problemas inflacionarios, mientras no abuse de la emisión monetaria.³⁰ Por tanto, no parece existir una relación de causalidad entre la aceptación de la una y la existencia de la otra.

En segundo lugar, tiene razón Hirschberg al afirmar que el miedo por parte de los gobiernos a la inflación podría eventualmente retrasar la adopción oportuna de medidas. Igualmente, la eliminación del principio nominalista conllevaría a la eliminación de los costos asociados con la inflación no esperada. Sin embargo, esos no son los únicos costos asociados a la inflación, sino que también existen los llamados costos de la inflación anticipada, los cuales no se eliminarían con tal medida.

Una de las formas más eficientes para mantener el valor real de las obligaciones y dejar sin efecto al principio nominalista es la indexación. Es por ello que generalmente se propone la indexación global de la economía como solución alternativa al nominalismo. No obstante, la indexación generalizada para todas las obligaciones no resuelve el problema inflacionario.

En primer lugar, tenemos que la indexación global conlleva al constante cálculo y recálculo de todos los precios nominales de una economía. El simple hecho de ese constante cálculo implica grandes costos de eficiencia y de desperdicio de recursos dentro de esa economía. Supongamos que la gente gaste una hora a la semana en recalcular cuánto gastará en sus transacciones. Si multiplicamos una hora por el número de habitantes de esa eco-

nomía, por el salario promedio horario, nos damos una idea del gran costo de oportunidad que semanalmente dicha economía asume.

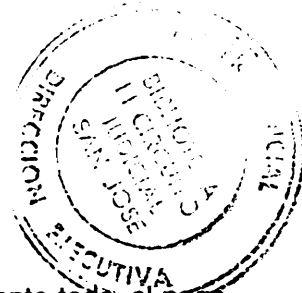
Aunado a lo anterior, se tiene que la gente deberá aún pagar con dinero en efectivo, el cual sería el único bien en la economía que no mantendría su valor real. Ello implica que cada vez dicha economía necesitará un mayor volumen de dinero en circulación para poder llevar a cabo sus transacciones. En razón de ello el Gobierno deberá recurrir a la constante emisión monetaria para que se puedan seguir dando las transacciones en la economía. Sin embargo, dicha necesidad tendrá una tasa de crecimiento exponencial, lo que implica incurrir en emisiones de dinero de una denominación cada vez mayor.

Dado que los agentes económicos son conscientes del proceso económico por el que se está atravesando, es de esperar que formen expectativas inflacionarias cada vez mayores. Son las expectativas creadas por los agentes económicos las que desencadenarían el proceso inflacionario. Por tanto, aunque una economía se encuentre totalmente indexada no resolvería totalmente sus problemas inflacionarios.

Lo anterior pudiera no parecer tan grave, pero debe recordarse que las personas de menores recursos suelen mantener la mayor parte de su riqueza en dinero en efectivo. De tal suerte, la adopción de este esquema conlleva a que sean los pobres cada vez más pobres. Es decir, los pobres serían los grandes perdedores del proceso, y se estaría dando una redistribución de la riqueza donde se ampliaría significativamente la brecha social.

Se podría pensar que las personas en general tratarán de tener la menor cantidad de dinero posible a su disposición, por lo que tenderían a adquirir bienes para mantener el valor real de su riqueza. Ello podría degenerar, sin mucha complicación, en un retroceso hacia una economía de trueque, con todas las limitaciones que ello implica.

30. Nótese que dicha explicación conlleva implícitamente la aceptación de la teoría monetarista de la inflación.



El nominalismo es, pues, lo que se suele denominar en economía como un "second best", aunque otros lo preferirían llamar un mal menor. Así las cosas, recurrir al mecanismo de la indexación global en lugar de estabilizar un proceso inflacionario, puede producir un severo aumento en la tasa de la inflación. Los costos económicos de una indexación globalizada vendrían a ser aún mayores que los costos que la inflación y el principio nominalista generan.

Se llega a la conclusión de que no parece viable la eliminación del principio nominalista haga desaparecer los costos de la inflación (sic). Si se intenta frenar la inflación realizando reformas a la tesis nominalista, especialmente mediante la adopción de una indexación globalizada, lo que eventualmente desencadenará es un proceso con mayores costos económicos que los que trata de corregir.

Por ello, la solución planteada por Hirschberg de reestructurar el principio nominalista para resolver el problema de la inflación, no parece tan acertada si se examina más detenidamente. La solución a los problemas inflacionarios debe atacarse en su raíz, buscando soluciones de índole económica, y no en la modificación de principios de Derecho.³¹

7. Nominalismo en Costa Rica.

Los primeros indicios claros del nominalismo en Costa Rica se pueden encontrar en el Código General de Carrillo. Dicho Código reza en su artículo 1256 lo siguiente:

"Artículo 1256.—La obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor hasta el momento del pago".³² (El subrayado no corresponde al original).

De tal suerte, esta fórmula resultaba ser una copia casi literal de lo señalado por el Código Napoleón.

Prevalecía ante todo, el pago de un valor nominal de dinero, sin importar si el valor fuere mayor o fuere menor. Con ello, se fundamentaba que el deudor se liberaba de la obligación, con el pago de una suma de dinero, la cual se debía expresar en el contrato. El principio nominalista era plenamente reconocido por la legislación de la época, mucho tiempo antes de que se diera la promulgación del Código Civil vigente en nuestros días.

En el Código Civil de 1888 se da un nuevo intento por retomar el principio nominalista. Así, en el artículo 771 del citado cuerpo normativo aparecen los indicios de la tesis nominalista. En tal sentido, el artículo indicaba textualmente que:

"Artículo 771.—Cuando la deuda es una suma de dinero, el pago debe ser hecho en la clase de moneda estipulada, a falta de estipulación, en la moneda que estuviere en curso al contraerse la deuda; y en caso de no poder hacerse el pago en la moneda debida, se hará en la usual y corriente al verificarse el pago, computándola según el valor comercial y efectivo que tuviere en esa época, con relación a la moneda debida".³³

Se debe hacer notar que el texto citado no indica expresamente la vigencia del nominalismo en nuestra legislación. Sin embargo, y como bien lo ha indicado Luis Baudrit al analizar dicho artículo, se tiene que *"El artículo 771 ... tiene una redacción que no expresa con claridad el principio nominalista. Se asemeja al artículo 1170 del Código Civil español que pareciera derivar del Código prusiano. Sin embargo, este texto no pareciera excluir al nominalismo, sino que más bien pareciera presuponerlo al referirse a la moneda que estuviere en curso"*.³⁴

31. En cuanto a la tesis de Hirschberg sobre la solución del problema inflacionario a través de la modificación de la teoría nominalista, recomendamos la lectura de HIRSCHBERG (Eliyahu), *Política pública y nominalismo monetario*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXV, Año LXV, octubre, 1981.

32. *Código General de Carrillo*.

33. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CENTRO AMÉRICA, *Colección de Códigos*. San José, Studium Generale Costarricense, 1983, pp. 71-72.

34. BAUDRIT CARRILLO (Luis), *¿Queda algo del nominalismo monetario? Comentario de una sentencia de la Sala Constitucional*, en *Revista Iustitia*, año 7, número 80, agosto 1993, p. 5.

Como se puede indicar, las observaciones que realiza Luis Baudrit son concluyentes, puesto que a pesar de que el texto expresamente no hace referencia a la tesis nominalista, como sí había ocurrido en el Código General de Carrillo, tenemos que es una conclusión necesaria. En primer lugar, nos refiere a que el pago debe ser realizado en la clase de moneda estipulada, de donde se deriva que si el contrato fue celebrado en colones, a pesar de los cambios de valor que la moneda tenga, se computa dicho pago como liberatorio.

El pago puede realizarse en la moneda que estuviere en curso al contraer la deuda. Con ello se resalta el principio nominalista, al hacer prevalecer ante todo la moneda vigente en el momento de celebrar el contrato, a falta de designación expresa del tipo de moneda en que debía efectuarse el pago.

Por último, se tiene que si el pago no se puede hacer en la moneda de la época de la celebración del contrato, se puede efectuar en la moneda vigente al pagar, pero reajustándola de acuerdo con el valor comercial y efectivo que tuviere esa moneda en la época de la celebración del contrato. Con lo señalado se colige indudablemente que, a pesar de no existir una mención expresa del principio nominalista, de un análisis de la norma, se puede extraer que se había adoptado dicho principio en la elaboración del numeral de marras.³⁵

Brenes Córdoba indica en su libro el Tratado de las Obligaciones que *"Si nada se pactó en cuanto a la clase de moneda en que la deuda ha de satisfacerse, se entiende que deberá ser la legal y corriente en la fecha del convenio, por ser esa la voluntad presunta de los estipulantes, pues es de suponerse que quisieron tener en cuenta la especie en circulación que*

era la que conocían y no otra eventual y de valor incierto para ellos. Sin embargo, si el Estado hiciese de curso forzoso una moneda de clase inferior a la nacional convenida y le diera poder liberatorio respecto a las deudas anteriores, no habría lugar a exigir mayor suma a causa de la depreciación del medio circulante, porque en ese caso la ley es de interés público y debe tener inmediata aplicación aún con referencia a deudas contraídas con anterioridad".³⁶⁻³⁷

Del texto transcrito se deduce que Brenes Córdoba da por un hecho la vigencia del principio nominalista en nuestro país, a partir de su interpretación del artículo 771 del Código Civil. El pago resulta liberatorio para el deudor, a pesar de se diera un cambio (sic) en el valor de la moneda, y esta sufriera una depreciación. De tal suerte, el principio nominalista es reconocido en su máxima expresión por Brenes Córdoba, por cuanto se acepta que el pago realizado en la moneda vigente a la hora de celebrar el contrato, libera de toda responsabilidad al deudor, y el acreedor se encuentra imposibilitado de exigir una suma mayor debido a la depreciación que haya sufrido la moneda.

Donde más se ha instrumentalizado el principio nominalista, ha sido en las diferentes legislaciones sobre la moneda que se han dado en el país desde el siglo pasado. Ello por cuanto, en la mayoría de las ocasiones, con la promulgación de una nueva legislación monetaria en el país, se introducían cambios en el valor de la moneda vigente en el momento, por lo que se tenía que incluir toda una serie de Transitorios que garantizaran la vigencia de la moneda anterior y como se iba a realizar el cambio por la nueva moneda, así como los términos en los que se tendrían las obligaciones pendientes.

35. El artículo 771 del Código Civil generó toda una serie de cuestionamientos acerca de la aceptación de los contratos en moneda extranjera desde 1886 en nuestro país. Sin embargo, la realidad económica de ese tiempo era otra, y la interpretación de dicho artículo debía tenerse de acuerdo con ella, donde no existía una verdadera definición de curso forzoso de la moneda. Además, el valor de la moneda se establecía según el patrón oro, y se encontraban diferentes tipos de moneda circulando en el país, cada una de ellas tenía una aceptación diferente. Pero tal tema escapa del análisis que se realiza en este estudio, por lo que para una mejor comprensión se recomienda la lectura íntegra de BAUDRIT CARRILLO (Luis), *op.cit.*, págs. 1-8.

36. BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de las Obligaciones*. Quinta edición, San José, Editorial Juricentro S.A., 1984, pp. 138-139.

37. El mismo autor Brenes Córdoba hace referencia a dos sentencias del Tribunal de Casación, donde se mantiene este criterio. Tales sentencias son: a) de las 14.35 horas del 3 de setiembre de 1918; y b) de las 14.30 horas del 29 de setiembre de 1920.

Ejemplo claro de ello fue la Ley de la Moneda, Ley número 1367 del 19 de octubre de 1951, donde se estableció la vigencia de una nueva moneda en el país, y se tuvo que dar el ajuste con las obligaciones que habían sido asumidas con anterioridad. En su transitorio primero se indicaba que la moneda en circulación, al entrar en vigencia la ley, conservaría *"...su carácter de moneda y medio legal de pago... hasta tanto el Banco Central de Costa Rica los retire de la circulación canjeándolos por los de sus nuevas emisiones hechas de conformidad con esta ley..."*³⁸

En el artículo 8 de la Ley de la Moneda,³⁹ se daba un respaldo genuino al principio nominalista. El artículo de marras indica que:

"Artículo 8.—La obligación de pagar cualquier suma en moneda nacional se liquidará entregando, por su valor nominal billetes y monedas emitidos y puestos en circulación por el Banco Central.

Por lo tanto, carecerá de todo efecto jurídico cualquier estipulación, que establezca una obligación de pago en colones de una determinada relación con el oro, la plata u otro metal precioso, o con una moneda extranjera determinada".⁴⁰

Este artículo acoge nuevamente el principio nominalista, que nuestra legislación había dejado de presentar expresamente.⁴¹ Ello en razón de que se indica que el deudor se libera haciendo la entrega del valor nominal de billetes y de monedas, de conformidad con lo estipulado en el contrato.

El artículo 771 del Código Civil sufre una reforma trascendental en el año de 1984, cuando se modifica su texto y se le da un repunte a la figura nominalista. Del nuevo texto del artículo

771 se desprendía claramente la adopción de una figura nominalista, tal y como había sido adoptada en el Código General de Carrillo. En efecto, dicho artículo indicaba que:

"Artículo 771.—Cuando la deuda sea una suma de dinero, el pago debe ser hecho en moneda nacional costarricense de curso legal".⁴²

Pero, la misma Ley que modificó el artículo 771 del Código Civil, fue aquella Ley que también modificaba los artículos 6 y 7 de la Ley de la Moneda. De tal suerte, estos artículos también plasmaban el principio nominalista en cuanto a la forma de liberación de los deudores de sus deudas dinerarias. Pero, tales reformas también incurrieron en el vicio de limitar la contratación en moneda extranjera y, en consecuencia, limitaban la libre contratación, considerado uno de los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política.

En virtud de ello, la Sala Constitucional de la República, mediante el voto 3495-92 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos, dispuso declarar la inconstitucionalidad de los textos de los artículos 6 y 7, así como el artículo 771 del Código Civil. Y aunque parezca contradictorio, no se hizo referencia al artículo 8 de la Ley de la Moneda, el cual también aparentaba incluir rasgos de inconstitucionalidad, en referencia a la posibilidad de contratar libremente.

Se hace necesario señalar que el voto mencionado de la Sala Constitucional atacó los límites a la libertad de contratación que se habían dispuesto con los artículos citados, pero en ningún momento los señores Magistrados de dicho Tribunal Constitucional valoraron la

38. Ley de la Moneda, Ley número 1367 del 19 de octubre de 1951.

39. Ley número 1367 del 19 de octubre de 1951, reformada por la Ley 1545 del 7 de marzo de 1953, por la Ley 5519 del 23 de abril de 1974, por la Ley 6223 del 27 de abril de 1978, por Ley 6696 del 3 de diciembre de 1981 y por Ley 6965 del 22 de agosto de 1984. Dicha Ley se encuentra derogada por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley número 7558 del 3 de noviembre de 1995.

40. Ley de la Moneda, Ley número 1367 del 19 de octubre de 1951.

41. El artículo 8 de la Ley de la Moneda fue modificado por el artículo 2 de la Ley 6223 del 27 de abril de 1978, lo que nos lleva a pensar que dicho aporte al nominalismo es relativamente reciente.

42. Ley número 6965 del 22 de agosto de 1984.

vigencia del principio nominalista en la legislación costarricense.

Al respecto, Luis Baudrit indica que *"Si se pactan obligaciones en moneda extranjera, tanto en el caso de las excepciones establecidas por el artículo 7, como en la situación general según la interpretación de la sentencia al artículo 6 de la Ley de la Moneda, se está excluyendo —de hecho y de derecho— la aplicación del nominalismo monetario"*.⁴³ Diferente es nuestro criterio, en relación con lo expuesto por el citado catedrático. Como se ha desarrollado a lo largo de este estudio, el principio nominalista hace referencia a la fijación de contratos en moneda nominal, pero sin importar en qué tipo de moneda se realiza. Es decir, los contratos fijados en términos de moneda extranjera reflejan el pago de una obligación nominal, sin que su pacto implique que la implantación de términos del valor en esa moneda (sic).

La fijación de los términos de los contratos en moneda extranjera, que en nuestro caso particular se suele dar en dólares estadounidenses, no implica de ningún modo la adopción del principio valorista. Por el contrario, al contratar en moneda extranjera se introduce una cláusula de estabilización, la cual es una manifestación del valorismo convencional, necesario únicamente si se parte del principio nominalista. Como se verá más detalladamente después, dicha moneda tampoco suele mantener su valor, pues al igual que prácticamente todas las monedas del planeta, sufre un proceso inflacionario.

En razón de lo expuesto, nuestro criterio es que el principio nominalista tiene plena vigencia en nuestro país en las obligaciones dinerarias, a pesar de los altibajos que ha sufrido a lo largo del tiempo. En la actualidad, la Ley Orgá-

nica del Banco Central de Costa Rica dispone en su artículo 46 que:

*"Artículo 46.—Los referidos billetes y monedas tendrán, en el territorio de la República, poder liberatorio ilimitado y servirán para liquidar toda clase de obligaciones pecuniarias, tanto públicas como privadas".*⁴⁴

Con tal artículo, se hace nuevamente mención al principio nominalista vigente en nuestra legislación. Del texto citado se desprende que la moneda nacional, cuando los contratos sean establecidos en colones, como es el caso de interés, tiene un poder liberatorio ilimitado para liquidar todo tipo de obligaciones. De tal forma, se consagra el principio nominalista, al decir que una obligación por cien mil colones resulta liquidada si se da el pago de los cien mil colones. Muy diferente es el problema de que la obligación se encuentre estipulada en dólares estadounidenses, y el pago se pueda hacer en colones al tipo de cambio vigente. En este caso, el principio nominalista nos indica que si la deuda es de cien mil dólares estadounidenses, el pago liberatorio de dicha obligación se cumple al pagar los cien mil dólares estadounidenses. La jurisprudencia citada es la que añade que también se podrá hacer con su equivalente al tipo de cambio, sin importar lo que haya sucedido a nivel mundial con el valor del dólar, o si el tipo de cambio es de veinte colones por dólar estadounidense.

De tal forma, el texto vigente de los artículos 771 del Código Civil y 46 de la Ley Orgánica del Banco Central, respaldan la hipótesis de la existencia plena y el respaldo legal del principio nominalista en nuestro país.

43. BAUDRIT CARRILLO (Luis), *op. cit.*, p. 5.

44. *Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica*, Ley número 7558 del 3 de noviembre de 1995.

B. EL PRINCIPIO VALORISTA

Una corriente de pensamiento que circula en la vía contraria a lo expuesto hasta el momento, es aquella que defiende el principio valorista. De esta doctrina se ha dicho en reiteradas ocasiones que *"...el valorismo ataca la necesaria certidumbre jurídica al violentar la real —o por lo menos la más probable— voluntad de las partes, y sin duda alguna, se aparta de la que declararon en común al fijar numéricamente el importe de la deuda, certidumbre que fue, en último análisis, la razón práctica que en definitiva impuso universalmente el nominalismo en estos tres últimos siglos, no obstante los graves trastornos monetarios que han ocurrido durante su transcurso".*⁴⁵ De tal forma, en el desarrollo de este apartado, se busca demostrar por qué, a pesar de la injusticia que presenta el principio nominalista, el mundo jurídico no ha podido encontrar una mejor solución ante tal problemática.

El valorismo se estudia como una opción dentro del cúmulo de oportunidades que nos presenta el mundo jurídico. De tal suerte, nos corresponde estudiar a fondo la tesis contrapuesta al nominalismo, que viene a complementar el mundo jurídico en cuanto al planteamiento y desarrollo del moderno Derecho Monetario. Se presenta un pequeño repaso histórico de lo que ha sido la evolución de la tesis valorista, así como de su naturaleza, sus fundamentos teóricos y prácticos, así como la solución al problema en estudio.

1. Naturaleza del valorismo.

El valorismo analiza el problema de las deudas privadas entre los agentes económicos de una manera totalmente opuesta a lo que plantea el principio nominalista. Es por ello que comúnmente se ha indicado que *"...el concepto valorista sostiene que el dinero es el medio*

*de ordenar artículos y servicios, y debe ser considerado como un generalizado poder adquisitivo... en los contratos se deberá adoptar la construcción sustantiva en lo que respecta al dinero para que el descargo de una deuda requiera el pago de una cierta cantidad de poder adquisitivo, en lugar de cierta suma nominal de unidades de moneda".*⁴⁶

La piedra angular de este principio descansa en la idea de que el dinero no es deseado por sí mismo. No es un bien normal, sino que es un objeto totalmente diferente a los bienes de consumo, siendo su principal función la de servir como depósito de valor. El dinero posee un poder adquisitivo que se busca preservar a lo largo del tiempo. De tal forma, tenemos que el valorismo representa aquel ideal de que mil colones de mil novecientos veinticinco no son los mismos mil colones de hoy día, y que debe existir una forma de proteger a los contratantes para que no sufran este perjuicio por pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Hoy día se tiene que el principio valorista no ha sido adoptado por ninguna legislación vigente, a pesar de que se da en gran medida la inclusión de cláusulas valor por parte de los contratantes, para proteger sus intereses. Al respecto se dice que *"si bien idealmente la teoría del valorismo no presenta flancos vulnerables, tanto en el plano teórico como en el práctico se advierten notorias dificultades para su implementación como norma de fondo, o como mecanismo corrector que tienda a preservar una suerte de justicia conmutativa en las prestaciones".*⁴⁷ De tal forma, se tiene que existe una imposibilidad material de poner en práctica el principio valorista, por razones tanto económicas, como legales y de interés público.

La tesis valorista sostiene que *"...la extensión de las obligaciones dinerarias no está de-*

45. SALAS (Acdeel), *op.cit.*, p. 123.

46. HIRSCHBERG (Eliyah), PHIL (D.M.), *op.cit.*, pág. 932.

47. CAUSSE (Jorge I.), *op.cit.*, p. 76.

*terminada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas...*⁴⁸ Si dos contratantes suscriben un contrato en el que se debe dar a cabo una contraprestación en dinero, el valorismo rescata que esa contraprestación se debe dar según el valor del dinero en el momento en que se llegó al acuerdo de voluntades, es decir, en el valor real del dinero.

El principio valorista busca perfeccionar los contratos en los que existen contraprestaciones dinerarias que se ejecutan en el tiempo, para proteger a los acreedores de que no tengan pérdidas en su poder adquisitivo. Con ello, se busca establecer una mayor seguridad jurídica en los contratantes, los cuales incluyen dentro de sus expectativas el mantener la misma capacidad adquisitiva, al menos, a lo largo del tiempo.

La teoría valorista es una respuesta ante la injusticia del principio nominalista en ciertas situaciones. Además, intenta ser aplicable tanto en las situaciones de emergencia como en las situaciones normales, a diferencia de las cláusulas de ajuste, las cuales se encuentran estructuradas solamente para casos de emergencia. El valorismo busca crear una solución normativa, amparada en un criterio económico, que pueda permitir la existencia de un equilibrio real entre los contratantes en una obligación.

Desde el punto de vista teórico, el valorismo es una corriente de pensamiento más sólida que la propuesta nominalista. Con el valorismo, se logra el pleno respeto de los derechos de las partes contratantes, sin afectar en gran medida los deberes a que se encuentran sujetos los deudores. El nominalismo, en casos de severa inflación, puede llegar a afectar el orden y la vigencia del derecho en el campo comercial, en las relaciones económicas que se dan en el mundo actual. Así, los contratantes buscan protegerse adoptando cláusulas contractuales, que vienen a proteger el poder adquisitivo de la moneda. Por ello, se puede afirmar

que mientras se encuentre la economía nacional en una época de estabilidad, los agentes económicos no se preocuparán mucho de lo que pueda suceder con el poder adquisitivo. Pero en tiempos de crisis, las cosas cambian, y todos guardan dentro de sí mismos, una ligera noción valorista, para proteger el poder adquisitivo de sus contratos.

2. Origen y evolución del valorismo.

El valorismo es una moderna corriente, que tiene su origen en el siglo XIX. A diferencia del metalismo, que pone su atención en el respaldo metálico de la moneda, el valorismo centra su atención en el poder adquisitivo de la moneda, que en términos generales, realmente es lo que interesa hoy día.

Como se indicó anteriormente, no es que el metalismo no tome en consideración el valor de la moneda, puesto que sí lo hace, pero liga el valor de esa moneda a su constitución material. Su respaldo económico viene dado por el peso y el tipo de metal precioso que la constituya. Pero, como la teoría económica supera todo este problema, el centro de atención se convierte en el poder adquisitivo que pueda tener la moneda, sea ésta cual sea. Si tenemos presente la circulación de dinero no respaldado, podemos comprender en mayor medida cómo el valorismo busca establecer un criterio para que el papel moneda mantenga su valor real en el tiempo, y si eso no es posible, que las obligaciones dinerarias permitan mantener el valor real de las prestaciones que se dan en el tiempo.

La primera recopilación existente sobre el principio valorista se da por parte de Karl von Savigny en su libro titulado *Obligationsrecht als Theil des heutigen Romischen Rechts*,⁴⁹ el cual no fue muy aceptado, en gran parte debido a la estabilidad monetaria que se daba en el mundo.

Savigny busca elaborar una tesis diferente a lo que habían planteado los nominalistas

48. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 81.

49. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 81.

y los metalistas. Él se interesa en la elaboración de un principio donde el dinero debía ser observado como un tipo de poder adquisitivo abstracto. Pero se encontró principalmente con dos problemas que resultaron de difícil solución. En primer lugar, la economía mundial gozaba de una increíble estabilidad, tal es el caso que tenemos que los procesos inflacionarios comenzaron a estudiarse hasta el presente siglo. Y en segundo lugar, para la teoría económica y para la estadística resultaba realmente difícil medir cuál era el poder adquisitivo del dinero, por cuanto no se tenían los medios adecuados para ello, además de los problemas que se presentaban con el patrón oro y con las pocas estadísticas que se recopilaban en las naciones.

El planteamiento de Savigny no tuvo gran éxito, pues planteaba soluciones a problemas que no se podían determinar o que, aunque existiendo, eran leves. Al no existir cambios importantes en las economías, aunado a la gran estabilidad mundial del siglo XIX, el planteamiento de Savigny no tenía ninguna importancia práctica. En el campo económico, todavía no se desarrollaban las teorías de la inflación, de hecho, el mundo no había sufrido realmente de algún proceso inflacionario devastador. En razón de todo esto, el planteamiento de Savigny no tuvo eco en su momento.

Es en el siglo XX cuando comienza a desarrollarse la teoría valorista, a partir del abandono del patrón oro por parte de la mayoría de los Estados, así como la pérdida de influencia del principio metalista en las economías mundiales. Se plantea que además de la existencia de un cuántum en la obligación, existe justamente al lado una dimensión cualitativa de las obligaciones, la cual no puede ser dejada de lado. En razón de ello, se logra determinar que esa dimensión cualitativa de las obligaciones es más importante que las otras dimensiones de la obligación, sobre todo en relación con las obligaciones dinerarias.

Con la gran inflación alemana del periodo de posguerra, se llega a la conclusión de que el principio nominalista no cubre toda una esfera de situaciones que se presentan. En el

caso de Alemania, se dio espacio a un gran proceso de revaluación, por cuanto se consideró que la teoría nominalista se había agotado, y no presentaba una solución a los problemas de la época.

Al mismo tiempo que se plantea a la revaluación como una de las posibles soluciones a los cambios bruscos en las condiciones económicas de los países, se retomaron en cierta medida las propuestas de Savigny y de otros, relacionadas con la adopción de principios de valor en la existencia de las obligaciones dinerarias.

El valorismo, a pesar de que es una doctrina jurídica, lleva a toda una formulación económica que es de trascendental importancia hoy día. Es a partir de la presentación de la tesis valorista, que se profundizan los estudios acerca de lo que son las diferencias entre los términos reales y nominales. En tal sentido, tenemos que la Economía y el Derecho, como ciencia, comparten puntos de estudio y análisis desde hace muchísimos años. Unido a todo el estudio económico de la gran crisis alemana de los años veinte, tenemos que se presenta toda una serie de dificultades jurídicas que necesitan pronta respuesta, y que también las ciencias económicas pueden explicar mejor. Savigny ya se había planteado toda una serie de soluciones, adelantándose a muchos problemas que ni los propios economistas habían podido prever.

Actualmente la tesis valorista continúa siendo apoyada por un grupo minoritario de los estudiosos del Derecho Monetario, sin lograr sustituir la vigencia que ha tenido a lo largo del tiempo el principio nominalista. Y ello se refleja claramente en que ningún ordenamiento jurídico ha incluido el principio valorista. Por su parte, el nominalismo ha sido adoptado y defendido tanto por la jurisprudencia anglosajona, como por muchos ordenamientos jurídicos occidentales.

Pero el principio valorista guarda una gran importancia práctica que no puede ser dejada de lado, y se plantea como una solución ante una teoría nominalista que parece agotarse muchas veces, y que no muestra soluciones adecuadas en otras ocasiones. El valorismo tie-

ne una gran trascendencia en nuestra realidad económica mundial de hoy día, en relación con el ajuste del valor adquisitivo de las monedas. Por ello, en el ámbito de la doctrina jurídica, el valorismo sigue siendo una corriente minoritaria, pero a nivel de la ciencia económica, el valorismo ha sido una fuente de estudio de trascendental importancia, en razón de la necesidad de finar el poder adquisitivo de la moneda y comparar la situación económica de los países a lo largo del tiempo.

3. Problemas fundamentales del valorismo.

Así como el valorismo presenta muchas soluciones a problemas en los términos en los que se puede llevar a cabo la contratación privada, es innegable que también presenta una serie de dificultades, tanto de orden práctico como de orden teórico. Ello implica que su aplicación es más difícil que la aplicación de los criterios nominalistas, los cuales si han encontrado respaldo en las legislaciones de diversos países.

La principal dificultad en la aplicación del principio valorista es que, en general, la respuesta que se ofrece al problema no es simple. Por el contrario, es una respuesta compleja a la readecuación de las obligaciones dinerarias. Ella se debe dar de acuerdo con el poder adquisitivo de la moneda que se incluyen en la obligación.

Y a partir de tal aseveración, se da toda una serie de cuestionamientos teóricos, relacionados con la medición del poder adquisitivo, la finalidad individual de la obligación para determinar si se debe dar un ajuste en el poder adquisitivo, así como la finalidad perseguida por las partes a la hora de establecer los contratos.

a. Problema de las fluctuaciones de los precios.

Ahora bien, una primera dificultad tiene un origen puramente económico. El cambio en los

precios de los bienes y servicios se da por dos razones fundamentales. En primer lugar tenemos que se puede dar un aumento en el precio de un bien, en virtud de un exceso de demanda en el mercado, lo que lleva a que las fuerzas del mercado interactúen y produzcan un aumento en el precio de equilibrio. Igualmente, podemos tener que el aumento de los precios, en términos nominales, se deba a un proceso meramente inflacionario de la economía.

Ante tal cuadro fáctico tenemos que la solución valorista nos presenta la misma solución, a pesar que el origen de tales fluctuaciones sea totalmente diverso, y lo que se busca es el ajuste en el poder adquisitivo de la moneda con la que se debe hacer la contraprestación. Al respecto se ha manifestado que *"los cambios en el poder adquisitivo de la moneda varían, tanto en tiempos de grave inflación como en época de depreciaciones contenidas, de acuerdo a la clase de bienes y servicios que se trate... la variación de los precios puede ser sectorial y la conducta de los particulares variable"*.⁵⁰

Por ejemplo, supongamos que un campesino de zona rural vende una vaca a un carnicero, con crédito a un mes, a un precio de ¢200 el kilo en pie. Resulta que a lo largo de ese mes se da un desabastecimiento de carne de res en el país, por lo que el precio de la carne de res aumenta exageradamente. Ante tal situación, el precio del kilo en pie aumenta hasta ¢400. En este caso, se da un aumento en el precio, debido a una situación del sector real de la economía. En tal caso, la solución valorista implica que se debe dar un reajuste en este pago, puesto que existe una pérdida real en el poder adquisitivo de este contratante.

Diferente es el supuesto donde el precio se mantiene, pero se da un aumento en el nivel general de precios puramente por razones monetarias, en el entendido de una mayor cantidad de dinero en circulación en la economía. Se da un aumento en el nivel general de pre-

50. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 77.

cios, y el pago en términos nominales será el mismo, pero nuevamente el pago en términos reales será menor. En esta situación, el principio valorista considera que no se debe dar un ajuste en los términos de las obligaciones. En este sentido, Mann nos indica que *"...la conclusión de que los cambios en el valor del dinero no deben ser tenidos en cuenta, salvo en circunstancias excepcionales..."*⁵¹

Y es en tal sentido que la solución al problema dada por el valorismo resulta difícil de aplicar. A pesar de que es teóricamente posible determinar la diferencia entre uno u otro tipo de aumentos en el nivel general de precios, resultaría muy difícil llevar a la práctica la ejecución de tal propuesta.

b. Medidas de valor abstractas.

Otra dificultad de gran envergadura que nos presenta el principio valorista es la dificultad en la determinación de la medida de valor abstracta. Se ha afirmado en reiteradas ocasiones que *"la más seria advertencia que cabría formular a la presunta implantación de la teoría valorista, cuando ésta se argumenta y funda en el poder adquisitivo del dinero, sería la de tener que conocer a priori con qué patrón habría de medirse ese poder adquisitivo"*.⁵²

Desde hace mucho tiempo, ha existido interés de los países por crear monedas abstractas que fueran estables. Un tipo de moneda imaginaria, que no fuera influida por las fluctuaciones de la moneda corriente, y que sirviera de medida de valor. Hirschberg expone el más claro esfuerzo en este sentido, cual fue la creación del *marco banco*. *"En Hamburgo se fundó un banco especial, el Banco Giro. Quien depositaba plata en el banco tenía un crédito en marco banco que era equivalente a 8,43*

gramos de plata. Los créditos eran concedidos a los clientes en términos de marco banco. Este no se lo utilizaba como medio de cambio, sino sólo como medida de valor en los casos de litigio entre partes que hubieran contratado sobre la base del valor que el marco banco representaba".⁵³

Al igual que este caso, se dan alrededor del mundo toda una serie de acciones para buscar establecer medidas abstractas de valor.⁵⁴ El caso de Alemania es el más destacado a nivel mundial, en razón del profundo proceso inflacionario que sufre en los periodos de posguerra. Es por ello que también tenemos que en un periodo dado, en Alemania también se utiliza el marco oro, como medida de valor.

Pero tales medidas abstractas de valor no tienen necesariamente la utilidad que se desea. Recordemos que tales medidas de valor lo que buscan, como fin último, es encontrar una medida del poder adquisitivo de la moneda. Al fin de cuentas, lo que produjeron tales monedas abstractas, fue un acercamiento al patrón oro y otras medidas propias del metalismo,⁵⁵ así como todos los problemas que implican la adopción de tales sistemas.

c. Poder Adquisitivo Interno.

Ante la imposibilidad de aplicar una medida de valor abstracta, la teoría ha buscado cómo se puede medir el poder adquisitivo interno de la moneda nacional. Al fin y al cabo, resulta lógico pensar que a los contratantes les interesa evitar sufrir pérdidas en el poder adquisitivo abstracto de su moneda. Pero también resulta interesante saber qué poder adquisitivo desea mantener el contratante. Si es el poder adquisitivo interno, o el poder adquisitivo externo.

51. MANN (F.A.), *The Legal Aspect of Money*, Segunda Edición, Oxford, 1953, p. 68, citado por HIRSCHBERG (Eliyahu), Cláusulas de Valor, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXIV, marzo, 1980, p. 272.

52. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 77.

53. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 87.

54. Un ejemplo de estas medidas abstractas de valor son los DEG (Derechos Especiales de Giro) del Banco Mundial.

55. Los metales preciosos tienen su mercado mundial, por lo que la noción abstracta de valor de una moneda que dependa de un metal precioso, no es tan abstracta. No depende de las fluctuaciones de la moneda corriente, pero sí de las fluctuaciones de los precios internacionales de esos metales.

Tal vez en el caso de nuestro país podría pensarse que, por ser un país pequeño, nos interesaría proteger el poder adquisitivo externo, en razón de la gran cantidad de productos que se importan. Pero, para un país grande, es preponderante mantener el poder adquisitivo interno, para tener una mayor estabilidad de precios en sus economías.

Como se indicó en líneas anteriores, resulta fácil realizar la correspondiente división de aumentos en los niveles generales de precios que se deben a cambios en los precios de la producción, o meramente a cambios de origen monetario. Pero para ello se deben elaborar complicados índices de precios, ya sean al consumidor, al productor, al mayoreo, etc., donde se pueda medir con exactitud las variaciones en los costos de todos los productos, que correspondan principalmente a cambios en el valor de las monedas.

Los contratos se relacionan con el poder adquisitivo tanto de la moneda interna como de la moneda externa. Pero, para determinar el poder adquisitivo de la moneda externa, se debe acudir al concepto del tipo de cambio. Si se tienen contratos que no se vinculan con el comercio entre países, y que solamente incluyen intereses nacionales, resulta de una mayor dificultad medir el poder adquisitivo de la moneda. Ello no por método de medición, sino en el interés de determinar cuál medición es la que se debe adoptar y representa la solución más equitativa para las partes. En esos casos se adopta una moneda extranjera tratando de conservar el poder adquisitivo interno.

Se debe tener presente que así como existe una gran cantidad de índices para medir los cambios en el poder adquisitivo de la moneda, existe una gran cantidad de contratos que implican la existencia de diferentes relaciones comerciales. No podemos ser omisos al señalar la existencia de contratos de producción, de distribución, de crédito, etc., que buscan respal-

dar diferentes situaciones jurídicas y comerciales, y que no pueden ser observados bajo la misma lupa.

En la aplicación práctica de tal problema, se pueden individualizar tres grupos de respuestas.⁵⁶ En primer lugar, se tiene la posibilidad de otorgarle al juez un poder discrecional para decidir qué índice aplicar en el caso. Ante tal situación, Hirschberg indica que *"la primera solución no nos parece ser la más adecuada... en virtud de la imposibilidad de prever cuál iba a ser el criterio que seguiría el tribunal, que gozaba de excesiva discrecionalidad"*.⁵⁷ Resultan totalmente admisibles los cuestionamientos que se le pueden hacer a esta situación, por cuanto no parece correcto otorgar tal tipo de discrecionalidad al juez.

La segunda opción sería imponer arbitrariamente un índice, y determinar con respecto a él, los cambios en el poder adquisitivo de la moneda. Es decir, marcarle el terreno al operador jurídico que en el momento de ejecutar un contrato, determine a través del índice "legal" (si lo podemos llamar así) cuál ha sido el cambio en el poder adquisitivo de la moneda y cómo se va a llevar a cabo el reajuste. Al respecto, Hirschberg nos dice que *"El problema es si puede encontrarse un índice representativo que funcione correctamente en la práctica. En realidad, ese índice es el costo de la vida, el cual debe ser elaborado por un organismo independiente, eficiente y libre de control gubernativo y de la presión de los grupos de poder..."*⁵⁸ No debemos dejar de lado, dentro de la posición de Hirschberg, que el gobierno como tal, es un deudor neto en sus relaciones económicas, por lo que sería lógico pensar que buscaría cómo favorecer sus intereses. Asimismo, podemos observar que en la elaboración del índice del costo de la vida, se dejan de lado muchas veces elementos sociales que son de singular importancia.

56. Tal descripción también la encontramos en CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, pp. 76-77.

57. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 89.

58. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 90.

Una tercera alternativa consiste en la elaboración, en la legislación vigente, de una serie de grupos de contratos, a los cuales se les aplicaría el índice de precios respectivo a ese grupo. Se podría suponer la existencia de contratos relacionados con la producción a los cuales se les aplicaría el índice de precios del productor, a los contratos relacionados con la construcción se les elaboraría un índice de precios de la construcción, y así con los demás grupos de contratos que se puedan imaginar. Ante tal solución, el profesor Hirschberg nos indica que *"...podría ser la ideal, pero es prematura su aplicación...la división de los contratos en diferentes clases aumentaría los litigios. La meta del criterio valorista es proporcionar una solución justa al problema de la pérdida de valor del dinero sin amentar los escollos con que de por sí tropieza la economía"*.⁵⁹

Con las tres soluciones señaladas con anterioridad, se refleja el principal problema que tiene el principio valorista, sobre todo en la ejecución práctica de sus postulados. Ello por cuanto resulta difícil, en primer lugar, determinar la disminución del poder adquisitivo de la moneda por razones que no se deban a perturbaciones monetarias; y, en segundo lugar, no ha sido determinado por la doctrina jurídica, cómo se da la aplicación de estos ajustes en el poder adquisitivo de la moneda.

A pesar de todo lo anterior, pareciera que la segunda solución es la que más se aproxima a una solución justa y equitativa para los contratantes, donde existe un índice del costo de la vida que se publica todos los meses, y que facilitaría la ejecución del principio valorista. Sería un índice alejado de las presiones políticas, y no se dejaría materia tan importante al criterio discrecional del juzgador. Pero aún así, existen quienes indican que *"ninguno de los mecanismos sugeridos es hábil para obtener el fin buscado... quizás cabría cuestionar la objetividad en la elaboración del mecanismo sugerido, en mérito a que dichos índices usual-*

mente son determinados por un organismo Estatal no totalmente independiente del poder central".⁶⁰ Con ello se refuerza la tesis de que a pesar de parecer la mejor solución, no escapa del juego del poder político, y ello puede resultar perjudicial para los intereses de la colectividad.

d. Perjuicios por el pago del valor.

Con el principio nominalista, se observaba cómo el riesgo en la disminución del valor de la moneda es asumido en su totalidad por el acreedor. Desde un punto de vista teórico, podría ser más conveniente pensar en que tal riesgo se le imponga al deudor. Como resulta fácilmente deducible, desde un punto de vista meramente práctico son muchas las dificultades con que se tropieza para cargar con tal riesgo al deudor.

La responsabilidad del deudor está limitada a una suma nominal de dinero. Esa es la obligación que tiene el deudor, y si la cumple, se libera de su contraprestación y elimina su responsabilidad. Pero, si nosotros adicionamos a esta responsabilidad nominal otro tipo de responsabilidad, para mantener el valor del poder adquisitivo, se le estaría agregando otra responsabilidad que no ha sido consentida por éste.

El principio valorista, en la teoría parece justo. Pero en la práctica, es muy difícil de llevar a cabo. La adopción del valorismo implica que el deudor se compromete a la entrega de un valor económico. Con ello, se elimina la importancia de la obligación nominal, y se tiene que el deudor se encontrará obligado a dar en contraprestación el valor del bien en unidades monetarias. Es decir, el deudor en un principio se obliga por una suma nominal de dinero, pero si se producen cambios considerables en el valor de la moneda, el monto nominal no limita la responsabilidad del deudor, no se libera con el pago del monto nominal, sino que tiene que pagar el valor real de lo contratado.

59. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op.cit.*, pág. 90.

60. CAUSSE (Jorge I.), *op.cit.*, p. 78.

El gran problema práctico que implica la aplicación de la teoría valorista, es el riesgo o la inestabilidad comercial que produce tal principio. Debe tomarse en cuenta la dificultad que significa para el deudor entregar como contraprestación al acreedor un valor, y no una suma determinada. Tal vez, la respuesta parezca muy obvia. Si actualmente la ley le impone al acreedor la carga de recibir una suma nominal, con los riesgos que ello conlleva; igualmente la ley puede imponerle al deudor el riesgo de tener que pagar un valor, sin considerar si él puede o no soportarlo. Es decir, si el criterio valorista privara en las legislaciones, el deudor tendría que asumir la responsabilidad de manejar sus negocios, con el cuidado de que si se sufre una depreciación monetaria, él debe cancelar su contraprestación con el pago del valor, y no mediante el aporte de la suma nominal de dinero contenida en la obligación. De tal forma, si el deudor sabe que en el futuro no puede afrontar el pago del valor, no asumiría tales responsabilidades.

Al respecto, Hirschberg indica que *"Indudablemente en épocas de gran inflación la mayoría de los deudores están en condiciones de manejar sus negocios como para devolver, en el momento convenido, el valor de lo que han recibido. Ello no les produce una pérdida, sólo les impide beneficiarse con la inflación"*.⁶¹ Tal afirmación debe observarse con sumo cuidado, puesto que en nuestras economías los procesos inflacionarios devastadores pueden ser acompañados de profundas recesiones. Ese fenómeno económico es conocido como estancamiento. Ello podría imposibilitar que los deudores tengan la capacidad económica para pagar sus obligaciones.

e. Interés público.

Uno de los problemas más graves que perjudican la aplicación del principio valorista es

que se contraponen a los intereses del Estado, ente deudor por naturaleza. Los Estados deberían financiar su labor con lo recaudado con los impuestos. Sin embargo, la gran mayoría de las veces los impuestos no son suficientes, por lo que se dan, entre otros,⁶² emisiones de bonos para captar recursos económicos en el mercado financiero. Es así como el Estado se convierte en un deudor neto. No en vano se dice que *"el poder público, frente a situaciones de inestabilidad grave en el campo económico-monetario, es el primer interesado en apoyar la vigencia del principio nominalista, ya que el aumento de la deuda pública, consecuencia inmediata y directa de la inestabilidad aludida, solo podría reducirse o atemperarse mediante la aplicación del nominalismo y de una determinada política inflacionaria"*.⁶³

Ante tal situación, como se menciona en la sección anterior, al Estado le conviene la aplicación del principio nominalista, puesto que se endeuda en un momento determinado, y el peso de tales deudas disminuye a través del tiempo. Si se aplicara el criterio valorista, las deudas contraídas por los Estados, deberían ser canceladas en porcentajes de valor, lo que provocaría que el monto de las deudas se mantuviera en términos reales y aumentara en términos nominales. El principio valorista busca dar una protección al público en general, pero al Estado no le conviene, puesto que ello produce que no pueda aprovecharse de la inflación como forma de recaudación.

A este respecto, Hirschberg indica que *"La mayor objeción formulada en contra de la aplicación del principio valorista se basa en que ella afectaría los intereses del sector público, al cual le resulta conveniente la vigencia del principio nominalista. La deuda nacional sería la primera y más directamente afectada. Ésta, en especial después de periodos de emergencia, aumenta considerablemente, y la mejor forma*

61. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 92.

62. Otra de las acciones que el Estado suele hacer en este sentido es hacer emisiones inorgánicas. Es decir, emisiones sin respaldo en producción.

63. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 78.

de restarle peso es mediante la inflación y la aplicación del nominalismo".⁶⁴

Para el Estado resulta, a todas luces, muy desventajoso permitir la aplicación de la teoría valorista, puesto que ello produciría daños serios en sus finanzas. Con ello, se da una evidente contradicción entre lo que debiera ser uno de los fines últimos del cualquier Estado, con la protección de los intereses del Estado frente a los particulares.

Normalmente, el bienestar general se ve disminuido, cuando en procesos inflacionarios, se da una ruptura del equilibrio entre deudores y acreedores, entre derechos de unos y deberes de otros. De tal forma, el Estado tutela estas situaciones y no prevé los medios adecuados para solucionarlas. Pero, en el fondo, el Estado como institución es la que se ve más beneficiada, puesto que es el mayor deudor que existe en la economía.

4. Valorismo e inflación.

La doctrina propulsora del valorismo ha indicado por mucho tiempo que *"no puede abrigarse duda alguna de que el valorismo constituye una respuesta a los problemas que la inflación crea en el orden jurídico patrimonial... permite dar soluciones justas en los casos en que las relaciones entre los particulares se han desfasado como consecuencia de la inflación, rompiéndose la equivalencia que deben guardar las prestaciones en los contratos conmutativos, y aún en los aleatorios cuando el riesgo de la depreciación del dinero no constituye el alea propio del contrato".⁶⁵*

Indudablemente, el valorismo presenta una solución atractiva a todos los problemas causados por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Ello en razón de que existe la posibilidad de reconocer la existencia de tal depreciación de la moneda, y el consecuente reajuste

en el pago. De tal forma, se afirma que *"dado que la inflación cambia el poder adquisitivo del dinero, es necesario un concepto valorista para asegurar la ejecución equitativa de los contratos y para evitar una pérdida de confianza en el sistema legal, lo cual puede ocurrir cuando aquellos intitutados a recibir pagos contratados se ven enfrentados a pérdidas financieras por las cuales la ley no puede proporcionar soluciones".⁶⁶*

Pero como se indicó en párrafos anteriores, el valorismo tiene un problema de aplicación práctico que persiste por encima de sus bondades. De tal suerte, tenemos que la solución valorista puede subsanar todos los vicios nefastos que traen consigo los procesos inflacionarios, pero no se ha logrado determinar hasta ahora, cómo se puede dar una aplicación inmediata y franca de tal solución.

Los detractores del principio valorista han señalado como uno de los defectos más sensibles de esta doctrina, el hecho que si se pone en ejecución afectará los niveles de inflación de esa economía. Es decir, que el principio valorista propicia una especie de realimentación del proceso inflacionario. En tal caso, con la solución valorista, podríamos llegar a tener una economía donde todas las obligaciones se encontrarían en términos de valor, e igualmente, la inflación se mantendría por estos efectos.⁶⁷

En varias ocasiones se ha indicado que al tener el contratante que pagar el valor de las deudas, y no una suma nominal, produce que se dé un aumento en la demanda de dinero, lo que lleva, en última instancia, a la emisión de grandes cantidades de dinero para cubrir estos pagos y ello produce que la inflación aumente. Esta tesis, tal vez un poco débil, no encuentra mucho fundamento en la teoría económica moderna. Al respecto, se tiene que *"tal afirmación es cuestionable en tanto corresponde aceptar*

64. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op.cit.*, pág. 97.

65. RIVERA (Julio César), *op.cit.*, p. 102.

66. HIRSCHBERG (Eliyahu), PHIL (D.M.), *op.cit.*, pág. 933.

67. La aplicación estricta del principio valorista se puede equiparar a la indexación total de una economía. En tal sentido, se tiene que un país como Chile tiene actualmente una tasa de inflación de 5% anual, pero aparentemente no puede disminuirla en razón de que todos los contratos incluyen cláusulas indexatorias.

que dicha teoría no implica la emisión de medios de pago que se adicionarán al dinero circulante, sino que propone a (sic) reajustar los derechos de las partes".⁶⁸

También se ha indicado que existe una tendencia inflacionaria, producida inercialmente, por cuanto, todos los agentes económicos incluyen dentro de sus expectativas, los ajustes que se deben realizar para pagar el valor real de las obligaciones. De tal forma, con la importancia que han demostrado tener las expectativas de las personas en el comportamiento de la economía de los países, pareciera que no existe la menor duda de que tal situación se puede cumplir. Es así como, si se incluye en los ordenamientos jurídicos la tesis valorista, como regla general, puede llegarse a provocar un fenómeno inflacionario artificial, producido únicamente por las expectativas de los agentes económicos.

Para los defensores del principio valorista, la aplicación de este concepto no tiene ninguna injerencia en el desarrollo de un proceso inflacionario. El valorismo, como tal, busca hacer desaparecer los efectos negativos de la inflación, sobre todo en lo referido a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Muchas veces se ha afirmado que *"...en épocas de inflación muchos deudores potenciales tratan de aumentar el monto de sus obligaciones a los fines de obtener rédito de la inflación. Cuando el deudor sabe que lo que va a tener que devolver es valor, no existe razón alguna para que solicite más créditos de los que realmente necesita, ya que no puede obtener ganancia alguna de la inflación"*.⁶⁹

La defensa realizada por los teóricos valoristas resulta muy débil. La adopción del principio valorista como regla general y de aplicación obligatoria, en gran medida, produciría la aparición de procesos inflacionarios, los cuales tendrían su origen únicamente en las expecta-

tivas de los agentes económicos. De paso, es necesario plantear que tales procesos inflacionarios son los más difíciles de controlar.

Si el principio valorista se aplica a las relaciones contractuales del Estado, la lógica indica que es probable que se desarrolle un proceso inflacionario. Si el Estado se obliga a dar sus contraprestaciones en términos de valor, al momento de realizar sus pagos, se puede ver obligado a emitir moneda, con lo cual, se favorecería el proceso inflacionario. El Estado puede no tener que recurrir a este tipo de acciones para pagar su deuda, pero generalmente estas medidas, por su facilidad de aplicación, son las más gustadas por los gobiernos.

Por último, cabe reseñar lo indicado por Hirschberg y Phil, cuando manifiestan que *"la solución valorista es requerida solamente cuando existe un alto nivel de inflación. En el caso en que los cambios en el valor del dinero no sean considerables, deberá ser mantenida la presunción nominalista de la identidad del valor de las unidades monetarias sobre el tiempo"*.⁷⁰ Con tal afirmación, se presupone que el concepto valorista solamente podría aplicarse en procesos hiperinflacionarios o en situaciones inflacionarias graves, con lo cual, a pesar de que se reduce su ámbito de aplicación, resultaría todavía más difícil determinar cuándo procedería aplicar tal principio y cuándo no. Es decir, con lo expresado, se dificulta aún más la aplicación práctica de este principio.

5. Deudas de dinero y deudas de valor.

El aporte más significativo realizado a la doctrina por parte de quienes han estudiado la propuesta valorista es la diferenciación existente entre deudas de valor y las deudas numera-rias. La distinción entre deudas de valor y deudas de dinero es realizada por Ascarelli en su libro *I debiti di valore*, publicado en 1949.⁷¹ En tal sentido, se indica que *"en las deudas de di-*

68. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 77.

69. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, pág. 100.

70. HIRSCHBERG (Eliyahu), PHIL (D.M.), *op. cit.*, pág. 933.

71. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 79.

*nero se estará siempre al valor nominal del dinero que es objeto, sin importar ni su valor intrínseco ni su poder adquisitivo. En las deudas de valor, su objeto será siempre distinto del dinero, será una utilidad debida al titular de la expectativa, y en tanto, esa deuda no se liquida, por acuerdo de partes o sentencia judicial, y se determine cuál es la cantidad de dinero debida al acreedor, no modificará su naturaleza".*⁷²

Salas define a la deuda numeraria como *"la que nace de una obligación cuya prestación consiste en dar una suma determinada de dinero; deuda de valor es aquella cuya prestación consiste en dar una suma indeterminada de dinero, que en un momento futuro se determinará por su relación con el bien que le sirve de parámetro".*⁷³

Con respecto a las deudas de dinero se ha afirmado que *"la obligación es de dar dinero nacional cuando su objeto es un monto determinado de circulante. Se adeuda pues un quantum y el dinero actúa tanto in obligatione como in solutione: se debe tanto dinero y se paga tanto dinero o, a la inversa, se paga la suma de dinero que se debe".*⁷⁴ Mientras tanto, en las deudas de valor se dice que *"se debe un quid, no un quantum"*. El objeto de ella es un valor abstracto o una utilidad referida necesariamente, en términos comparativos, a una porción o masa de bienes. Así pues, en la obligación de valor, al deberse un *quid*, el dinero entra *in solutione*, pero no *in obligatione*. Se paga dinero, no porque se deba dinero, sino como un mero mecanismo para liquidar la deuda de valor.⁷⁵

Tal diferenciación es importante realizarla principalmente para las obligaciones dinerarias. De tal forma, una deuda numeraria consistiría en estar obligado a dar una contraprestación de €1.000, mientras que una deuda de valor consiste en deber el valor de una tonelada de café

de determinada calidad. En este caso tenemos que existe una contraprestación indeterminada, pero que se determinará una vez que se vaya a realizar el pago. Y una vez que se determina la cantidad de dinero que se debe dar como contraprestación, tenemos que la deuda se hace numeraria.

Con respecto a las diferencias entre deudas de valor y deudas numerarias, se tiene que la doctrina argentina señala que *"En las obligaciones puramente pecuniarias, el objeto de la obligación es directamente la prestación de la clase de moneda estipulada... En las obligaciones de valor, el dinero no es el objeto inmediato de la obligación, sino que es el medio de obtener un bien concreto de la vida, que por no poder conseguirse del obligado en especie, se sustituye por dinero..."*⁷⁶

Existe una diferencia clara a la hora de establecer uno de estos tipos de deuda entre las partes, ya que a pesar que en ambos casos el deudor se libera con el pago de una suma de dinero nominal, en las deudas de valor necesariamente implica la existencia de un parámetro. Este parámetro es el que identifica, en última instancia, a las cláusulas de valor de las cláusulas dinerarias.

No se quiere decir con ello que exista una novación contractual o que se esté en presencia de una obligación diferente una vez que se determina el monto numerario a pagar. Sigue siendo la misma obligación inicial, solamente que una vez que se determina este monto, la deuda pasa a ser numeraria, y el deudor se libera con el pago de esa suma de dinero.

Se debe destacar que en las obligaciones de valor, el dinero no forma parte integral de la obligación, sino que se convierte en una unidad de medida que sirve como sustituto de la verdadera contraprestación que se debe llevar a cabo. Es decir, ante la imposibilidad de que el

72. CAUSSE (Jorge I.), *op. cit.*, p. 79.

73. SALAS (Acdeol), *op. cit.*, págs. 116-117.

74. RIVERA (Julio César), *op. cit.*, p. 80.

75. RIVERA (Julio César), *op. cit.*, p. 80.

76. CAZEAUX (Pedro), TEJERINA (Wenceslao), *op. cit.*, pág. 18.

pago se dé en especie, o como medio para facilitar el comercio, se tiene que la contraprestación se lleva a cabo en dinero, utilizándolo como medio de pago.

El tema de las deudas de valor ha sido principalmente desarrollado para proteger la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, que emerge de la generación de daños y perjuicios para el contratante o para el tercero, de acuerdo con el tipo de responsabilidad que se haya generado. La doctrina jurídica ha mantenido que en estos casos, la indemnización constituye una deuda de valor, puesto que se busca restituir al tercero en su posición original, y ello solamente se puede hacer a través del reintegro del valor del perjuicio ocasionado. Al respecto, se ha dicho que *"quien culposamente destruye la propiedad de un tercero, debe pagar una suma suficiente que permita a éste adquirir una cosa equivalente a la destruida. Si en el interin se ha depreciado la moneda, la cosa costará más que en el momento en que se ocasionó el perjuicio. Lo mismo puede decirse, mutatis mutandis, con respecto a otros tipos de daños (incumplimiento contractual, lesiones a la persona, etc.). Mientras los daños no sean liquidados, no existirá un monto nominal inmutable".*⁷⁷

En igual sentido, la jurisprudencia nacional ha indicado que *"la deuda concerniente a la indemnización es de valor y no de dinero. El monto se determina ulteriormente. Se reajusta en dinero, el monto de la indemnización en el momento de su cálculo... dicho numeral (artícu-*

*lo 771 del Código Civil), enteramente aplicable al caso, es útil a efectos de fijar, enervando ulteriores dudas, los parámetros que han de servir de base para el pago de las indemnizaciones. Ello debe hacerse en una etapa sucesiva, la más próxima al pago; será en la ejecución del pago, pues ahí será donde se pueda determinar el importe de lo que ha de pagar la demandada en colones".*⁷⁸ Igualmente, *"Aunque el reclamo se formule como un cobro dinerario aparentando ser una obligación tal, constituye en el fondo una deuda de valor, pues por su esencia, la indemnización perseguida tiende a la restitución de las cosas al estado anterior a la producción del ilícito, pero al resultarle imposible, nace en su favor el derecho a exigir un valor o utilidad dirigida a compensar o resarcir el daño o perjuicio sufrido."*⁷⁹

Con ello, se deriva una importancia trascendental en la aplicación de la diferencia de deudas de valor y deudas de dinero, por cuanto, a pesar de que por razones de utilidad práctica, todas las deudas de valor, pueden ser canceladas en términos de dinero nominal, en la fijación de los daños a pagar por parte del que los causa, deben ser medidos en términos de valor, para restaurar realmente en su posición original, al tercero o al contratante. Mientras no se determine cuál es la cantidad de dinero debida al acreedor, la deuda será de valor. Pero una vez que se lleve a cabo la liquidación o la determinación del monto de dinero que se debe pagar, la deuda de valor se convierte en una pura y simple deuda de dinero.

77. NUSSBAUM (Arthur), *Derecho monetario nacional e internacional*, 1954, citado por RIVERA (Julio César), *op.cit.*, p. 81.

78. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 106, de las 14.30 h del 16 de noviembre de 1994. En el mismo sentido, ver SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 56, de las 14.30 h del 14 de junio de 1996; TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Primera, Voto No. 162, de las 9.10 h del 12 de julio de 1996; y TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Primera, Voto No. 171, de las 15.30 h del 19 de abril de 1991.

79. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 29, de las 14.30 h del 13 de marzo de 1996.

A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

La importancia de tomar partido en esta discusión es innegable. Por ello, resulta conveniente determinar una posible solución al problema. Se debe empezar haciendo notar que la inestabilidad monetaria de algunos países, ha hecho que el principio nominalista deje de ser visto como la solución perfecta a todos los problemas. Una vez que un país enfrenta una crisis económica, donde generalmente se da la depreciación de la moneda, el nominalismo no presenta una solución óptima al problema, puesto que existirá una pérdida patrimonial importante por parte de los acreedores.

Por su parte, el valorismo, pese a ser una doctrina conocida desde el siglo pasado, no ha encontrado eco en las legislaciones mundiales. No ha pasado de ser una simple teoría doctrinal, sin ningún apoyo o fundamento fáctico.

Ante tal situación, se hace necesario recordar ciertos aspectos muy importantes que promueve la contratación privada. Como bien lo retoma Luis Baudrit, la Sala Constitucional en su voto 3495-92 de las 14.30 horas del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y siete, define los elementos esenciales que protegen la libertad de contratación, al manifestar que: "...la Sala establece en síntesis que el contenido esencial de este derecho se resume en cuatro elementos: a) libertad para elegir al co-contratante; b) libertad para escoger el objeto o prestación contractual; c) libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico estipulado como contraprestación; y d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la

posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato".⁸⁰

Interesa en gran medida el cuarto elemento primordial para que se logre manifestar en todo su esplendor el principio de libertad contractual. Ello en la medida que facilita a las partes, en una decisión de carácter personal, incluir cláusulas que permitan mantener el equilibrio contractual.

El nominalismo ha sido reconocido por muchas de las legislaciones de occidente, y como se indicó páginas atrás, en nuestro país, tal teoría se encuentra plenamente en la normativa vigente. Es así como, a pesar de que el nominalismo plantea con mucha simplicidad el problema, en ningún momento muestra alguna preocupación por la inclusión de cláusulas de valor en el contenido de los contratos. En tal sentido, manifiesta Hirschberg que *"los partidarios del nominalismo han sostenido que en ningún caso es necesario apartarse de dicho principio, ya que las partes pueden protegerse de la depreciación de la moneda mediante la inclusión de cláusulas de valor"*.⁸¹

Mann afirma que *"ambas no se oponen entre sí, ya que el nominalismo no es jus cogens, sino jus dispositivum. Se origina en la ley de contratos y halla su justificación en la intención legalmente relevante de las partes. Por lo tanto, las partes pueden protegerse mediante cláusulas de valor en su contrato"*.⁸²

Por tanto, se debe concluir que la adopción de cláusulas de valor no produce contradicciones contra quienes mantienen el principio nominalista. Lo que suponen es la defensa de que

80. BAUDRIT CARRILLO (Luis), *op. cit.*, p. 2.

81. HIRSCHBERG (Eliyahu), *op. cit.*, p. 58.

82. MANN (F.A.), *The legal aspect of money*, Segunda Edición, 1953, p. 69, citado por HIRSCHBERG (Eliyahu), Cláusulas de Valor, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LXIV, marzo, 1980, p. 272.

el pago se realiza según el valor nominal de la suma estipulada en el contrato, sin ignorar que las partes, en el ejercicio de su libertad de contratación, pueden incluir cláusulas que permitan un ajuste en los términos de la obligación. De tal forma, *"el concepto valorista ha sido aplicado por partes que han hecho un contrato, a través de la inclusión de cláusulas de valor, pero no ha sido adoptado en manera general*

en ningún sistema legal".⁸³ No en vano señala Hirschberg que todas las cláusulas de valor o de estabilización constituyen un desvío de la solución nominalista, reemplazando la solución general por otra conforme al criterio de las partes. Es decir, las partes crean la ley para sí mismas, tal como tienen derecho a hacerlo, siempre y cuando el nominalismo sea *considerado ius dispositivum*.⁸⁴

83. HIRSCHBERG (Eliyahu), PHIL (D.M.), *op.cit.*, pág. 932.

84. En este sentido ver HIRSCHBERG (Eliyahu), *op.cit.*, p. 273.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



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

LIC. ROY SANTANA OTT

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

2. DUALDE GÓMEZ (J.), *ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

para los contratantes podrían conllevar su adopción.

A. LA CLÁUSULA DE INTERESES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. LA CLÁUSULA MERCANCÍA Y VALOR MERCANCÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. LA CLÁUSULA ORO Y VALOR ORO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cancía o en forma de una moneda de oro prevista.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: CEPSA

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

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

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

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

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

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

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

D. LA CLÁUSULA MONEDA EXTRANJERA Y VALOR MONEDA EXTRANJERA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Artículo 67.—...

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

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

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

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

86. Ley de la Moneda, artículo 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. LAS CLÁUSULAS ÍNDICE O DE ESCALA MÓVIL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

135. HIRSCHBERG (Eliyahu), *ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

G. A MODO DE CONCLUSIÓN

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

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL ENCUENTRO CON LA POLICÍA Y LAS ALTERNATIVAS DE ATENCIÓN SOCIAL

M.Sc. MARIO A. VÍQUEZ JIMÉNEZ
1995

ÍNDICE

	Pág.
1. Introducción.	76
2. Planteamiento del tema.	76
3. El primer contacto con el sistema de justicia: Las Policías.	78
4. El Sistema de Justicia Juvenil y las Policías.	79
5. Los Centros de Detención y Derivación Inicial.	81
6. Consideraciones finales.	84
7. Bibliografía.	86

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, existen “estilos de vida” (formas de ser y de conducta), donde se criminalizan y limitan los derechos de los niños, niñas y jóvenes, en la medida que son “percibidos” por los canales administrativos y judiciales como desviantes.

Estos estilos y formas de vida tienen su origen y están sobredeterminados en condiciones desfavorables de existencia, donde a menudo no se llenan las necesidades básicas de sobrevivencia tanto materiales, fisiológicas, como afectivas.

La “reacción” institucional frente a la pobreza y los mecanismos de supervivencia que genera la misma, son de forma frecuente la criminalización, la institucionalización y la burocratización de los fenómenos sociales, como un mecanismo poco más o menos encubierto para reprimir u ocultar el verdadero origen de los fenómenos.

Este proceso de “respuesta” punitiva institucionalizada, se ha expresado y consolidado, en el Estado y la sociedad costarricense, en diversas formas de reacción formal e informal, tales como, el marco legal, (administrativo y jurisdiccional), la organización institucional, los medios de comunicación social y las representaciones sociales que están inscritas en la colectividad.

Se puede afirmar, que condiciones socioeconómicas y culturales ligadas a la pobreza y el acceso a los bienes de la cultura, así como el sistema de control punitivo institucionalizado, dividen la realidad de los niños, niñas y jóvenes en dos tipos de infancia. Aquéllos con sus necesidades básicas satisfechas, para los cuales el control institucional resulta indiferente, y aquéllos con sus necesidades básicas to-

tal o parcialmente insatisfechas, para los cuales el control punitivo institucional, posee todas las condiciones potenciales y reales para decidir sobre su vida y su futuro.

Esta condición de vulnerabilidad psicosocial y jurídica de los sectores más desposeídos determina una distribución diferencial de los bienes de la cultura y la mayor o menor capacidad de ser “detectados” como desviantes (distribución diferencial de la inmunidad).

De acuerdo con las representaciones sociales prevalecientes sobre la niñez y adolescencia, además de su condición psicosocial de vulnerabilidad, se sobreagregan las condiciones propias de la edad, lo que hace que a menudo no se respeten sus Derechos Humanos y Ciudadanos.

Corresponde al Estado y a la sociedad en general, la defensa, restauración y promoción de los Derechos Humanos de la niñez y adolescencia costarricense.

Uno de los elementos más dramáticos y determinantes en los procesos de criminalización y estigmatización de los niños, niñas y jóvenes más vulnerables, se encuentra en lo que se podría denominar, “el encuentro con la policía y las instancias de detención y derivación inicial”.

En este trabajo se pretende, puntualizar algunos aspectos que sirvan de base para la reflexión, y proponer algunas medidas prácticas que permitan minimizar las consecuencias de “este momento de encuentro con la autoridad” que tiene consecuencias simbólicas que inciden en la subjetividad de los niños, niñas y jóvenes en una dimensión no siempre comprendida a plenitud por los adultos.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El encuentro de los niños, niñas y adolescentes con la policía y las diversas alternativas de intervención jurídica y social en el denominado “sistema de atención juvenil”, requiere

para su comprensión, trascender las apariencias para incursionar en el plano teórico conceptual: Se hace referencia a la necesaria ubicación del tema en la “Estructura del Control

Social" y el análisis como "eslabón en el proceso de criminalización".

En general, toda forma de "encuentro", detención y derivación inicial de los niños y jóvenes puede ser caracterizada dentro de la estructura del control social, como la reacción social formalizada de los órganos represivos del Estado, como son las policías y los centros de arresto, en tanto subsistema del "Sistema de Justicia Juvenil". Reacción dirigida a potenciales tipos de "conducta discordante" que se hace —en este caso—, sobre destinatarios controlados según razones de edad, sexo y especialmente de clase social y no necesariamente por la efectiva transgresión de las normas penales.¹

Este control diferencial se instaura por medio de la interiorización de normas y valores sociales en el proceso de socialización primaria, y por los procesos de creación y aplicación de las normas.

Cuando se hace referencia a la socialización no se parte de los enfoques reduccionistas que invocan la existencia del individuo (entendido como sujeto con libre albedrío) enfrentado a la sociedad. Por el contrario, se plantea la interrelación dialéctica entre ambas categorías. "No hay enfrentamiento del individuo con el medio como si se tratase de dos entidades opuestas".²

La subjetividad puede ser comprendida plenamente a partir de condiciones objetivas de la sociedad, que se reproduce y mediatiza por medio de determinadas formas de interacción como son la que se dan en la familia, la escuela, los medios de comunicación, entre otras.

Es mediante los procesos de socialización primaria que el sujeto se sujeta; es decir, se conforma y organiza como "sujeto moral" en tanto que recibe una serie de valoraciones sobre él mismo, que se le instauran de forma especular como realidades y objetividades que ocultan el carácter subjetivo de la valoración.

Se conforman así las estructuras y organización subjetiva, a partir de las condiciones objetivas de existencia, lo cual se expresa en actitudes, normas de comportamiento y valores diferenciados que posibilitarán o no el acceso y realización de los patrones generales vigentes o dominantes.

Cuando estos procesos de socialización no son capaces de "moldear" al sujeto según los cánones vigentes y de darle igualdad de oportunidades en la realización de esos valores por caminos legítimos, "surgen" en la sociedad la represión y los procesos sustitutivos de socialización.³

Conceptualmente este proceso de reacción ante la diversidad social, se refiere a la forma como opera en la estructura del control social el Sistema de Atención Juvenil en tanto proceso de criminalización.

En general, siguiendo a Aniyar de Castro (1977), se pueden diferenciar tres momentos en el proceso de criminalización:⁴

1. Los procesos de creación de normas penales y sociales (por ejemplo creando normas penales lícitas o viceversa).
2. Los procesos de represión institucional (proceso de criminalización de individuos concretos).
3. Los procesos de perpetuación del *rol*/delictivo, mediante imposición e interiorización de etiquetas.

Dado que el tema de análisis es el encuentro, la detención y derivación inicial de los niños, niñas y adolescentes con el sistema de justicia juvenil, interesa puntualizar el carácter estigmatizante del sujeto que suele tener el sistema institucional. Es decir, los procesos que se producen cuando se ha traspasado el umbral de inmunidad y el niño, niña o adolescentes es detectado, señalado o proclamado me-

1. Nos referimos globalmente a la definición de ANIYAR DE CASTRO, Lolita, "Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la liberación", Editorial Universidad del Zulia, Venezuela, 1981.

2. BRAUNSTEIN, Néstor, "Psicología, Ideología y Ciencia", pág. 70, Editorial Siglo XXI, México, 1981.

3. Decimos "surgen" porque en realidad la estructura del control social formal es preexistente al sujeto.

4. Ver al respecto ANIYAR DE CASTRO, Lolita, "Criminología de la Reacción Social", Editorial Universal del Zulia, Venezuela, 1977.

dian­te el ritual institucional como desviante, in­de­pen­dien­te­men­te de si ha co­me­ti­do o no un ac­to transgre­sio­nal.

En sín­te­sis, se se­ña­la la im­por­tan­cia de ana­li­zar los pa­sa­di­zos ju­rí­di­cos e in­sti­tu­cio­na­les del sis­te­ma de jus­ti­cia ju­ve­nil, que se diri­

gen e inician la carrera desviada en los niños y jóvenes y cómo los procedimientos de detención y derivación inicial constriñen o no, a estos en su rol desviado, es decir, como eslabones de la cadena social de distribución diferencial de inmunidad.

3. EL PRIMER CONTACTO CON EL SISTEMA DE JUSTICIA: LAS POLICÍAS

Esquemáticamente se pueden diferenciar tres momentos en la atención institucional de los niños, niñas y adolescentes en el contexto social. Específicamente son:

1. Todas aquellas acciones que se encaminan a garantizar el funcionamiento adecuado de la niñez y adolescencia en el marco de los mecanismos informales del control social a nivel sociocomunal (familia, escuela, iglesia). Procesos primarios de socialización.
2. Cuando los mecanismos primarios socialmente establecidos y diferencialmente distribuidos no se adecuan a los valores dominantes y el niño, niña o adolescente se encuentran vulnerabilizados, entran a funcionar los mecanismos de detección, detención, y referencia según sea el caso. Es aquí donde se define el tipo de "intervención" que requiere el niño, la niña o adolescente para reintegrarse al punto anterior o ser referido a la intervención del tercer nivel.
3. Acá se refiere a los procesos judiciales y a las medidas aplicables (incluida la privación de libertad) a los adolescentes infractores y a las medidas administrativas ejecutadas en instituciones públicas o privadas.

El fenómeno de la distribución diferencial de oportunidades y el control diferencial por parte de los órganos del sistema de justicia, en

razón de la mayor vulnerabilidad, tiene su origen en la existencia o no de políticas o programas sociales de atención a los niños, niñas y adolescentes. Así como, a la efectiva realización de las mismas en tanto Derechos Humanos de la Niñez.

Toda persona en esta etapa de la vida requiere por su condición vulnerable en razón de su edad y proceso de desarrollo de una protección integral, tanto jurídica como social, en la medida que no pueden hacer valer sus derechos y necesidades de forma efectiva por su misma condición. Por ejemplo no votan y no tienen una clara representación política.

Como una medida para compensar esta condición, a partir de la "Convención de los Derechos del Niño de 1989", los Estados partes se han comprometido al desarrollo de una política de protección jurídica y social. En el caso de los jóvenes en conflicto con la ley penal esto implica el reconocimiento de las garantías sustantivas, procesales y de la aplicación de medidas. En el caso de niños, niñas y jóvenes en condiciones de vulnerabilidad social, implica el desarrollo de políticas de protección especial como parte de las políticas sociales generales.

Cuando no hay una efectiva realización de las necesidades y por lo tanto una violación a los derechos fundamentales y los niños, niñas y adolescentes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad psicosocial y jurídica, en la práctica más que una solución al fondo u origen de los fenómenos, lo que entra en juego son las medidas de control formal y los niños y jóvenes son detectados y detenidos por instancias po-

liciales. En este nivel se observan tres fenómenos que revisten un carácter fundamental.⁵

En primer lugar, la connotación **estigmatizante** que adquieren los procesos de detección indiscriminada con las ya conocidas consecuencias en la historia vital del sujeto.

En segundo lugar, la tendencia en este nivel, de que se resuelva mecánicamente la derivación de los niños, niñas y jóvenes con ausencia de criterios técnicos de protección, lo cual podría evitar la utilización de medidas represivas de contención y procesos administrativos y judiciales innecesarios, entre otras condiciones estigmatizantes.

Y en tercer lugar, el carácter fragmentario del sistema de atención juvenil.

Esto permite plantear, la necesidad de crear mecanismos tendentes a minimizar el impacto de la detección y la detención, así como la atención y derivación apropiada por medio de instancias ágiles que garanticen una mayor efectividad en la toma de decisiones para determinar el tipo de atención inmediata que necesita el niño, niña o adolescente, ya sea porque se trata de una detención arbitraria, porque requiere de protección social o porque ha infringido las normas penales. Obviamente estas medidas no se contraponen a todas las acciones que se dirijan a prevenir la arbitrariedad y el exceso por parte de los órganos policiales, en tanto actores de primera línea, así como la necesidad de generar programas que atiendan las necesidades de esta población en su mismo medio.

Es en este proceso que ocurre en las primeras horas de encuentro con la policía y las instituciones, que es posible redoblar los esfuerzos para evitar la estigmatización como producto de tratar a los niños y jóvenes como adultos, o incluso como si se tratara de un "delincuente pequeño o en potencia". En esta dirección se deben revisar los procedimientos de abordaje, así como en general la terminología. Esto permitiría el uso de puntos de vista que vayan más allá de los conceptos policiales y jurídicos formales para utilizar un conocimiento interdisciplinario, que pueda evaluar —con acatamiento a la ley— lo que justifica una detención, de aquello que no lo justifica, las circunstancias, así como las necesidades específicas de cada uno de los casos particulares.⁶

Esto implica de alguna manera, revisar y replantear el sistema de atención infantil y juvenil en su totalidad y de cada uno de los niveles de intervención, manteniendo un adecuado respeto de los principios básicos para la protección social y jurídica de los niños, niñas y jóvenes en condiciones de vulnerabilidad psicosocial o en conflicto con la ley penal.

En el plano institucional se plantea la necesidad de establecer una adecuada atribución de competencias entre los diversos organismos intervinientes. Acá a menudo las dificultades más que de un reconocimiento formal de derechos, son del orden de los recursos humanos y materiales, es decir, de realización efectiva del Derecho. Son también necesarias una serie de garantías de orden práctico tendentes a evitar la arbitrariedad, el exceso o la omisión de actuaciones cuando corresponde.

4. EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL Y LAS POLICÍAS

En los regímenes de corte político liberal, el control formal descansa fundamentalmente en el denominado sistema de justicia penal.

Sin embargo, a pesar de la denominación de "sistema", este puede ser tan solo un recurso didáctico o conceptual, pues el grado de in-

5. Decimos "aparentemente" pues se trata de una incapacidad estructural que no está sujeta a un problema de voluntariedad individual.

6. Ver al respecto BRENES BLANCO, Emilia, *"Análisis de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Legislación sobre Derechos Humanos"*, tesis de grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1984.

tegración de las diversas instituciones que se suelen describir como integrantes de ese sistema, a saber la policía, los tribunales y las instituciones administrativas que aplican algunas de las medidas judiciales, es en realidad bastante fragmentario.

Entre estas instancias, la Policía tiene una importancia fundamental no solo por ser presumiblemente la más fragmentada del "sistema", sino porque podemos sostener con toda propiedad que es la válvula que controla el acceso al Sistema de Justicia Juvenil, y en gran medida a otras formas de protección y acogimiento de carácter administrativo.

Sobre el carácter fragmentario del Sistema de Justicia Juvenil en investigaciones realizadas en nuestro país, se indica que "...se puede concluir que el Sistema de Justicia Juvenil de Costa Rica enfrenta fundamentalmente la carencia de una política claramente definida y compartida por todas las instancias que lo conforman para el tratamiento del menor infractor. Lo que trae como consecuencia que no exista una posición ideológica homogénea para abordar dicha problemática, prestándose esto a interpretaciones individualizadas del fenómeno. Además se carece de canales adecuados de comunicación, así como de coordinación interinstitucional, lo que provoca roces, recelo y competencia".⁷

La Policía en tanto válvula o puerta de ingreso al sistema de justicia juvenil y en general a los sistemas administrativos de protección social, opera por dos vías: a) Mediatas. b) Inmediatas.

En el caso de las acciones mediatas opera cumpliendo funciones de vigilancia y disuasión, con el supuesto fin de reducir el flujo potencial de casos.

En tanto control inmediato, opera por lo general como primera instancia que conoce un hecho punible (flagrancia), para lo cual realiza de forma informal una preclasificación y evalúa las posibilidades reales de iniciar acciones que concluyan en el pase del caso al aparato jurisdiccional.⁸ En nuestro país, en materia de niños, niñas y jóvenes, este pase a menudo se puede dar sin que medie una acción concreta, por medio de lo que se ha denominado "estados de peligrosidad" o riesgo social, tales como prostitución, deambulación, farmacodependencia, entre otros, lo que es una fuente importante de excesos y arbitrariedad. También actúan en situaciones donde los niños, niñas y adolescentes requieren una intervención de protección social.

A nivel policial, en materia de niñez y adolescencia se pueden discriminar tantas situaciones como policías (que por lo demás tienden a ser variadas), sin embargo podemos discriminar aquellas que se refieren a la **detección** (investigación) o policía represiva, de las policías preventivas o administrativas, es decir, que hacen una prevención mecánica como es el caso del patrullaje y los sistemas de vigilancia que normalmente hacen funciones de **detención**.

Existe además, en algunos países, una tendencia al empleo de los Departamentos Sociales de la Policía⁹ o departamentos especializados en delincuencia juvenil. Sin embargo, es importante señalar que en la práctica, a pesar de la eventual existencia de alguna policía especializada para menores de edad, hasta un 80% de los casos de menores detenidos los ejecutan las policías ordinarias de adultos.¹⁰

Interesa en este proceso de detención inicial de los niños, niñas y adolescentes, tanto la

7. BEDOYA, Syndel y ALVARADO, Patricia, "Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis Felipe González Flores", Universidad de Costa Rica, Escuela de Psicología, proyecto de graduación, 1986, pág. 92.

8. Ver al respecto GABALDÓN, Luis, "Detención y respuesta policial en el contexto de un sistema penal fragmentario. Una exploración preliminar en Venezuela", Editorial ILANUD, diciembre, 1984.

9. En Costa Rica se creó, en abril de 1987 la Unidad Metropolitana de Atención Primaria Cruz Blanca, cuerpo policial preventivo especializado, dirigido a niños infractores, abandonados, ancianos deambulantes, farmacodependencia, etc. Hasta 1986 venía funcionando la Policía Juvenil.

10. Tomado de Estadísticas del Centro de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social, San José, Costa Rica.

actitud de los agentes como la significación que esto puede adquirir para los mismos, sobre todo si no han cometido una infracción a ley penal.

La comisión por parte de la policía de actos injustos tales como arbitrariedad, maltrato, abuso sexual, corrupción o tolerancia con los niños, niñas y jóvenes o con las actividades ilegales de los adultos, pueden hacer que se pierda el respeto a la autoridad, y que se propicie el inicio de una carrera delictiva.

Es difícil convencer a los jóvenes que respeten la ley, si las propias autoridades no lo hacen (Naciones Unidas). En Costa Rica, en investigaciones realizadas con jóvenes multi-reincidentes en ingresos al Centro de Orientación Juvenil Luis Felipe González Flores, reportaron sobre el trato de la policía durante la captura, lo siguiente: 40% algún tipo de agresión física, 12% los esposaron y requisaron, 4% medió algún tipo de chantaje y el 44% consideró como bueno el trato.¹¹

Evidentemente, más allá de las situaciones de corrupción y las no despreciables actitudes sádicas que pueden estar presentes en algunos elementos policiales, se plantea acá lo que algunos autores definen como la "dialéctica de la captura", donde casi siempre predomina un alto nivel de violencia y agresividad, en tanto hay intento de fuga, resistencia, lesiones y tensión emocional entre captores y capturados.¹²

Interesa analizar en este nivel la alta incidencia de hechos en los que interviene la policía, donde la situación típica detectada cae dentro de la "ambigua actitud sospechosa". Esto induce a pensar en un patrón policial tendiente a **afirmar su presencia y autoridad antes** que vigilar efectivamente personas, bienes y a asegurar protección particularizada a los ciudadanos.¹³ Reporta Gabaldón (1984) en Venezuela, que no son extrañas la situaciones en que una ronda de patrullaje aparentemente improductiva por falta de "novedades", fue "completada" mediante pesquisas en la vía pública o sujetos transeúntes de los que no se podía inferir actitud amenazante alguna.¹⁴

Es acá donde cabe la pregunta por los niveles diferenciales o distribución diferencial de la inmunidad por razones de edad, sexo y clase social; es decir sobre la función criminalizadora de la policía, no solo por su carácter fragmentario, sino por la corrupción y abuso, o por su función fundamentalmente de afirmación de autoridad antes que la protección de bienes o personas dentro del marco del respeto a la legalidad y el respeto de los bienes jurídicos fundamentales (garantías sustantivas y procesales).

Se reporta en dinámicas grupales con la policía (1980) sobre la "actitud de vigilancia", que "en los barrios residenciales" van a "protegerlos de los delincuentes" y en los barrios marginales a "recoger delincuentes".

5. LOS CENTROS DE DETENCIÓN Y DERIVACIÓN INICIAL

Una vez que el niño, niña o adolescente entra en contacto con la policía o autoridad correspondiente, interesan también los locales o establecimientos que se utilizan durante el proceso de investigación o en el lapso que transcurre hasta que se pone a éste a la orden de

una autoridad judicial o administrativa, según sea la situación.

Acá se pueden discriminar varias modalidades como son: a) Locales policiales para adultos sin lugares separados para los niños y jóvenes. b) Locales policiales para adultos con

11. BEDOYA, Syndel y ALVARADO, Patricia, *op. cit.*, pág. 132.

12. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *op. cit.*

13. GABALDÓN, Luis G., *op. cit.*

14. *Idem.*

separación física de los niños y adolescentes. c) Locales exclusivos para niños y adolescentes de carácter policial. d) Locales exclusivos para niños y adolescentes de cuerpos tutelares, judiciales o técnicos.

Interesa de forma particular los procedimientos, condiciones y orientación de este primer contacto institucional del niño, niña o adolescente, así como la vivencia diferencial que éste puede tener.

La investigación y experiencia en este campo señalan que la reacción de una persona sobre todo si es un niño o adolescente en el proceso de detención (normalmente policial), así como su posterior internamiento en un centro de detención con contención física real, pueden ser determinantes en el futuro desarrollo de éste.

En general, la aprehensión de un niño o joven menor de edad es **sin duda** un cambio existencial en su modo de vida que provoca diversas reacciones, normalmente vinculadas a una intensa angustia y temor indiscriminado y general, fenómeno que requiere de toda nuestra atención y un análisis exhaustivo y profundo.

Es probable que al ingresar un niño o adolescente a una detención o comisaría (que generalmente no es un centro de menores), se den fenómenos que van desde dificultades para definir la edad, pasando por la agitación emocional, cuando no con un golpe, hasta el temor generalizado a la invasión física o mental (robo, violación, agresión física en el interrogatorio, etc.).¹⁵

Acá la vivencia es diferencial entre los que ingresan por primera vez de los "veteranos". Estos últimos asumirán probablemente una actitud de pseudosuficiencia, que no es otra cosa que una forma de ocultar su temor, lo que se puede expresar en agresiones hacia los

nuevos, como una forma de reafirmación de su rol de "veteranos".¹⁶

Es acá donde interesa reafirmar la importancia de "discriminar" una instancia no policial o con personal no policial, especializado en el manejo de ansiedades y discriminación básica del tipo de población para la búsqueda de una solución a fondo de la situación.

En este sentido es necesario hacer una disgresión y tener como referencia la experiencia de nuestro país. Porque a menudo como muchas situaciones que conciernen a los niños y adolescentes, no se le da a sus necesidades específicas, la importancia que requiere, merece y tienen derecho. En el pasado frente a este planteamiento se afirmó que una instancia de esa naturaleza no era posible. Sin embargo, los ejemplos concretos pueden ser más ilustrativos que la fría exposición conceptual. Tal es el caso de la creación en 1989 de una Unidad de Ingreso y Referencia para toda la población del Área Metropolitana, que surgió como un proyecto de carácter técnico, con la participación de todas las instancias del Sistema de Justicia Juvenil y el Patronato Nacional de la Infancia, obviándose otros centros de detención policial o Comisaría. Este centro ha servido además, de apoyo técnico al proceso judicial y a los centros de internamiento, cuando es el caso. En la actualidad con todo y las vicisitudes producto del traslado del mismo al Centro Amparo de Zeledón, se reafirma la necesidad de actualizar sus funciones, dotarlo de una planta física más idónea, y crear una red de coordinación interinstitucional que permita ofrecer alternativas de solución a las necesidades de esta población, sobre todo a los y las jóvenes mayores de 12 años que no han infringido la ley penal.

Es en estas primeras horas de contacto con el sistema de atención juvenil en donde, como en los servicios de emergencias de los

15. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *op. cit.*

16. Ver DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *op. cit.*

hospitales, se pueden resolver gran cantidad de casos y situaciones.

Desde esta perspectiva y siguiendo el modelo señalado, creemos que a este nivel se puede, con decisiones prácticas y sencillas, desarrollar las siguientes funciones generales:¹⁷

1. Garantizar que todo niño, niña o adolescente aprehendido, **sea evaluado y atendido jurídica y psicosocialmente**, tomando en consideración la singularidad de su condición por medio de un conocimiento exacto que oriente las medidas legales o administrativas correspondientes, a nivel individual, familiar y comunal.
2. Mantener una estrecha comunicación con todas las instancias del sistema de atención juvenil: policía, juzgados, centros de internamiento, PANI, entidades privadas, así como con la familia y comunidad para la correcta ubicación y apoyo de las necesidades de los niños y jóvenes.

De forma específica, se debe definir los procedimientos de ingreso y referencia, los cuales no deben exceder el plazo máximo de 24 horas, según la legislación correspondiente.

Para efectos de exposición se pueden discernir dos momentos principales: ingreso y referencia, que conceptualmente se podría percibir más extensos de lo que la práctica implica, pues en total son 24 horas como máximo.

5.1. EL INGRESO.

Se refiere al proceso mediante el cual, las autoridades policiales, refieren a esta instancia a niños, niñas o adolescentes por razones variadas de supuesta infracción o contravención, según la "percepción policial".

Esta fase está constituida por aspectos técnicos administrativos de denuncia o razones de aprehensión, por aspectos técnicos metodológicos de recepción (elaboración de ansiedades y definición del aquí y del ahora), clasificación

básica (lugar de estancia por edad, sexo y situación personal), análisis y atención del estado de salud general, **evaluación del carácter legal del proceso de detección (policial) y evaluación del caso para posible referencia inmediata** (familia, centros de internamiento u otra atención especializada). Acá se deben distinguir tres condiciones, edad, sexo y situación legal. La edad se refiere a la ubicación y atención específica de los menores de 12 años y de 12 hasta 18 años. La condición legal se refiere a la necesaria diferenciación de los mayores de 12 años en conflicto con la ley penal de aquéllos que no lo son. Las niñas y niños menores de 12 años son competencia exclusiva de los órganos administrativos (PANI). Los mayores de 12 años en el caso de conflicto con la ley penal deberán ser puestos a la orden de la autoridad judicial y los que no han infringido la ley se deberá, previo consentimiento de los mismos, ofrecer apoyo a la solución integral de su situación, si así lo amerita.

En el caso de los menores de 12 años (Protección Social) y de los mayores de 12 no infractores que solicitan y aceptan algún programa, es importante realizar una apreciación técnica general de la situación. Este proceso se refiere a una función investigativa, organizadora de la información existente, que permita señalar pautas específicas de referencia inmediata, según condiciones personales y jurídicas, así como pautas de abordaje a nivel individual, familiar y comunal. Este aspecto en lo posible debe ser abordado de forma interdisciplinaria e implica, además, de un proceso de recepción, análisis, y una devolución de la información al niño, niña o joven que deberá estar al tanto de su situación y expresar su opinión al respecto, la cual siempre deberá ser considerada.

5.2. LA REFERENCIA.

La referencia se inicia una vez finalizado el proceso anterior y culmina con el proceso de ubicación del niño, niña o joven, ya sea al gru-

17. Ver al respecto VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario y otros, *Centro Nacional de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social*, Edit. Dirección General de Adaptación Social, Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1986.

po familiar (prioritariamente), los órganos judiciales o la coordinación con las instituciones adecuadas para la atención y seguimiento de las necesidades específicas. Tiene un carácter de estrecha coordinación interinstitucional. Se encarga a su vez de retroalimentar a las instituciones.

La complejidad de estas funciones evidentemente tiene que estar compensada con la idoneidad técnica y humana de aquéllos que lo hacen y con una dotación y bagaje técnico que va más allá de simple buena voluntad.

La experiencia indica que cuando se ha perdido la capacidad protectora de la familia la responsabilidad del niño, niña o adolescente recae conjuntamente sobre todos los integrantes del Sistema de Atención Juvenil y la Comunidad, por medio de diferentes formas y niveles de organización y participación que van desde asociaciones y grupos con fines específicos en la materia, hasta asociaciones puramente comunitarias. Sin embargo, no se debe olvidar que la estrategia no está en sustituir a la familia, excluir, reprimir, o institucionalizar al niño, niña o joven, sino fortalecer su grupo familiar, y ofrecer oportunidades reales de desa-

rollo humano en lo que se refiere a la salud, escuela, cultura entre otros. La referencia está determinada por las condiciones de edad y situación jurídica.

En el caso de niños o niñas menores de 12 años estos deben ser remitidos de forma inmediata al Patronato Nacional de la Infancia. Sin embargo, la instancia de ingreso y referencia deberá estar en condiciones de atender esta población cuando por error policial o dificultades en determinar la edad reciba niños y niñas de esas edades.

En lo que se refiere a población mayor de 12 años, se debe determinar la legalidad de la detención y si corresponde o no ponerlo a la orden de los órganos jurisdiccionales. En el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal, en un plazo máximo de 24 horas deberán ser remitidos al Juzgado Tutelar de Menores. En el caso de situaciones no tipificadas por la ley y el joven se encuentre en situaciones de riesgo social, previo consentimiento del mismo, se le podrá ofrecer un programa de Desarrollo Humano, de acuerdo con sus necesidades. En ningún caso serán sometidos a "tratamientos" o "programas" en contra de su voluntad.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En relación con el tema de las alternativas de atención institucional para niños, niñas y adolescentes, es importante hacer dos observaciones. En primer lugar, puntualizar algunos aspectos en la discusión familia versus institución y, en segundo lugar, hacer algunas consideraciones sobre las funciones diagnósticas y clasificatorias.

En relación con la discusión familia versus institución, sin duda alguna la Convención de los Derechos del Niño es en extremo clara al definir que un derecho fundamental del niño, niña y adolescente es a su familia. Sin embargo, este derecho puede ser restringido cuando

hay un ejercicio omiso o abusivo de las responsabilidades parentales. En ese sentido se puede tomar como guía la frase de Bakunin: "El niño no es propiedad de los padres ni de la sociedad; el niño pertenece a su futuro en libertad". Porque frente al proceso tan usual de segregación del niño o adolescente existe, por un lado, una tendencia **ultrafamiliarista** que cree en la ubicación del niño o joven en la familia biológica a toda costa como alternativa la institucionalismo, sin precisar posibles condiciones de abuso familiar, y por otro lado, estaría la posición **ultrainstitucionalizadora** que hablaría de una cesión de los niños y jóvenes al Estado.¹⁸

18. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *op. cit.*

Las investigaciones con la población que entra en contacto con las autoridades policiales indican que el 33% de los niños y jóvenes tiene familias con recursos, el 34% no tiene recurso familiar, el 27% algún "posible recurso" y el 6% recursos secundarios. Es decir, aproximadamente el 60% no tiene en concreto recurso familiar, lo cual habla de la necesidad de buscar condiciones de apoyo para aquéllos que no cuentan del todo con recurso familiar.¹⁹

Igualmente, en investigaciones sobre las familias de jóvenes multirreincidentes, se ha encontrado que si bien un 88% recurren cuando egresan primero al grupo familiar, únicamente el 48% desea quedarse y el otro 48% manifiesta que algo "los impulsa a irse".²⁰

Por otro lado, a nivel institucional la percepción que tienen los jóvenes sobre el "tratamiento del centro de internamiento", en un 24% dicen haber obtenido capacitación académica, 32% conocimiento de sí mismo, 12% aprendizaje delictivo, 4% pérdida de libertad, 4% disciplina y un 24% dice que nada.²¹

Esto indica que el 56% de los jóvenes siente que su permanencia en el Centro les ha permitido algún tipo de preparación o capacitación. El 34% tiene una evaluación negativa de su permanencia en la Institución. A pesar de ello, el 88% de la población no desea estar en el Centro porque implica pérdida de libertad o sometimiento a normas.

En realidad sabemos que el poder de la familia y de la Institución, como estrategia de socialización, está en su poder mediatizador para transmitir la ideología. En este sentido idealmente la familia, conjuntamente con la educación, son los entes de socialización para cumplir con las tareas planteadas por el sistema social. Es acá donde creemos funcional un proceso de diagnóstico familiar y comunal que permita discernir la capacidad del grupo familiar y del contexto comunal para poner en jue-

go todo lo que legítimamente sirva, para que el niño y el joven se desarrollen con plenitud como seres humanos, incluyendo otras posibles opciones de acogimiento afectivo y como último recurso las opciones institucionales. Al respecto es importante enfatizar, en la necesidad de que estas opciones institucionales tengan como meta la reinserción del joven en su grupo familiar o un grupo sustituto cuando esto no sea posible.

Asimismo, tener presente que por ningún motivo, razones de tipo económico deben mediar, para limitar el ejercicio de las responsabilidades parentales.

Por el contrario, a menudo la verdadera solución a muchas de las necesidades de los jóvenes, está en el desarrollo integral del grupo familiar.

La segunda de las puntualizaciones se refiere a las clasificaciones psicocriminológicas que con frecuencia se utilizan en los procesos institucionales. La posición es que, a pesar de su "utilidad práctica" (que es posiblemente su principal argumento), en el fondo tienden a mecanizar y a trasladar, de manera imperceptible, las funciones jurídico-represivas y de "funcionalidad institucional" a un lenguaje pseudocriminológico que solo cumple finalmente una función técnico-estigmatizante.

No queremos con esto dejar la idea de que estamos en contra de las clasificaciones, sino a su utilización, porque en el mundo clasificatorio todo puede caber y, de esta manera, presentar aparentemente ordenados fenómenos que tienen su asiento explicativo en diferentes niveles.

Hoy día sabemos que las clasificaciones existen solo en el espacio clasificatorio y de ahí irradian hacia los referentes llamados niños, menores o internos. Entiéndase bien, decimos que solo existen en el espacio clasificatorio, no que no existen. Su materialidad es simbólica,

19. BEDOYA, Syndel y ALVARADO, Patricia, *op. cit.*

20. *Idem.*

21. *Idem.*

no existían antes de que se elaborase el concepto.²²

Pero es precisamente en su capacidad simbólica donde se produce el deslizamiento de las funciones represivas y de funcionalidad institucional a pseudolenguaje psicológico, produciendo una función no científica, aunque llamada con ese nombre, que cumple finalmente una función estigmatizante.

Pongamos un ejemplo: en las clasificaciones psiquiátricas se habla de: Psicosis alcohólica, neurosis histérica, trastornos de conducta de la infancia y desajuste social. Como podemos observar, la clasificación aparentemente ordena la realidad; pero lo que no explica es que aquí se está pasando del terreno de la biología al de la psicología y de este al jurídico penal, produciendo un efecto ideológico de borramientos de las diferencias.²³ Ahora bien, esto no significa, como señala Braunstein, que por pensar que esta empresa no es moralmente legítima, se deba abandonar a los ideólogos de la manipulación que se pretende combatir. La crítica moralista y abstracta, así como el rechazo de la "áspera vida terrenal" puede terminar haciendo un juego-cómplice a las arbitrariedades de lo cotidiano. Pero no por ello, se debe dejar planteado que las clasificaciones no

son el objeto de ninguna ciencia, sino las demandas de una intervención formulada a los técnicos y profesionales en una estructura social concreta.

En síntesis, la recepción y referencia de niños, niñas y adolescentes **no es un objetivo científico** sino una tarea práctica que responde a demandas concretas y que se pueden ejecutar **preferiblemente** con conocimiento científico para ello.

Lo que preocupa, en todo caso, es que se recubran de científicidad una serie de procedimientos que no lo son, porque, por el contrario, es probable que sea la ciencia la única que pueda sacarnos de este marasmo de ocultamiento ideológico al que estamos expuestos en las intervenciones institucionales del control social juvenil.

En ese sentido es ilustrativa la frase de Castilla del Pino que tal vez pueda explicar, en parte, nuestra posición y algunas posibles contradicciones en este discurso:

"...es cierto que la situación alienadora imposibilita de hacer más, pero lo que se trata en el auténtico proyecto no es de hacer lo que se podría hacer si la situación fuera otra, sino de hacer lo que se puede hacer en esta situación en la que estoy, para que deje así de ser los que es" (sic).²⁴

7. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Patricia y BEDOYA, Syndel, *"Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis F. González Flores"*, Universidad de Costa Rica, Escuela de Psicología, 1986.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita, *"Conocimientos y orden social, Criminología como limitación y Criminología de la Liberación"*, Editorial Universidad del Zulia, Venezuela, 1981; *"Criminología de la Reacción*

Social", Editorial Universidad del Zulia, Venezuela, 1977.

BRAUNSTEIN, Néstor, *"Psicología, Ideología y Ciencia"*, Editorial Universidad Siglo XXI, México, 1975; *"Psiquiatría, Teoría del Sujeto, Psicoanálisis (hacia Lacán)"*, Editorial Siglo XXI, México, 1980.

BRENES BLANCO, Emilia, *"Análisis de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Legislación sobre Derechos Hu-*

22. BRAUNSTEIN, Néstor, *"Psiquiatría, Teoría del Sujeto, Psicoanálisis (hacia Lacán)"*, Edt. Siglo XXI, México, 1980.

23. BRAUNSTEIN, Néstor, *op. cit.*

24. (3) CASTILLA DEL PINO, 1983.

manos", tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984.

DIRECCIÓN DE PREVENCIÓN, *"Informe de Labores del Programa de Prevención"*, Editorial D.G.A.S., Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1986, *"Estadísticas: Centro Luis Felipe González Flores, Centro Amparo de Zeledón, Centro de Diagnóstico del Menor en Riesgo Social y Programa de Atención al Menor en Comunidad"*, D.G.A.S., Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1985.

DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *"Detención y Pre-diagnóstico del Menor Infractor"*, en **Curso para Personal de Centros de Menores Infractores**, del 7 al 12 de diciembre 1981, Editorial ILANUD, San José, Costa Rica, 1981.

GABALDÓN, Luis G., *"Detención y respuesta policial en el contexto de un sistema penal fragmentario. Una exploración preliminar en Venezuela"*, Editorial ILANUD, diciembre, 1984.

NACIONES UNIDAS, *"Informe del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente"*, 121/122, Milán, Italia, 1985,

"Adultos Jóvenes delincuentes", Nueva York, 1965.

RICO, José María, *"Crimen y Justicia en América Latina"*, Editorial Siglo XXI, México, 1977.

RUIZ JIMÉNEZ, Cortés Joaquín y otros, *"Los problemas del Menor inadaptado y marginado socialmente"*, Ponencias en el curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Editorial Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1983.

TANNEBAUM, Frank, *"Crime and Community"*, primera edición, 1982.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario y otros, *"Centro Nacional de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social"*, Editorial D.G.A.S., Ministerio de Justicia, 1986.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario, *"El sistema de Justicia Juvenil en Costa Rica"*, Editorial D.G.A.S., Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, marzo de 1987.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario, *De la Convención a la Acción: Aportes metodológicos para el Análisis y Reformulación del Marco Jurídico Nacional a la ley de los Derechos Humanos de la Niñez*, Editorial UNICEF, Guatemala, 1994.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



CONSIDERACIONES SOBRE FONDOS DE INVERSIÓN*

LIC. VIRGILIO BENAVIDES LÓPEZ**
LICDA. ZULLY ZÚÑIGA CONTRERAS

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Resumen.

El presente trabajo, tiene como tema central la creación de una sociedad de fondos de inversión en el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, cuyo fin radica en la administración de estos fondos, lo cual reviste gran importancia por la urgente necesidad que tiene el Mercado de Valores de encontrar salidas para desarrollarse por medio de nuevos productos bursátiles. Esta necesidad también es urgente para el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, ya que el hecho de contar dentro de sus planes con un fondo de inversión es un argumento que los promotores del proyecto deben llevar a la realidad lo más pronto posible por las siguientes razones:

a) El éxito que han demostrado los fondos de inversión en los mercados financieros mundiales y nacionales es una garantía de que en el país se puedan obtener resultados satisfactorios con su funcionamiento que

coadyuven al desarrollo del Mercado de Valores.

- b) La creación de sociedades de fondos de inversión para que administren estos fondos, es una iniciativa que están llevando a cabo las empresas del ramo, sin embargo las que no cuenten con ellos estarán en gran desventaja respecto a las demás, porque verán limitadas sus oportunidades de negocios ahora que el mercado presenta otras condiciones como limitaciones para el acceso a subastas, emisiones por captación cerrada por bolsa, otras.
- c) Ante la gran competencia en la captación de recursos del público a gran escala que presentarán los bancos del Estado y los bancos privados en el mercado de dinero, el Banco Popular tendrá que contar a la mayor brevedad con una estrategia de capitalización y crecimiento.
- d) Los pequeños inversionistas se beneficiarán con el fondo, ya que la sociedad admi-

* BENAVIDES, Virgilio y ZÚÑIGA, Zully, "Creación de una sociedad de fondos de inversión y un fondo de inversión en el Banco Popular y de Desarrollo Comunal", Tesis de Graduación, Universidad de San José, San José, Costa Rica, enero 1998.

El presente trabajo contiene extractos de la tesis mencionada y su publicación tiene como fin dar a conocer las principales características de los fondos de inversión. Es importante hacer notar la naturaleza pública del Banco Popular, ya que la reforma a Ley Reguladora de Mercado de Valores proporciona los mecanismos legales para que las instituciones públicas del ramo puedan constituir sociedades de fondos de inversión para que administren fondos de inversión. Lo cual antes de finalizar esta tesis tenía sus limitaciones legales para poder realizarse. Los anexos que se mencionan se pueden localizar en la tesis original, en la biblioteca de la Universidad de San José.

** El Lic. Virgilio Benavides López labora para el Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial y la Licda. Zully Zúñiga Contreras para el puesto de bolsa del Banco Popular.

nistradora podrá cubrir, al atenderlos en conjunto, los costos que generan las transacciones que individualmente resultan onerosas y además brindar una gama de oportunidades de inversión que cada uno por separado no podría realizar.

- e) El Banco Popular tendrá con el fondo de inversión una nueva fuente de ingreso, consolidará sus clientes y diversificará sus inversiones.
- f) Los fondos de inversión contribuyen al Producto Interno Bruto en alguna medida, aun cuando la cantidad de fondos que se encuentran en funcionamiento en Costa Rica es todavía pequeña. También fortalecen la democratización económica, pues incrementan la cantidad de personas físicas que conforman los fondos, que en el país representan cerca del 90% de la totalidad de inversionistas que componen todos los fondos existentes.

La creación de fondos de inversión, en estos momentos cruciales del desarrollo del Mercado de Valores, constituye un valioso aporte para las expectativas de este mercado, pero estos necesitan operar en un ambiente propicio para las inversiones, por lo cual la economía del país tiene que experimentar cambios radicales en su modelo tradicional de desarrollo.

Hace algunos años que se inició la globalización y la apertura de los mercados, el país se ha esforzado por hacer los ajustes necesarios para poder competir en los mercados internacionales, cuya tecnología, sistemas de información, la infraestructura, la competitividad, otros, evolucionan constantemente. Estos esfuerzos no han sido suficientes para que Costa Rica alcance el nivel competitivo que le permita gozar de los beneficios que genera la apertura de mercados; son muchas las barreras que impiden lo anterior: condición de país en desarrollo, la carencia de recursos naturales indispensables y las desventajas geográficas, culturales, organizacionales y tecnológicas en relación con los países desarrollados.

Las angustias generadas por la situación económica actual evidencia que no se prepa-

ró la plataforma necesaria para recibir la invasión de los productos y la inversión foránea, que si bien han encontrado un clima de paz y estabilidad política, también han topado con fuertes limitantes con el exceso de leyes, reglamentos, impuestos, trámites burocráticos, servicios costosos y obsoletos, infraestructura en mal estado, entre otros, todo esto impide el desarrollo equilibrado de cada sector de la economía. Uno de los sectores más afectados es el financiero, dentro del cual, los dirigentes del Mercado de Valores se esfuerzan por encontrar la forma de incorporar nuevas actividades, que lo impulsen, al igual que a la economía, hacia un desarrollo cuya planificación le asegure su perpetuidad.

Ante la situación anterior, el gran reto para los gobernantes es emprender la búsqueda y aplicación de los elementos necesarios para contrarrestar los problemas que están perjudicando la economía, mediante una planeación acertada, la creación de leyes y mecanismos dinámicos, emerja un nuevo modelo de desarrollo, en donde imperen la innovación y el pragmatismo, factores claves en un mundo en constante evolución. El déficit fiscal, la deuda interna, la desigualdad de las concesiones legales entre la banca estatal y la banca privada, la falta de control del gasto público, la carencia de leyes ágiles y equitativas en los diferentes sectores, la deuda externa, etc., son aspectos que el gobierno debe atender de inmediato y buscar soluciones apolíticas, justas y necesarias, si desea que haya un crecimiento real de la economía que permita una apertura de mercados, en el que el riesgo y la inseguridad no sean obstáculos para la inversión.

Aunque la apertura de mercados se inició hace algunos años, el mercado financiero costarricense no ha encontrado el clima propicio para su desarrollo, por las razones antes expuestas y además la actividad bursátil en el Mercado de Valores se ha visto afectada por limitantes que le impiden acelerar su crecimiento, como por ejemplo, la naturaleza familiar de las empresas, que ha estancado el desarrollo del mercado accionario y que por el contrario ha motivado las operaciones a corto plazo y de deuda. Por esta razón quienes tienen a cargo

la regulación y el desarrollo del Mercado de Valores han puesto gran interés en el crecimiento del mercado de capitales y del mercado accionario, la creación de fondos de inversión y otras alternativas que permitan forjar el futuro de este importante sector económico. Todo lo anterior, junto con las reformas a la legislación sobre la actividad bursátil y la banca, ayudarían a una evolución gradual del sistema financiero, paralela a la de los sistemas internacionales, lo que permitiría un mayor acceso a dichos mercados foráneos.

Los fondos de inversión que entrarán en operación sufrirán los efectos de la apremiante situación económica, afrontarán las nuevas disposiciones de los entes reguladores y la competencia; estos aspectos se deberán contemplar en el momento de la creación de los nuevos fondos. Los fondos de inversión por sus características tanto en la teoría como en la práctica son un gran atractivo financiero para los inversionistas pequeños, medianos y grandes, porque encuentran en ellos una forma sencilla y segura de colocar sus capitales para que sean trabajados en grandes proporciones.

Los fondos de inversión han operado con mucho éxito en diversas economías, principalmente desarrolladas, de ahí su valioso aporte en el desarrollo de los mercados de valores de los países donde funcionan. En Costa Rica esta modalidad de inversión se inició hace algunos años y en mayo de 1997 funcionaban 38 fondos de variados tipos en el sector privado, los cuales han logrado salir adelante según la información que publican sus administradores conforme lo dispone la ley.

El Banco Popular analizará la posibilidad de crear una sociedad de fondos de inversión, cuyas condiciones legales para su creación son las de la sociedad anónima. Éste cuenta con su Puesto de Bolsa, su operación se inició hace más de dos años, y sería el ente que prestaría los servicios a esta sociedad. El fondo de inversión del Banco Popular se sumaría a otros que están en trámite de creación, los que junto con los ya existentes, llenarían las expectativas de los dirigentes del Mercado de Valores en cuanto a dar impulso a este tipo de entes financieros. La creación del fondo dependerá no sólo

de la aprobación de la Comisión Nacional de Valores, sino de un estudio profundo de la competencia, del análisis de las leyes existentes al respecto y del cuidado de una economía que necesita que su curva de crecimiento ascienda rápidamente.

Aunque aparecen los fondos de inversión en la empresa privada y otros tipos de fondos con estructuras funcionales similares a éstos, no existen fondos de inversión en las instituciones públicas del ramo, de manera que si estas llegaran a poner en funcionamiento tales entes aportarían un gran beneficio al desarrollo del Mercado de Valores.

El Banco Popular analizaría, además, la posibilidad de crear una familia de fondos de inversión, para lo cual podría utilizar las sucursales y oficinas periféricas con que cuenta en el país, lo que estaría condicionado a la situación que ofrezca la economía en el futuro y el grado de desarrollo que alcance el Mercado de Valores, ya sea en el ámbito nacional como en su relación con los mercados internacionales.

Para los efectos de esta tesis los siguientes nombres se acortarán como sigue:

- i) Banco Popular y de Desarrollo Comunal como: Banco Popular.
- ii) Puesto de Bolsa del Banco Popular como: Puesto de Bolsa.
- iii) Fondo de Inversión del Banco Popular como: El Fondo.
- iv) *De igual manera cuando se mencione un fondo se entenderá como un fondo de inversión y no como otro tipo de fondo.*

1.2. Problema.

«La creación de una sociedad de fondos de inversión en el Banco Popular para que administre fondos de inversión, ante las limitaciones legales contenidas en la legislación vigente para la creación de dichas sociedades en instituciones del Estado».

1.3. Objetivo general.

Analizar la legislación existente en Costa Rica para la creación de sociedades de fondos de inversión en nuestro país.

1.4. Objetivos específicos.

1.4.1. Determinar el tipo de fondo de inversión que se adaptará a las necesidades de los clientes del Banco Popular.

1.4.2. Elaborar el prospecto del fondo de inversión para definir las principales características que lo identificarán.

2. ANTECEDENTES

2.1. Reseña histórica del Banco Popular.

El Banco Popular se creó mediante la Ley número 4351 del 11 de julio de 1969 y es propiedad de todos los trabajadores según lo dispone esta ley. Con un aporte del propio trabajador, otro del patrono y la operación normal del Banco, esta institución creció en forma acelerada hasta convertirse en una institución de gran competitividad, que ofrece múltiples servicios, tal como lo hacen los bancos más antiguos del Sistema Bancario Nacional y la banca privada. (Ver anexo N° 8). De acuerdo con su objetivo de brindar protección económica, el Banco Popular le otorga créditos al trabajador para que cubra necesidades que mejoren su calidad de vida, facilitando con dichos préstamos la obtención de vivienda, el acceso a la educación, la creación de empresas y actividades que le sirvan como medio de vida y le garanticen bienestar permanente.

El capítulo 1 de la Ley Orgánica del Banco Popular estipula lo siguiente: «...El Banco Popular es propiedad de los trabajadores por partes iguales y el derecho a la copropiedad estará sujeto a que hayan tenido una cuenta de ahorro obligatorio durante un año continuo o en períodos alternos. Los ahorrantes obligatorios participarán de las utilidades y por medio de sus organizaciones sociales en la designación de sus directores». (1). (Ver anexo N° 5).

2.1.1. Objetivo del Banco Popular.

El objetivo del Banco Popular quedó plasmado en el párrafo segundo, artículo 2 del capítulo 1 de su Ley Orgánica que dice: «El Banco tendrá como objetivo fundamental dar protección y bienestar a los trabajadores, mediante el fomento del ahorro y la satisfacción de sus necesidades de crédito. Con este propósito procurará el desarrollo económico y social de los trabajadores para lo cual podrá conceder

créditos para necesidades urgentes, así como para la participación del trabajador en empresas generadoras de trabajo que tengan viabilidad económica. Asimismo podrá financiar programas de desarrollo comunal». (2)

2.1.2. Marco legal del Banco Popular.

El Banco Popular se rige por su ley orgánica, pero es importante destacar lo que dicta el primer párrafo, artículo 2 del capítulo 1:

«El Banco Popular y de Desarrollo Comunal es una institución de Derecho Público, no estatal, con personería jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía administrativa y funcional. Su funcionamiento se regirá por las normas del Derecho Público». (3). (Ver anexo N° 5).

Es claro que la ley otorga amplias atribuciones al Banco Popular para que actúe con suficiente autonomía al decidir sobre los destinos de la institución, en especial cuando se trata de diversificar sus operaciones, para hacer frente a la competencia que presentan las demás entidades bancarias y todas las que componen el sistema financiero. El Banco es autosuficiente, ya que los ingresos que obtiene le dan la liquidez necesaria para seguir operando y llevar a cabo los proyectos que exige la modernización bancaria.

2.1.2.1. Dirección y Administración.

El capítulo III de la Ley Orgánica del Banco Popular, alusivo a la Dirección y Administración inicia con el artículo 14 que estipula lo siguiente en su primer párrafo:

«La orientación de la política general del Banco corresponderá a la Asamblea de los Trabajadores, su definición a la Junta Directiva Nacional y la Administración a la Gerencia General».

Igualmente el artículo 14 bis expresa en su aparte a):

"Son funciones de la Asamblea de los Trabajadores:

- a) Señalar las pautas generales que orienten las actividades del Banco.
- b) Designar a cuatro directores ante la Junta Directiva conforme con el artículo 15 de esta ley".

En lo referente a la Junta Directiva Nacional el artículo 15 dicta lo siguiente:

"La Junta Directiva Nacional estaría integrada por:

- a) Tres Directores de nombramiento del Poder Ejecutivo.
- b) Cuatro directores designados por la Asamblea de los Trabajadores y ratificados por el Poder Ejecutivo. (Así reformado mediante Ley 7031 del 14-4-86)".

El artículo 16 expresa:

"Los miembros de la Junta Directiva Nacional durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelectos".

El artículo 24 expresa lo siguiente en lo referente a los atributos de la Junta Directiva Nacional:

"Son atributos de la Junta Directiva Nacional:

- a) Formular la política general del Banco de acuerdo con la ley y su Reglamento.
- b) Aprobar los reglamentos de organización y funcionamiento del Banco.
- c) Integrar las comisiones especiales de estudio que considere convenientes.
- ch) Conocer y aprobar el presupuesto anual de la institución y someterlo a la aprobación de la Contraloría General de la República.
- d) Calificar las solicitudes presentadas y conceder créditos a las personas físicas o jurídicas que determinen esta ley.
- e) Aceptar transacciones judiciales y extrajudiciales.
- f) Fijar las normas a las Juntas de Crédito Local en materia técnica.
- g) Otorgar al Gerente General y a los Subgerentes los poderes necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

- h) Todas las demás que correspondan por naturaleza o que le sean asignadas por Ley o por Reglamento".

El artículo 25 expresa sobre la Junta Directiva Nacional lo siguiente:

"La Junta Directiva Nacional tiene plena facultad para reglamentar todo lo concerniente a su organización, funcionamiento, política de inversiones y demás extremos necesarios para el cumplimiento de los fines que le señala esta Ley."

En lo concerniente al Gerente General y a los Subgerentes el artículo 26 expresa:

"La administración del Banco estará a cargo de un Gerente General y de hasta dos Subgerentes quienes deberán reunir los siguientes requisitos.

- a) Ser costarricense.
- b) ...etcétera."

Respecto a lo anterior, el párrafo 2 del artículo 27 señala:

"El Gerente General tendrá a su cargo la ejecución de los acuerdos tomados por la Junta Directiva Nacional y las labores administrativas inherentes a su cargo. Además, tendrá la representación judicial y extrajudicial del Banco".

Es claro que la Junta Directiva Nacional tiene mayores facultades que la Asamblea Nacional de Trabajadores y que la Gerencia, para decidir los destinos del Banco Popular, ya que la primera define las políticas, la segunda las orienta y la Gerencia ejecuta acuerdos de la Junta Directiva. Lo anterior no significa que los señalamientos de la Asamblea carezcan de peso, por el contrario, la Junta Directiva tiene que acoger para su análisis las propuestas de la Asamblea, las cuales ésta formula conforme a la Ley Orgánica del Banco Popular. (Ver anexo N° 5).

Para los efectos de este trabajo, la Junta Directiva Nacional, u otra agrupación conformada dentro del Banco Popular tendrá que asumir la representación, como Consejo de Administración, de la sociedad de fondos de inversión para poder constituir la como sociedad anónima en la escritura constitutiva.

2.2. Reseña histórica del Puesto de Bolsa del Banco Popular.

El Banco Popular en sus veinticinco años de operación se ha proyectado hacia la comunidad nacional, a la que ha dirigido los múltiples servicios que brinda y ha contribuido con su quehacer, al desarrollo del sistema productivo costarricense y del sistema financiero con la consiguiente incidencia incremental en el Producto Interno Bruto (PIB).

El Banco Popular ha poseído desde algunos años posteriores a su creación, una ventaja competitiva en relación con el resto de los demás bancos estatales, en lo que a la concesión de créditos se refiere. Esta ventaja se ha dado gracias a la tecnología aplicada y otros factores organizativos. Si bien el Banco Popular ha tenido esta ventaja, también tuvo una desventaja de esta índole hasta el año 1993, ya que los demás bancos estatales lo aventajaron a partir de 1983 con concesiones para la explotación de servicios bursátiles en la Bolsa Nacional de Valores. La Institución, ante esta situación tenía una debilidad que debía superar con la obtención de tal concesión para la explotación de dichos servicios. Para este propósito decidió crear un Puesto de Bolsa que permitiera a todo tipo de inversionista poder solventar los problemas de liquidez en el menor tiempo posible.

A finales de 1993 mediante el proceso de remate de puestos de bolsa, el Banco Popular logró adquirir su concesión en la Bolsa Nacional de Valores con un costo de quince millones de colones exactos (¢15.000.000,00).

El Puesto de Bolsa del Banco Popular inició sus operaciones en mayo de 1994 y en los tres meses siguientes logró ubicarse en los seis primeros lugares de la Bolsa Nacional de Valores.

En dos años y medio de labores el Puesto de Bolsa ha incorporado tres mil quinientos clientes de diferentes características, a quienes se les ofrecen todos los servicios que brindan los puestos de bolsa privados.

Para su operación cuenta con un sistema de informática adecuado a las necesidades del mercado y el personal posee capacitación en el área financiera y bursátil. Su crecimiento

acelerado lo ha colocado en una posición consolidada a nivel nacional.

El Puesto de Bolsa formaría parte de la infraestructura necesaria para el funcionamiento de un fondo de inversión. El otro componente sería la sociedad de fondos que asumiría la administración de éstos en una combinación de funciones con el Puesto de Bolsa.

2.3. Reseña histórica del Mercado de Valores costarricense.(4)

Los esfuerzos por organizar el Mercado de Valores costarricense se iniciaron en 1943, cuando se autorizó por ley la creación del Mercado de Valores.

La necesidad de contar con un lugar físico donde llevar a cabo las transacciones culminó con la fundación de la primera bolsa de valores en 1945, sin embargo ésta nunca entró en funcionamiento.

Para 1949 se registró la Bolsa de Valores de San José con un capital de seiscientos mil colones exactos (¢600.000,00) de los que se suscribieron ciento setenta y cinco mil colones exactos (¢175.000,00). Esta bolsa se ubicó en la Caja de Amortización de la Deuda Pública y operó durante un año con transacciones de Bonos de Refundición de Deuda Interna, serie «D».

Después de un período de inactividad, en 1964 se promulgó la legislación sobre las bolsas de valores cuando entró en vigencia el capítulo de «Bolsas de Comercio» del Código de Comercio.

Se presentó después otro receso en la actividad bursátil y en 1968 la empresa Corporación Costarricense para el Financiamiento Industrial, S.A. (COFISA), con la autorización del Banco Central, emprendió el desarrollo del mercado accionario, con la utilización por primera vez de la legislación que se promulgó en 1964.

El programa consistió en el impulso del mercado accionario, con empresas que debían tener por lo menos cinco años en el mercado y haber pagado dividendos en los dos últimos años.

Entre las empresas participantes estaban la Industria Nacional de Cemento, Líneas Aé-

reas Costarricenses Sociedad Anónima, Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima y COFISA. Se hacían publicaciones dos veces al mes, de licitaciones de compra y venta de acciones, en las cuales se especificaban el nombre de la compañía, el número de acciones licitadas u ofrecidas, el valor facial y el precio de venta. Los pocos participantes y la dificultad para determinar el precio de las acciones por las pocas negociaciones hizo que este programa tocara su fin en 1970.

Al finalizar el programa anterior, algunos afiliados a la Cámara Nacional de Finanzas, Inversiones y Créditos (CANAFIC) con José María Arce como impulsor, se dieron a la tarea en el mes de febrero de 1970, de establecer una bolsa de comercio basados en el Código de Comercio. La escritura constitutiva se aprobó en setiembre de ese año para establecer la Bolsa Nacional de Valores, que se constituyó el 4 de febrero de 1971, con un capital aproximado de ₡125.000,00 (ciento veinticinco mil colones exactos), divididos en cincuenta acciones nominativas de dos mil quinientos colones cada una, proyecto al que sólo le restaba elaborar su reglamento.

En setiembre de 1972 el Banco Central autorizó el «Reglamento para la Negociación de Acciones y Títulos Valores» elaborado por CANAFIC. Para ese entonces se creó Corporación de Desarrollo S.A. (CODESA), corporación que entre otros objetivos tenía el de desarrollar el mercado de capitales, por ello el Poder Ejecutivo le encargó la operación de la Bolsa.

En 1973 nace formalmente la Bolsa Nacional de Valores (BNV) y en enero de 1974 CODESA compró la totalidad de las acciones en doscientos ochenta mil colones exactos (₡280.000,00) en cuyo monto se incluyó el derecho de llave de CANAFIC. La Bolsa no entró en operación en ese momento y en marzo de ese año se planteó ante la asamblea de accionistas el proyecto para que la Bolsa Nacional de Valores entrara en operación.

En agosto de 1975 se nombró el primer consejo directivo y en noviembre de ese año Adrián Hidalgo se convirtió en el primer gerente, luego se le pidió ayuda a la Organización de

los Estados Americanos (OEA) para realizar el estudio de factibilidad.

El 19 de agosto de 1976 se celebró la primera sesión de Junta Directiva y se arrendó un local en la Avenida Central contiguo al Cine Capri. En este año la primera empresa que se inscribió en la Bolsa fue Atlas Eléctrica con un valor por acción de cinco colones exactos (₡5,00).

En setiembre de 1977 la Bolsa cambió de dueño cuando CODESA vendió el sesenta por ciento de las acciones a inversionistas privados.

En 1993 la Bolsa pasó totalmente a la empresa privada, ya que ésta adquirió el cuarenta por ciento de las acciones que poseía el sector público.

Esta breve reseña de la actividad bursátil en el Mercado de Valores del país es testigo de los esfuerzos que algunas personas visionarias hicieron por incorporar a la economía nacional un sector que en otros países ya poseía muchos años de estar en función y en desarrollo, con bolsas debidamente organizadas en donde llevar a cabo las transacciones.

Aunque se considera 1943 el año en que se iniciaron estos intentos, no fue hasta 1976 cuando la Bolsa comenzó a funcionar (en 1996 celebró sus veinte años), es decir, tenemos una Bolsa bastante joven que se esfuerza por crecer dentro de una economía que lucha por solucionar los agudos problemas que posee actualmente.

Actualmente funciona también la Bolsa Electrónica de Valores, esta maneja gran cantidad de operaciones en competencia con la Bolsa Nacional de Valores.

2.4. Origen de los fondos de inversión.(5)

A través de la historia, los inversionistas han buscado las mejores opciones para colocar su dinero y obtener el rendimiento esperado al menor riesgo. Así, desde el siglo XVIII han contado con los fondos de inversión, cuando comenzaron a operar en Holanda en forma similar como lo hacen en nuestros días. Todo iniciaba con un ofrecimiento público de valores mobiliarios a ahorrantes pequeños y medianos en forma fraccionada. Los valores permanecían

en custodia en una sociedad administradora y el inversionista tenía derecho a una parte alícuota de los certificados depositados.

Desde aquel entonces hasta la fecha, la variación experimentada por los fondos ha sido en cuanto a los tipos que ahora existen. En países desarrollados como los Estados Unidos, los fondos de inversión se han constituido en el principal producto del mercado de capitales y en la segunda industria del sistema financiero de ese país.

En otros países desarrollados los fondos de inversión manejan grandes volúmenes de activos y cuentan con gran cantidad de inversionistas pequeños, medianos y grandes.

Dada la trayectoria de los fondos en las economías desarrolladas, en los países de escasos recursos se intenta promover su creación, como una alternativa para desarrollar sus mercados de valores. Tal es el caso de Costa Rica que cuenta desde hace algunos años con varios fondos en operación en la empresa privada y hay algunos que están en vías de aprobación por parte de la Comisión Nacional de Valores.

2.5. Consideraciones generales de los fondos de inversión.

Los fondos de inversión, como alternativa de inversión, ofrecen a los inversionistas una gama de opciones generadas por los diferentes tipos de fondos que se pueden crear, por tanto permite satisfacer las diferentes necesidades de inversión que ellos demandan.

2.5.1. Concepto de fondo de inversión.

En el Reglamento de Sociedades de Fondos de Inversión para el Otorgamiento de Concesión, artículo 6, que emitió la Comisión Nacional de Valores se definió el fondo de inversión de la siguiente manera:

«Es el patrimonio integrado por personas físicas y jurídicas para su inversión en títulos valores de oferta pública y otros documentos y activos que autorice la Comisión Nacional de Valores, que administra una sociedad de fondos de inversión por cuenta y riesgo de los aportantes, quienes son los propietarios del patrimonio en proporción a su aporte».(6)

De acuerdo con la definición anterior el carácter patrimonial brinda al poseedor de los activos y pasivos del fondo la calidad de propietario de éste. Dicha posesión es proporcional al volumen de activos, al volumen de pasivos, al riesgo, a los beneficios y a las pérdidas que su inversión pueda producir, razones por las que no se da la relación acreedor-deudor que sí existe en otras actividades mercantiles.

Los fondos de inversión ofrecen ventajas y beneficios como los siguientes:

- 1) Por ser un patrimonio formado por recursos de varios inversionistas pueden efectuar transacciones mayores a las que podría realizar un inversionista individual.
- 2) El inversionista individual reduce el riesgo de su inversión al invertir en un fondo, por razón de la diversificación de la cartera y la unión de los capitales de los demás propietarios.
- 3) Los fondos facilitan el análisis del mercado, por la sencillez de su operatividad y por la rapidez con que se obtiene la información requerida por las diferentes instituciones y el mismo fondo.
- 4) Por las múltiples ventajas de los fondos, tales como el patrimonio colectivo, la diversificación de la cartera y la reducción del riesgo se tendrán mejores opciones para los diferentes inversionistas, ya sean pequeños, medianos, grandes, personas físicas o personas jurídicas.

2.5.2. Objetivos de los fondos de inversión.

El objetivo primordial de los fondos de inversión es hacer partícipe al inversionista individual de los beneficios que generan las inversiones en grandes proporciones, cuando se unen los aportes monetarios de inversionistas pequeños, medianos y grandes en el fondo. Para tal fin, la entidad cuenta con una administración profesional que realiza la planeación necesaria para lograr la diversificación de los portafolios que proporcione un rendimiento máximo esperado con un riesgo mínimo.

De lo anterior se desprenden también otros fines de suma importancia para la operación del fondo:

a) Rentabilidad atractiva.

Para la consecución de este propósito se realizan inversiones en títulos valores que generen los rendimientos más convenientes. No obstante, es necesario aclarar que un fondo de inversión no garantiza un rendimiento, que además es variable.

b) Liquidez.

Un fondo de inversión puede obtener liquidez mediante las siguientes opciones:

- i) Al utilizar los recursos que mantenga a la vista: Operaciones de Administración Bursátil (OPAB), Cuentas de Administración de Valores (CAV) y Operaciones de Mercado Electrónico del Dinero (OMED).
- ii) La venta de los títulos valores por medio de los mercados bursátiles.
- iii) La utilización de sobregiros bancarios y líneas de crédito.

c) Seguridad del inversionista.

La seguridad del inversionista se basa fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- i) Existencia del prospecto.
- ii) La información referente a la sociedad de fondos de inversión y al fondo es pública, lo que le permite evaluar el desempeño que estos van teniendo.
- iii) Los títulos valores deben custodiarse en una central de valores.

d) Diversificación del riesgo.

El riesgo se distribuye al realizar inversiones en porcentajes adecuados en los diferentes sectores de la empresa privada y en el sector público.

El nivel del riesgo se evalúa por actividad y las inversiones se efectúan en el mayor número posible de empresas que cumplan con las condiciones establecidas para ser seleccio-

nadas, en la selección de éstas en donde invertirá el fondo, conviene considerar los aspectos como: la clasificación que tienen, el historial de cada una, su bursatibilidad en las bolsas, otros.

e) Transparencia.

El prospecto le brindará al inversionista la información sobre sus derechos y obligaciones para con el fondo. La administración velará por mantener en forma permanente la composición de la cartera activa que respalda el patrimonio del fondo, de igual forma lo hará con los rendimientos de los inversionistas a quienes les suministrará toda la información necesaria acerca del fondo.

El contenido del prospecto define los límites en la toma de decisiones del administrador del fondo en lo que se refiere a inversiones y administración, por cuenta de los aportantes del fondo. Si se incumplieran las reglas y los compromisos que se han establecido en el prospecto, el inversionista puede obligar a la liquidación del fondo y cambiar la administración o que se le redima su participación al precio del día sin recargo alguno.

La transparencia se refuerza aún más con las leyes y reglamentos que establecen los requisitos, que tanto el fondo como su sociedad administradora tienen que cumplir para inscribirse en la Comisión Nacional de Valores.

Por medio de los aportes patrimoniales, el inversionista adquiere derechos de propiedad; la contabilidad, los registros, las operaciones e información del fondo, le conciernen y los tiene disponibles para su consulta y aclaración en todo momento. La situación anterior es contraria a la relación de un acreedor con su emisor cuando este último se encuentre en quiebra, entre en liquidación o cesación de pago; pues mientras la ley no ordene su intervención, la información que necesite el acreedor puede ser negada por el emisor si la considera secreta y confidencial.

Por último, la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores garantiza que el fondo cumpla con las leyes y normas existentes de acuerdo con los derechos y obligaciones del inversionista, así también que sus actividades y su administración se lleven a cabo de la me-

jor manera y el manejo del fondo sea claro, justo, equitativo y profesional.

La misión de la Comisión Nacional de Valores debe ser amplia y clara en la divulgación de las características, ventajas, desventajas y riesgos del fondo, de tal forma que el inversionista tenga pleno conocimiento de sus decisiones y de las consecuencias de su participación en cualquier tipo de fondo que haya seleccionado.

2.5.3. Tipos de fondos de inversión.

Existen en la actualidad cerca de cuatrocientos tipos de fondos en todo el mundo. En Costa Rica la Comisión Nacional de Valores, mediante el documento "Información Requerida en el Prospecto de un Fondo de Inversión", faculta la creación de varios tipos de fondos de inversión, cuya clasificación se ha hecho de acuerdo con diferentes criterios:

a) *Por su naturaleza jurídica:*

- Fondos de estructura patrimonial.
- Fondos de estructura contractual.

b) *Por la integración de su capital o patrimonio:*

- Fondos de capital abierto.
- Fondos de capital cerrado.

c) *Por la composición de la cartera:*

- Fondos de cartera fija.
- Fondos de cartera abierta.

d) *Por el pago de comisiones de venta:*

- Fondos con cargo.
- Fondos sin cargo.

e) *Por su política de inversión:*

- Fondos de renta variable.
- Fondos de renta fija.

Los siguientes fondos se ubican en alguna de las categorías anteriores:

a) *Fondos de mercado de dinero:* Este fondo invierte en valores de muy corto plazo, alta liquidez y bajo riesgo. De acuerdo con los

valores en los que invierte se presentan diferentes subcategorías.

b) *Fondos municipales:* Realizan inversiones en bonos municipales.

c) *Fondos de inversión exentos:* Invierte sólo en valores libres de impuesto.

d) *Fondos balanceados:* Se hace una diversificación entre bonos, acciones comunes y preferentes de diversos sectores económicos.

e) *Fondos gubernamentales:* Las inversiones son en valores emitidos por el sector público.

f) *Fondos de ingreso:* Invierten en bonos con cupón de intereses y en acciones preferentes con historial de dividendos periódicos. Se realiza una distribución mensual o trimestral en su totalidad entre los participantes.

g) *Fondos de ingreso de renta fija:* Su inversión es únicamente en bonos con pago periódico de intereses.

h) *Fondos de ingreso de renta variable:* Las inversiones son sólo en acciones con historial de pago periódico de dividendos.

i) *Fondos de crecimiento (o de crecimiento agresivo):* Las inversiones que realiza son en acciones de empresas en crecimiento sostenido que por lo general reinvierten los dividendos.

j) *Fondos internacionales:* Invierten en valores diversificados a nivel mundial.

k) *Fondos país:* Invierten en activos diversificados dentro de un país extranjero.

l) *Fondos regionales:* Invierten en activos diversificados de un grupo de países o una región. Ejemplos: Asia Menor, América Latina, Asia, Europa Central, etc.

m) *Fondos accionarios:* Invierten solo en acciones, cuyos criterios de selección son muy diversos.

n) *Fondos inmobiliarios:* Las inversiones son en valores con respaldo hipotecario, bienes inmuebles, hipotecas u otros cuyo respaldo está ligado a hipotecas o bienes raíces.

ñ) *Fondos de capital de riesgo:* Invierten en proyectos y empresas nuevas que hace que el riesgo sea elevado.

- o) *Fondos de inversión de índice*: Invierte en valores emitidos por empresas que están incluidas en los índices de bolsa. Ejemplos: Dow Jones, Standard & Poor, etc.
- p) *Fondos de inversión sectoriales*: Invierten en valores, principalmente acciones o deuda, de empresas de un determinado sector. Ejemplo: petroleras, metalúrgicas, hidroeléctricas, etc.
- q) *Megafunds o fondos de fondos*: Invierten mayoritariamente en fondos de inversión.

Con base en las clasificaciones anteriores se escogerá el tipo de fondo más adecuado para el Banco Popular, de acuerdo con su condición de institución pública, las características de sus clientes, además de las condiciones legales, la situación del Mercado de Valores y de la economía en general que impera en estos momentos.

2.5.4. *Sociedades de fondos de inversión.*

El artículo 1 del Reglamento para el Otorgamiento de las Sociedades de Fondos de Inversión emitido por la Comisión Nacional de Valores define las sociedades de fondos de inversión de la siguiente forma: (Ver anexo N° 3).

«Las Sociedades de Fondos de Inversión, cuyas siglas serán S.F.I. son sociedades anónimas cuyo objeto social único y exclusivo, es la administración de fondos de inversión por cuenta y riesgo de los aportantes a dicho fondo».

El artículo 88 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores establece que para constituir una sociedad de fondos de inversión, el interesado hará una solicitud de concesión ante la Comisión Nacional de Valores, a ésta adjuntará un proyecto de escritura constitutiva sujeta a los requisitos de constitución de toda sociedad anónima, establecidos en el Capítulo Séptimo del Código de Comercio, además debe seguir las reglas instauradas por la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

2.5.5. *Regulación de las sociedades de fondos de inversión y los fondos de inversión.*

Las siguientes leyes y reglamentos regulan las sociedades de fondos de inversión y los fondos de inversión:

- i) La Ley Reguladora del Mercado de Valores, Capítulo VII.(7). (Ver anexo N° 5).
- ii) El Código de Comercio.(8). (Ver anexo N° 5).
- iii) Las circulares y reglamentos emitidos por la Comisión Nacional de Valores:
 - Reglamento de la Comisión Nacional de Valores, emitido por la Junta Directiva en su sesión N° 79 de 1992, artículo 14, celebrada el 12 de marzo de 1992.(9). (Ver anexo N° 3).
 - Circular SFI.-1-92, en las que se expresan las obligaciones de las sociedades de fondos de inversión, acordadas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Valores, en su sesión número 85 de 1992, artículo 5, celebrada el 29 de abril de 1992. (Ver anexo N° 4).
 - Circular de Plazos de Publicidad.
 - Circular de Normas Contables.
- iv) Prospecto.
 - Este documento que describe las principales características del fondo se entrega al inversionista antes de que éste efectúe su inversión. La mayoría de los aspectos que contiene regulan el funcionamiento del fondo, aunque también va destinado a la regulación de la sociedad. (Ver anexo N° 4).

2.5.6. *Aspectos operativos de los fondos de inversión.*

Para realizar la operación de los fondos de inversión es necesario definir y unir los siguientes participantes:

2.5.6.1. *Los inversionistas.*

Se trata de las personas físicas o jurídicas que unen sus aportes monetarios para integrar un monto de mayor proporción que les permita el acceso a activos que no podrían adquirir si actuaran en forma individual. El inversionista se convierte con su aporte al fondo, en dueño proporcional de sus activos y pasivos, así como de los beneficios, obligaciones y pérdidas que éste genere, aspecto que diferencia al fondo, de la administración de un puesto de bolsa,

de la compra de un título de deuda a cualquier emisor o de un depósito bancario.

2.5.6.2. El fondo de inversión.

El dinero aportado por los inversionistas y los activos adquiridos serán los componentes principales del fondo. No existen casi los pasivos y si los hubiera serían por montos pequeños o transitorios tales como:

- i) Distribuciones de ingresos no retirados aún por los aportantes.
- ii) Comisiones de Bolsa por pagar.
- iii) Comisiones por pagar a la sociedad administradora.

Esto se explica por su función única de invertir el dinero aportado por los clientes, además el fondo tampoco presenta una organización laboral ni infraestructura física. Si un fondo se estructura como sociedad mercantil, un fideicomiso o como una cuenta de administración siempre mantendrá la misma operatividad. De acuerdo con las características de su patrimonio, los fondos pueden crearse como fondos abiertos y fondos cerrados.

a) Fondos de inversión abiertos.

Estos fondos ocupan el primer lugar en cuanto a cantidad y volumen de activos. Se trata de fondos en los que existe una continua emisión de patrimonio y redención de éste. El plazo y el monto de colocación no tiene límites. El fondo se denomina abierto porque vende continuamente participaciones a los inversionistas que quieren entrar o les redime participaciones a los que quieren salir. Los títulos no tienen mercado secundario, ya que el propio fondo redime los títulos al precio del día a quienes desean salir. Dicho precio es el mismo con el que el fondo vende o redime participación cada día y representa el valor unitario de los activos netos de éste según su precio de mercado en ese día de la valuación.

b) Fondo de inversión cerrado.

Estos fondos emiten una cantidad limitada de patrimonio: acciones, títulos de participación, cuotas, otros. Una vez colocada esta

emisión, el fondo se cierra y a partir de ese momento el inversionista que desee ingresar tendrá que comprar en el mercado secundario la participación de algún inversionista que se ha retirado. La ley permite que el fondo cerrado pueda realizar emisiones adicionales si hay un acuerdo general de los inversionistas al respecto.

2.5.6.3. Sociedad administradora.

La sociedad administradora invierte los aportes de los inversionistas en la compra de títulos valores, lo que le permite conformar una cartera que cumpla con los parámetros establecidos en el prospecto. También, elegirá aquellos títulos que brinden el mayor rendimiento y que impliquen el menor riesgo posible.

2.5.7. Secuencia de la operatividad.

El proceso normal de la operatividad de un fondo de inversión sigue los siguientes pasos:

2.5.7.1. Aportes del inversionista.

El inversionista lee el prospecto y si es de su parecer y conveniencia decide entonces invertir en el fondo con el monto de dinero que desee; el administrador invertirá en títulos valores de acuerdo con las características del fondo. El inversionista adquiere tantos títulos de participación como su aporte y precio unitario de los títulos lo permitan.

2.5.7.2. Administración del fondo.

Respecto al prospecto del fondo, la sociedad administradora procede a invertir los recursos aportados por los participantes. La inversión ha de estar conformada por una cartera que maximice rendimientos y que permita el control de riesgo por medio de una diversificación balanceada.

a) Comisión de la sociedad.

La sociedad administradora percibe por sus servicios profesionales una comisión fija anualizada, cuyo cálculo se hace sobre los activos que administra. Generalmente se establece un porcentaje de comisión máximo que la sociedad de fondos de inversión puede variar. En el informe mensual debe brindar el porcen-

taje de comisión que ha cobrado durante el mes y su período de vigencia. Esta comisión queda establecida en el prospecto y su cobro es fiscalizado por la Comisión Nacional de Valores y los inversionistas.

b) Comité de Inversión.

Este comité se responsabiliza de las decisiones de inversión del fondo, se encarga de diseñar los planes para balancear la composición de los activos que maximice el rendimiento y controle riesgos. Los principales aspectos que el comité debe atender serán:

- i) Amenazas del mercado.
- ii) Oportunidades del mercado.
- iii) Administración de portafolios.
- iv) Aspectos económicos en general.
- v) Necesidades de liquidez del fondo.

Lo anterior indica que los integrantes del comité deben ser profesionales con amplia experiencia en administración de empresas, finanzas y asuntos bursátiles, deben ser pragmáticos y dinámicos por los constantes cambios que se suscitan en los mercados de valores y las economías. Las decisiones han de ser oportunas, cuando de ajustar los portafolios se refiere, si estas acciones se efectúan después del tiempo previsto el fondo sufrirá rezaños en perjuicio de los inversionistas. Entre los ajustes que se hacen necesarios debido a los cambios en el mercado están las variaciones de las tasas de interés y los cambios en la economía, en la actividad de las industrias o de los emisores en los que invierta el fondo.

c) Comité de Valuación.

Tiene la función o la responsabilidad de valorar en forma periódica los activos netos del fondo de acuerdo con el precio de mercado y con la utilización de este monto, calcular el precio unitario del título de participación correspondiente a dichos activos netos. Este precio regirá para las ventas y redenciones de títulos de participación que realicen los fondos de inversión abiertos y para las ventas que efectúen los fondos de inversión cerrados.

La valuación a precio de mercado marca una diferencia con el común de las empresas,

estas calculan una aproximación en relación con el valor de mercado, mediante la valoración de los distintos activos y pasivos que poseen. En definitiva la valuación de los activos es un proceso sencillo, en donde sus activos se concentran en pocas cuentas y la inversión en valores es alrededor del noventa por ciento del activo total. Por el fácil control de las transacciones del fondo, cuyas estadísticas se llevan día a día, la información completa de sus tendencias se podría tener en pocos minutos gracias a la tecnología moderna.

d) Patrimonio y contabilidad.

El patrimonio de la sociedad administradora debe estar separado de la custodia de los activos y la contabilidad del fondo. Los activos se mantendrán en custodia en una central de valores y las contabilidades separadas se llevarán de acuerdo con la forma jurídica que adoptó el fondo en el momento de su creación. (Ver anexo N° 8).

e) Información.

La información que la sociedad administradora debe suministrar a la Comisión Nacional de Valores es la siguiente:

- i) El valor de los activos netos del fondo y el precio unitario del título de participación, deben reportarse en forma diaria y se incluirán los rendimientos de los últimos treinta días, de los últimos doce meses, y del primero de enero a la fecha correspondiente.
- ii) En forma mensual el total de activos, la composición de las inversiones por sector, por emisor, por tipo de título y por plazo.
- iii) Los estados financieros de la sociedad pueden ser en forma trimestral (certificados) y en forma anual (auditados).
- iv) Hechos relevantes.

Información para los inversionistas:

- i) Estados de cuenta.
- ii) Reportes de desempeño del fondo.
- iii) Hechos relevantes.
- iv) Convocatorias, otras.

f) *Pago y transferencia.*

La sociedad administradora se encarga de transferir las sumas correspondientes a la distribución de ingresos cuando el fondo así lo haya convenido. Actualmente se realiza con base en los ingresos devengados.

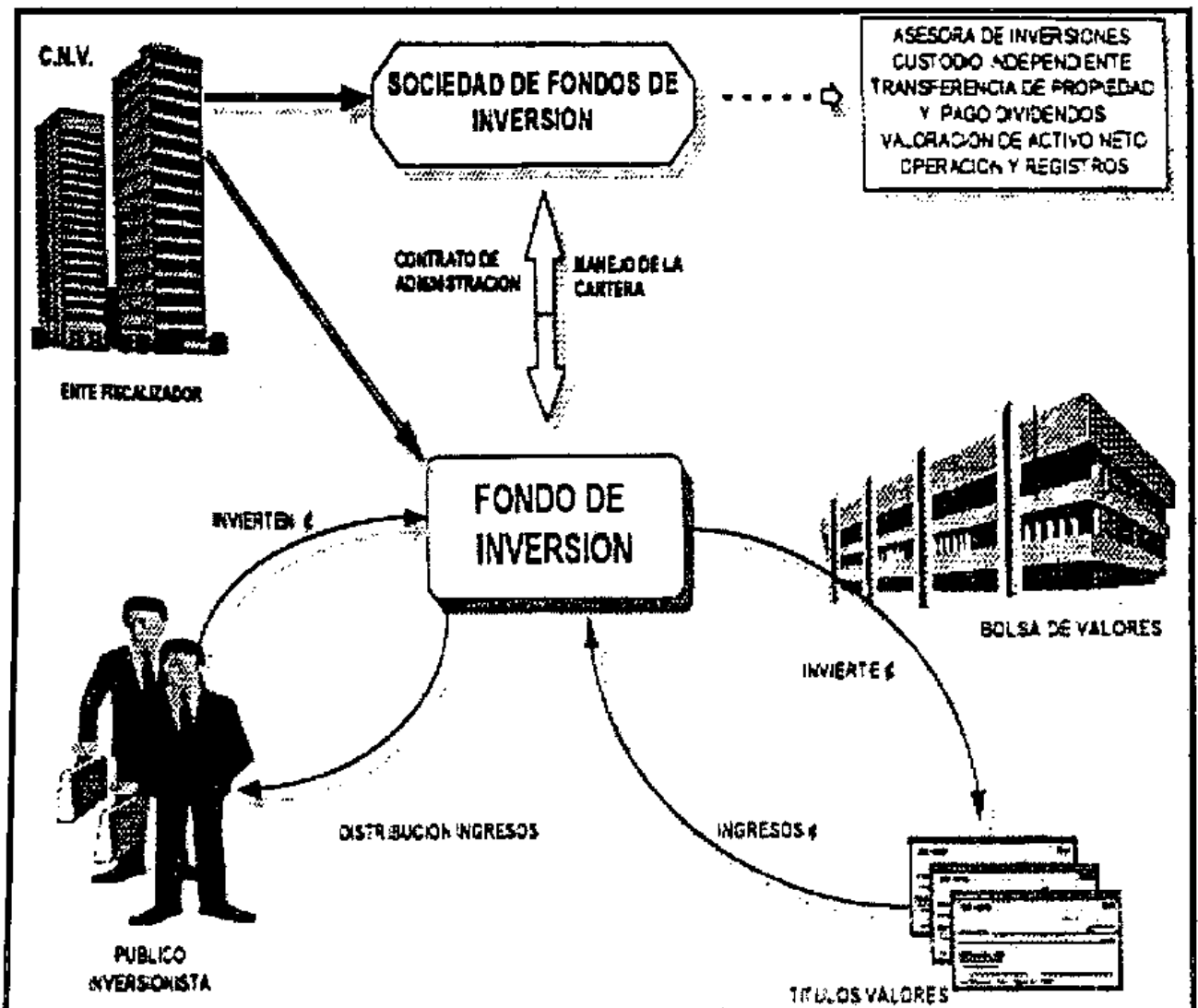
g) *Retiro de inversionistas.*

Los fondos abiertos están en la obligación de redimir directamente los títulos de participa-

ción a los inversionistas que deseen retirarse. En el caso de los fondos cerrados los inversionistas tendrán que vender su participación en el mercado secundario cuando deseen retirarse del fondo.

El gráfico siguiente muestra los diferentes participantes que intervienen en el proceso de un fondo de inversión y que permite tener una visión más clara de la operatividad de esta figura.

DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE UN FONDO DE INVERSIÓN



2.6. Antecedentes de los fondos de inversión en Costa Rica.

Aunque las noticias que se tienen de los fondos de inversión en el mundo datan de hace muchos años; no obstante en Costa Rica no se crearon fondos hasta 1991, debido a la débil organización del Mercado de Valores en el pasado, tal como se anotó en el punto 2.3, cuando se hacían grandes esfuerzos por crear un centro de operaciones de la actividad bursátil. El lento caminar del Mercado de Valores en aquellos años encontró su explicación en el impacto negativo que han generado las distorsiones económicas y la carencia de planes de desarrollo a largo plazo, a esto se han unido otras características, producto de esta situación, fuertemente arraigadas en los participantes de la actividad financiera, tanto en las empresas como en los inversionistas individuales, su común denominador es una gran aversión al riesgo, en vista del decaimiento de la economía, las expectativas de mejoramiento no son muy prometedoras, aunque los gobernantes hayan puesto en movimiento algunas medidas urgentes con el fin de mejorar tal situación y con ello poder equilibrar las actividades de los diferentes sectores económicos. Entre estas medidas están la privatización de servicios, la

movilidad laboral, la ley de justicia tributaria, las reformas a la legislación bancaria, la racionalización del gasto público, mecanismos que están en práctica para buscar la reactivación económica.

A pesar de las debilidades que ha presentado la economía, todavía continúan los esfuerzos por fomentar el desarrollo del Mercado de Valores. Esto motivó la creación en 1991 de la primera sociedad de inversión para que se encargara de administrar el primer fondo de inversión que entró en operación ese año. Posteriormente se crearon nuevos fondos con diferentes actividades y ALDESA, S.F.I., S.A., como entidad pionera en esta actividad ha creado una familia de fondos muy exitosa. Otras empresas han hecho lo mismo y han creado sus fondos en diferentes modalidades. Los pormenores de los fondos existentes se expondrán en tópicos posteriores.

2.7. Los fondos de inversión actuales.

El cuadro N° 1 proporciona la información actual de la cantidad de sociedades de inversión, los fondos inscritos en la Comisión Nacional de Valores y los que se hallan actualmente en operación desde 1991 hasta 1996.

CUADRO N° 1
CANTIDAD DE SOCIEDADES DE FONDOS DE INVERSIÓN,
FONDOS DE INVERSIÓN INSCRITOS EN LA COMISIÓN
NACIONAL DE VALORES Y FONDOS EN OPERACIÓN
DE 1991 A 1996

AÑO	CANTIDAD DE S.F.I.	CANTIDAD DE FONDOS INSCRITOS	CANTIDAD DE FONDOS EN OPERACIÓN
1991	1	3	1
1992	2	5	1
1993	3	7	3
1994	4	6	6
1995	5	12	11
1996	6	25	25

Fuente: Comisión Nacional de Valores.

2.7.1. Características de los fondos en operación.

Todos los fondos de inversión que operan en el país pertenecen a la empresa privada. En el cuadro número 1 se puede notar la existencia de 25 fondos de inversión y 6 sociedades administradoras durante el mes de octubre de

1996. Se apreciará en el cuadro número 2 que el monto total que manejan todos los fondos es bastante significativo, lo cual ha sido producto de los nuevos fondos que han entrado en operación, ya que según el cuadro 1, de 1994 a 1996 se crearon 19 fondos distribuidos en las diferentes sociedades administradoras.

CUADRO Nº 2
FONDOS DE INVERSIÓN EN OPERACIÓN EN COSTA RICA,
POR SOCIEDAD ADMINISTRADORA, TIPO DE FONDO,
MONTO ADMINISTRADO Y COMISIÓN A OCTUBRE DE 1996

SOCIEDAD ADMINISTRADORA Y FONDOS	TIPO DE FONDO	MONTO ADMINISTRADO (COLONES)	% DEL TOTAL	COMISIÓN
<i>Aldesa S.F.I.</i>		7.230.388.252	55,1%	
Ahorrotur	abierto			hasta 5 %
Consumo	abierto			hasta 5 %
Corto plazo \$	abierto			hasta 3 %
Corto plazo ¢	abierto			hasta 2 %
Crecimiento	cerrado			hasta 3 %
Dólares	cerrado			hasta 3 %
F.M.E.A.	cerrado			
Renta	cerrado			hasta 2 %
<i>Interbolsa S.F.I.</i>		4.042.480.458	30,8%	
Crecimiento	abierto			hasta 3 %
Dólares	abierto			hasta 3 %
Liquidez				
Ingreso privado	abierto			hasta 3 %
Ingreso público	abierto			hasta 3 %
<i>Vista S.F.I.</i>		575.676.504	4,4%	
Crecimiento	abierto			hasta 3 %
Dólares	abierto			hasta 5 %
<i>Credomatic S.F.I.</i>		563.210.121	4,3%	
Costa Rica	abierto			hasta 2,5%
Líquido	abierto			hasta 6 %
<i>Aval S.F.I.</i>		392.628.095	3,0%	
Activos líquidos	abierto			
Capitalización	abierto			hasta 3 %
Dólares	abierto			hasta 2 %
Renta	abierto			
<i>Multifondos S.F.I.</i>		310.869.356	2,4%	
Potencia	abierto			
Premium	abierto			
Suma	abierto			
Total		13.115.252.786		

Fuente: Comisión Nacional de Valores. Datos al 31 de octubre de 1996.

2.7.2. Expectativas de los fondos de inversión.

El hecho de tener 38 fondos de inversión en operación en 1997, evidencia un auge relativamente acelerado, pues seis años atrás había solamente 1, lo que demuestra que fomentar la incorporación de nuevos productos bursátiles es de suma urgencia y los fondos, por la simplicidad de su creación, su transparencia y los beneficios que acarrea para sus participantes, deben seguir incorporándose al ámbito financiero, y así que coadyuven al desarrollo del mercado financiero, lo que manifiesta la necesidad de seguir creando fondos en diferentes modalidades acordes con las necesidades de los usuarios.

Actualmente existen 20 sociedades de fondos de inversión y 63 fondos de inversión ins-

critos en la Comisión Nacional de Valores, lo que evidencia la imperiosa obligación de contar con tales productos.

Para lograr la consolidación de los fondos que ya están en operación, la autorización para funcionar a los que se hayan inscritos, así como los que están en proceso de formación es preciso que se atiendan los siguientes propósitos:

- a) Lograr el incremento de la oferta de títulos valores como los de Tasa Básica en colones, Tasa Básica en dólares, etc.
- b) Acelerar el trámite de aprobación de un reglamento para regular la inversión en títulos del extranjero.
- c) Impulsar los mecanismos adecuados para lograr el desarrollo del mercado accionario.

* * *

**SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO:
BANCO POPULAR, SOCIEDAD DE FONDOS DE INVERSIÓN, S.A.**

**PUESTO DE BOLSA REPRESENTANTE:
PUESTO DE BOLSA BANCO POPULAR**

PROSPECTO

**BANPOPU, FONDO DE INGRESO
FONDO ABIERTO
MONEDA: COLONES**

PROSPECTO EMITIDO EL _____ DE _____ DE 1997.

Aprobado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Valores
en su sesión número ____ del _____ de 19____.

*Según la Ley 7091, la autorización de oferta pública que otorgue cualquiera de los entes reguladores
no implica calificación sobre la bondad del título o la solvencia del emisor o intermediario.*

NOTAS DEL PROSPECTO

En cumplimiento del acuerdo tomado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Valores, en su sesión número 203-95, artículo 7, celebrada el 15 de noviembre de 1995 referente a la información requerida en el prospecto de un fondo de inversión, se hacen las siguientes observaciones:

1. La información que contiene este documento la debe conocer el inversionista al invertir en Banpopu, Fondo de Ingreso, administrado por Banco Popular, Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, S.A. El inversionista se responsabilizará de las decisiones que tome al invertir en este fondo.
2. Este prospecto deberá ser retenido por el inversionista para referencias futuras.
3. Banco Popular, Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, S.A., y Puesto de Bolsa Banco Popular, no asumen responsabilidad pecuniaria ante los inversionistas del fondo, salvo que se trate de administración negligente o fraudulenta.
4. La Comisión Nacional de Valores (CNV) no emite con la aprobación de este fondo, ningún criterio sobre la veracidad, exactitud o suficiencia de este prospecto.
5. La Comisión Nacional de Valores y quienes intervienen en el proceso de intermediación bursátil no asumen responsabilidad sobre la situación financiera del fondo, ni de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión que lo administra; el compromiso que asume es difundir y hacer del conocimiento de los inversionistas la información relevante sobre el fondo y la sociedad administradora.
6. Este fondo de inversión y la sociedad de fondos de inversión que lo administra se regirán por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, así como por los reglamentos y circulares emitidos por la Comisión Nacional de Valores.
7. La sociedad administradora del fondo será responsable de la aplicación de las políticas de inversión contenidas en este prospecto, las que serán del cumplimiento obligatorio para cada fondo. Quienes administren velarán para que las políticas se cumplan a cabalidad. Si la Comisión Nacional de Valores, mediante sus mecanismos de fiscalización, encontrara que se está incumpliendo con esta obligación, establecerá las sanciones correspondientes de acuerdo con lo señalado en el artículo 124 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.
8. Toda la información adicional que se requiera sobre este fondo, sobre la sociedad de fondos de inversión o sobre las disposiciones legales que le son aplicables, podrá solicitarse en las oficinas de la Comisión Nacional de Valores, en las oficinas de Puesto de Bolsa Banco Popular o en las oficinas de la sociedad administradora, sita en calle dos, entre avenidas dos y cuatro, Edificio Metropolitano, séptimo piso.
9. Las condiciones estipuladas en el presente prospecto son de carácter obligatorio y serán vinculantes tanto para la sociedad administradora de fondos de inversión como para el inversionista.
10. Los inversionistas son copropietarios de los títulos valores del fondo en forma alícuota a los títulos de participación que poseen. Las inversiones del fondo se realizan por cuenta y riesgo de los propios inversionistas.
11. Cualquier cambio en las políticas aquí descritas deberá contar con la aprobación de la Comisión Nacional de Valores y ser comunicado por escrito a los inversionistas mediante carta dirigida a su domicilio, al menos 20 días hábiles antes de que surtan efecto los cambios. Si uno o varios de estos inversionistas no aceptaran las condiciones del cambio, la Sociedad procederá a redimir las participaciones sin afectar por ello el precio éstas, lo cual deberá realizar-

lo dentro de los 10 días hábiles después de haber dado a conocer los cambios efectuados a los inversionistas.

12. El rendimiento diario de los títulos de participación será proporcionado en el Puesto de Bolsa Banco Popular y las sucursa-

les del Banco Popular del país, así como cualquier otra información pertinente con la conformación de la cartera activa del fondo, todo con el fin de constatar que ésta ha seguido los lineamientos establecidos en el prospecto.

* * *

ÍNDICE

	Pág.
1. Descripción de la sociedad administradora de fondos de inversión	110
2. Perfil de los inversionistas	110
3. Objetivos del fondo	110
4. Descripción del tipo de fondo	110
5. Duración del fondo	110
6. Comité de inversión	111
7. Políticas de inversión y factores de riesgo	111
8. Las participaciones	111
9. Métodos de adquisición de las participaciones	111
10. Políticas de redención de las participaciones	112
11. Valuación del activo neto del fondo y de cada participación	112
12. Política de distribución de beneficios	112
13. Políticas de liquidez	112
14. Cargos por comisiones	112
15. Información a los inversionistas	113
16. Tratamiento fiscal	113
17. Central de Valores	113
18. Derechos y obligaciones de los administradores del fondo	113
19. Derechos y obligaciones de los inversionistas	113
20. Información financiera	114
21. Políticas de modificaciones al prospecto	114

1. Descripción de la Sociedad de Fondos de Inversión.

La sociedad *Banco Popular, Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, S.A.*, es la administradora de *Banpopu, Fondo de Ingreso*. La sociedad se encuentra inscrita en el Registro Público, Sección Mercantil, al tomo _____, folio _____ y asiento _____. La Comisión Nacional de Valores le ha dado autorización, mediante concesión, para administrar fondos de inversión.

La cédula jurídica de la sociedad es _____, y su domicilio es la ciudad de San José, en calle 2, entre avenidas 2 y 4, Edificio Metropolitano, séptimo piso.

La sociedad se constituyó el _____ de _____ de _____. Su Junta Directiva se nombró por la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y el Poder Ejecutivo por un período de cuatro años; el Banco Popular es poseedor del 100% del patrimonio suscrito y pagado.

El Gerente de Banco Popular Sociedad Administradora, S.F.I., S.A. es el(la) señor(a) El abogado residente es el(la) señor(a). La Comisión Nacional de Valores otorgó la concesión para la operación de fondos de inversión en sesión de Junta Directiva N° _____, artículo _____, celebrada el _____.

2. Perfil de los inversionistas.

El fondo ha sido orientado hacia personas físicas y jurídicas que deseen obtener ingresos periódicamente, por medio de la inversión en valores, provenientes de emisores públicos y privados.

3. Objetivos del fondo.

El propósito principal del fondo es lograr la generación de ingreso con la realización de inversiones que permitan conformar una cartera de títulos valores pertenecientes a emisores calificados de los sectores público y privado. Con tal propósito pretende incrementar la seguridad y la rentabilidad de las inversiones, así como disminuir el riesgo de éstas por medio de la óptima diversificación de la cartera; y poder facilitar el pago periódico de los rendimientos obtenidos. Su estructura por plazos permite

obtener liquidez para el fondo, como también el pago de intereses en el tiempo establecido. El fondo no es de dinero, ni pretende especular en el Mercado de Valores, sino incrementar la democratización del capital al permitir la participación masiva de inversionistas individuales de todo tipo en esta clase de fondo común.

4. Descripción del tipo de fondo.

El fondo que se describe en este prospecto tiene las características siguientes:

4.1. Abierto:

No hay límites para el número de participaciones emitidas. Cada participación posee un valor nominal de ₡1,00 y no tiene mercado secundario, ya que el fondo lleva a cabo la redención para quienes desean salir, de acuerdo con lo expuesto en el punto 14 de este prospecto.

4.2. De cartera mixta:

La cartera activa del fondo se compondrá de títulos valores emitidos por el sector público y por el sector privado.

4.3. De renta fija:

La cartera activa estará conformada en su totalidad por títulos valores de renta fija.

4.4. De ingreso:

Su objetivo fundamental es la maximización de ingresos corrientes mediante la adquisición de títulos de renta fija, con pago de intereses periódicos.

4.5. Distribución de intereses:

El fondo pagará intereses cada tres meses.

5. Duración del fondo.

La duración del fondo es ilimitada por tratarse de un fondo abierto, en el cual el ingreso de participantes es constante. Cuando un inversionista desee retirarse lo hará mediante una solicitud dirigida a la administración del fondo para que sus participaciones sean redimidas. Este punto se detalla en el numeral 14 de este prospecto.

6. Comité de Inversión.

El Comité de Inversión estará integrado por tres profesionales de reconocida capacidad y experiencia en los campos financiero y bursátil, quienes serán seleccionados del personal del puesto de bolsa del Banco Popular.

El Comité de Inversión se encargará de determinar la composición de la cartera activa del fondo, en relación con los objetivos planteados y las políticas de inversión por seguir, establecidas en este prospecto.

7. Políticas de Inversión y factores de riesgo.

El fondo está constituido por títulos valores de emisores públicos y privados, los que se encuentran y son negociados en bolsas de valores, autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. El riesgo tiende a minimizarse con la diversificación de la cartera por clase de títulos y por plazo de vencimiento.

La totalidad de las inversiones del fondo se realizarán en títulos de renta fija denominados en colones costarricenses. La adquisición será 80% del sector público y 20% del sector privado, no obstante el Comité de Inversión estudiará los títulos valores en los que invertirá y para tal fin analizará las características de cada uno de ellos y las variables macroeconómicas que puedan incidir en sus rendimientos. El fondo invertirá en empresas seleccionadas, según sus rangos de clasificación en cuanto a riesgo y capacidad para efectuar el pago y los intereses de acuerdo con los términos y plazos pactados. Apoyado en lo anterior las inversiones se harán en empresas que tengan como mínimo calificación "A".

Los plazos a los que se colocarán dichas inversiones se diversificarán entre el corto y mediano plazo con el fin de mantener la liquidez del fondo. Por tal razón se invertirá tomando como base la siguiente estructura de plazos:

A la vista	30% Mínimo
De 31 a 180 días	45% Máximo
De 181 a 360 días	10% Máximo
De 361 a 1.800 días	10% Máximo
Más de 1.800 días	5% Máximo

Los principales factores de riesgo que se asocian al fondo de inversión están dados por cambios repentinos en la tasa de interés, los cuales podrían disminuir el valor de las participaciones. Puede presentarse también que el fondo tenga que negociar títulos de su cartera activa con descuentos para satisfacer la alta demanda de liquidez de sus inversionistas ante una escasa profundidad o iliquidez del Mercado de Valores. Tales situaciones, tendrán como respaldo financiero los valores que contiene el fondo, cuyo porcentaje de inversiones de mediano plazo garantiza la liquidez necesaria para cubrir los imprevistos.

Las modificaciones que se presenten en las políticas de inversión, previa aprobación de la Comisión Nacional de Valores obligará a la Sociedad a redimir los títulos de participación de los inversionistas que así lo soliciten, sin aplicar diferencia alguna en el precio de los títulos, se atenderán en plazo de diez días hábiles, posteriores al momento en que se hayan dado a conocer a los inversionistas, ya sea en la publicación correspondiente de un diario nacional o bien en comunicación domiciliaria. Ambas deberán realizarse con una anticipación no menor de veinte días hábiles a que hagan efecto. La Comisión Nacional de Valores podrá solicitar que las políticas de inversión sean modificadas.

8. Las participaciones.

Los aportes de los inversionistas del fondo estarán representados por participaciones. Cada participación tendrá un valor nominal de ₡1,00.

Las participaciones serán emitidas a la orden y no tendrán vencimiento. Los plazos para la redención de las participaciones que establecerá la sociedad de fondos de inversión se expondrá en detalle en el punto 10 de este prospecto.

9. Método de adquisición de las participaciones.

Las participaciones podrán adquirirse en forma directa, en los siguientes lugares:

- Puesto de Bolsa Banco Popular, sito en San José, calle 2, entre avenidas 2 y 4, Edificio Metropolitano, sétimo piso.
- Sucursales del Banco Popular, ubicadas en provincias, en San Pedro de Montes de Oca, y algunos otros cantones.
- Puestos de bolsa, ubicados en San José.
- Los títulos podrán pagarse en dinero efectivo, cheque o cualquier otra forma aceptable en nuestro medio.
- La inversión mínima será de ₡25.000,00 y los aportes posteriores podrán ser de cualquier monto.

10. Políticas de redención de las participaciones.

Las políticas para la redención de las participaciones serán las siguientes:

- i) El fondo hará la redención de las participaciones los días 5 y 28 de cada mes. Si alguno de esos días no fuera hábil, la redención se hará el día hábil anterior.
- ii) El inversionista deberá presentar sus participaciones para redención al menos 10 días hábiles antes de las fechas señaladas.
- iii) El plazo mínimo recomendado de permanencia en el fondo es de 6 meses.
- iv) En caso de retiro del inversionista después de los 6 meses, la redención de sus participaciones se hará al 100%. Si se retira antes de los 6 meses se le redimirá 95% del valor de éstas.

11. Valuación del activo neto del fondo y de cada participación.

Banco Popular, S.F.I., S.A., como administradora de Banpopu, Fondo de Ingreso, realizará la valuación diaria del fondo con la obtención del valor del activo neto, del que se deducirá el valor de cada participación. Los procedimientos de valoración serán los aprobados por la Comisión Nacional de Valores. La metodología consiste en valorar la cartera y demás activos del fondo y restarles los pasivos que pueda tener, así como los gastos acumulados durante la fecha del cálculo. El valor del activo neto corres-

pondiente a cada participación tendrá dos decimales, al usar el criterio estándar.

12. Política de distribución de beneficios.

El fondo repartirá los ingresos en proporción a la inversión de los participantes y lo hará durante el último día de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre. De no ser día hábil se hará el día hábil anterior.

El inversionista podrá disponer de sus intereses a partir de las 8.00 a.m. de ese día en las ventanillas del Banco Popular en San José y sus sucursales en todo el país.

El beneficio neto percibido por el fondo está compuesto por la suma de los intereses ganados, más los descuentos respectivos por la compra de los títulos, menos los costos por comisiones. Este beneficio se acumulará en el precio de la participación, hasta la fecha de cada período en que corresponda su distribución efectiva.

13. Políticas de liquidez.

Las políticas de liquidez que seguirá el fondo serán:

- a) El fondo mantendrá un mínimo de 60% en títulos de fácil realización de su activo neto.
- b) Contará con sobregiros bancarios en los bancos del Sistema Bancario Nacional de no menos de un 5% de la cartera del fondo y su monto se ajustará al menos trimestralmente. Este sobregiro estará garantizado por las inversiones del fondo y sólo se empleará en aquellos casos en que el descuento de valores del fondo tenga un costo comparativamente mayor que el costo financiero de emplear el sobregiro.

14. Cargos por comisiones.

Los cargos por comisiones, que establecerá la sociedad administradora, para la administración del fondo y otros cargos que afecten las transacciones, se desglosan a continuación:

- a) Los inversionistas no pagarán comisión por ingreso al fondo.
- b) La sociedad cobrará 3% máximo sobre los activos totales por los servicios administra-

tivos del fondo. Dicho porcentaje será contabilizado en forma diaria y liquidado mensualmente y cubrirá los gastos de custodia y administración de la cartera.

- c) La sociedad cobrará 5% sobre los activos totales por la salida del fondo, si ésta se produce antes del plazo mínimo establecido de seis meses.

15. Información a los inversionistas.

Banco Popular, S.F.I., S.A., hará el último día de cada mes un corte en las cuentas de los inversionistas, a quienes enviará un estado con los principales movimientos de sus cuentas. La información del rendimiento diario de las participaciones, la composición de la cartera y el detalle de los activos del fondo se pueden obtener en el puesto de bolsa del Banco Popular o en la Comisión Nacional de Valores cuando se requiera.

16. Tratamiento fiscal.

La Dirección General de Tributación Directa estableció que los intereses que se pagan por ganancias generadas en los fondos de inversión son ingresos no gravables, por provenir de títulos valores sujetos a la retención del 8% que es impuesto único y definitivo. Las inversiones en el fondo también podrán generar ganancias de capital y se acreditarán a los inversionistas. Las ganancias de capital estarán exentas del impuesto sobre las utilidades, siempre y cuando no constituyan una actividad habitual del perceptor de dicha ganancia, en caso de ser su actividad habitual corresponderá al inversionista reportarlas como renta ordinaria gravable.

17. Central de Valores.

La cartera activa de *Banpopu, Fondo de Ingreso*, se encontrará custodiada por la Central para el Depósito de Valores (CEVAL) de la Bolsa Nacional de Valores, S.A., la sociedad de fondos de inversión tiene la subcuenta respectiva en dicha entidad.

Además de la custodia la CEVAL realizará el canje y la liquidación de los valores que le han sido depositados. La sociedad de fondos de inversión pagará en forma mensual los costos por la prestación de estos servicios.

18. Derechos y obligaciones de los administradores del fondo.

Son derechos de la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión:

- a) Cobrar sus comisiones de conformidad con este prospecto.
- b) Seleccionar a los inversionistas (aceptar o no).
- c) Seleccionar los títulos valores en los cuales hará las inversiones, también de conformidad con este prospecto.

Son sus obligaciones:

- a) Enviar estados de cuenta a los inversionistas en forma periódica.
- b) Invertir la totalidad de los saldos positivos diarios en títulos valores, conforme a las políticas del presente prospecto. Cuando se reciban fondos, estos deberán ser colocados a más tardar la próxima sesión bursátil.
- c) No modificar los términos del presente prospecto, sin previa autorización de la Comisión Nacional de Valores, en cuyo caso deberá comunicarlo mediante una carta enviada a los inversionistas del fondo, con una anticipación de no menos de 20 días hábiles.
- d) Liquidar las participaciones en circulación, si al momento de modificar este prospecto, alguno de los inversionistas no acepta los cambios.
- e) Seleccionar por medio del Comité de Inversión los títulos en los que hará las inversiones, de conformidad con este prospecto.
- f) Suministrar cualquier información que el cliente solicite.
- g) Cumplir con el reglamento y las circulares emitidas por la Comisión Nacional de Valores y con el presente prospecto.

19. Derechos y obligaciones de los inversionistas.

Son derechos de los inversionistas los siguientes:

- a) Exigir el cumplimiento de lo estipulado en este prospecto.
- b) Verificar la existencia física de los títulos valores.
- c) Solicitar toda la información que requieran de la sociedad de fondos de inversión.

Son obligaciones de los inversionistas las siguientes:

- a) Respetar las condiciones establecidas en el prospecto en todos sus extremos, particularmente en cuanto a la forma de inversión y retiro de los fondos.
- b) Aceptar los cargos que por descuentos en mercado secundario, por sobregiros o comisiones, incurra el fondo de inversión, siempre y cuando se encuentren dentro de los márgenes acordados o razonables del mercado.
- c) Garantizar la eficiencia de los depósitos que realice.
- d) Informar del cambio de sus domicilios.

20. Información financiera.

La información financiera no se incluirá por tratarse del primer año de operaciones del fondo.

21. Políticas de modificaciones al prospecto.

Cualquier cambio en las políticas aquí descritas deberá contar con la aprobación de la Comisión Nacional de Valores y ser comunicado por escrito a los inversionistas por medio de una carta dirigida a su domicilio, al menos 20 días hábiles antes de que surtan efectos los cambios. Si uno o varios de estos inversionistas no aceptaran las condiciones del cambio, la sociedad procederá a redimir las participaciones sin afectar por ello su precio y deberá hacerlo dentro de los diez días hábiles después de haber dado a conocer los cambios realizados a los inversionistas.

Dado en San José, el _____ de _____ de 19__.

Gerente
Banco Popular, S.F.I., S.A.

* * *

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones.

6.1.1. Los fondos de inversión son un medio idóneo para reunir inversiones de pequeños, medianos y grandes inversionistas en un fondo común y canalizarlas mediante las negociaciones a gran escala para contribuir así a la democratización del capital y al desarrollo del Mercado de Valores.

6.1.2. Los fondos de inversión existentes en Costa Rica han estado operando exitosamente y creciendo en activos, a pesar de la incertidumbre e inseguridad que genera el incipiente crecimiento económico en nuestro país. De este modo, han aumentado en cantidad y lo seguirán haciendo en el futuro, por lo atractivo que se presentan para el inversionista, por la sencillez y transparencia en su operación para quienes emprenden su creación.

6.1.3. Con la creación de un fondo de inversión, el Banco Popular y demás instituciones públicas del ramo, ayudarían a ampliar el horizonte y el ámbito privado en el que operan los fondos de inversión existentes en el país. También impulsarían el sano discurrir del negocio financiero al entrar en competencia con los fondos privados, así como a la democratización del capital, al permitir la participación de inversionistas pequeños junto a los medianos y los grandes. Los que ya fueron beneficiados en los últimos años con el establecimiento de puestos de bolsas y fondos de pensiones, tanto en el sector público como en el privado, se unirían a la intensa lucha que se está librando para dar impulso al desarrollo del Mercado de Valores y por ende al sector financiero.

6.1.4. El Banco Popular cuenta en su puesto de bolsa con la infraestructura necesaria para la operación de un fondo de in-

versión, cuyo requisito legal primordial es la constitución de una sociedad de fondos de inversión.

6.1.5. El fondo que se propone para el Banco Popular según el análisis y resultados de viabilidad y presupuestación, ofrece una tendencia lineal creciente, que si bien los supuestos la afectarían, no sería en forma contundente, pues se tiene la certeza que el fondo es rentable, por las cifras obtenidas y los supuestos establecidos.

6.1.6. La Ley Reguladora del Mercado de Valores no presenta limitaciones legales para la creación de sociedades de fondos de inversión a la empresa privada, mas sí para las instituciones estatales que desean llevar a cabo tales fines. Por ello el sector público se priva de un instrumento financiero que le proporcionaría una excelente opción para generar ingresos, movilizar grandes capitales con variedad de inversionistas, competir con los fondos privados y brindar un aporte más en el desarrollo del Mercado de Valores. Tanto la Ley Reguladora del Mercado de Valores vigente como el proyecto de reforma que se estudia en la Asamblea Legislativa, presentan limitaciones legales a las instituciones del Estado para la creación de sociedades de fondos de inversión, al incluir como requisito que dichos entes se deben constituir como sociedades anónimas. La situación anterior crea inequidad entre el sector público y el privado, con desventaja para el primero.

6.1.7. Algunas instituciones del Estado están a la espera de la reforma de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, para tener un marco de acción más amplio que les facilite legalmente la constitución de sociedades de fondos de inversión, ya que algunos artículos de la ley en

análisis presentan ciertos mecanismos que brindan opciones al respecto, particularmente en lo referente a los puestos de bolsa, como la de poder independizarlos por medio de la constitución de una sociedad anónima.

- 6.1.8. El Banco Popular presenta una opción legal en su Ley Orgánica que le permite cumplir con los requerimientos establecidos en los artículos 88 y 91 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, para constituir como sociedad anónima una sociedad de fondos de inversión que le concederá luego crear un fondo de inversión.

6.2. Recomendaciones.

- 6.2.1. Como primera opción para constituir una sociedad de fondos de inversión, el Banco Popular deberá esperar el resultado de la reforma de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, acogerse a los artículos 57, 58 y 61 de la misma (ver anexo N° 7), mediante los cuales podrá independizar su puesto de bolsa, con la constitución de una sociedad anónima, asimismo, procederá a crear una sociedad de fondos de inversión que le permitirá continuar con los trámites pertinentes para la creación de un fondo de inversión, que es el fin último del presente estudio. De esta forma se conjugarán todas las partes integrantes de este sistema de inversión: el Banco Popular, la sociedad de fondos de inversión, el puesto de bolsa y el fondo de inversión, cuyo funcionamiento legal estará enteramente a derecho, apegado a los lineamientos de la futura Ley Reguladora del Mercado de Valores. En el anexo número 7 se presenta someramente el proyecto del Banco Nacional para independizar su puesto de bolsa, amparado en la reforma de la Ley Reguladora del Mercado de Valores en estudio en la Asamblea Legislativa.

- 6.2.2. Como segunda opción para la creación de la sociedad de fondos de inversión, el Banco Popular como ente creado por ley especial puede recurrir al artículo 2 de su Ley Orgánica, pues su condición de institución no estatal y con autonomía propia le permite cumplir con los requisitos establecidos en la Ley Reguladora del Mercado de Valores para la creación de una sociedad de fondos de inversión, tal como lo hicieron otras instituciones del Estado que funcionaron como sociedades anónimas (CODESA y subsidiarias) (12) y actualmente BICSA que pertenece al Banco Nacional de Costa Rica (ver anexo N° 7). El Banco Popular formaría una sociedad de fondos de inversión, únicamente apegada al derecho privado en su constitución como sociedad anónima y operaría en un régimen de derecho público, es decir, sin desviar sus propósitos en la prestación de servicio público, sujeta a la supervisión y regulación de las entidades pertinentes. El Banco Popular además podrá adquirir la totalidad de las acciones, según lo estipulado en el aparte 9, artículo 91 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (ver anexo N° 5).

Al respecto, las mutuales de ahorro y crédito crearon en noviembre de 1997, la Mutual Sociedad de Fondos de Inversión, S.A., entidad que administra tres fondos de inversión. Las mutuales tienen una estrecha relación legal con el Estado, al recibir el respaldo y garantía en sus operaciones del Banco Hipotecario de la Vivienda, institución que fue creada por una ley especial idéntica a la que creó el Banco Popular. Además, son instituciones contempladas al igual que el BANHVI, en la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y deben organizarse y funcionar con lo establecido en dicha ley, así como en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Por lo anterior, el Banco Popular podría recurrir al mismo mecanismo uti-

lizado por las mutuales para crear su sociedad de fondos de inversión.

- 6.2.3. Una tercera opción para que el Banco Popular y demás instituciones estatales del ramo puedan crear, sin limitaciones legales, una sociedad de fondos de inversión consiste en reformar los artículos 88 y 91 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores vigente, para que tales sociedades sean constituidas mediante otra figura jurídica exclusivamente para las instituciones del sector público. En el caso del proyecto de la Ley Reguladora que se encuentra en la Asamblea Legislativa, los artículos que se reformarían serían el 68, el 69 y todos los que hagan alusión a los requisitos establecidos para una sociedad anónima (ver anexo N° 7).

- 6.2.4. Una vez encontrada una opción legal en la Ley Orgánica del Banco Popular, o que se haya llevado a cabo la reforma de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, para poder crear sin limitaciones legales una sociedad de fondos de inversión, ya sea que se constituya como sociedad anónima u otra figura jurídica, el Banco Popular podrá establecer su sociedad, y administrar un fondo de inversión de ingreso y abierto, cuyos inversionistas deberán tener características similares a los de su puesto de

bolsa, para cuyo fin este último cuenta con todo lo necesario para que el fondo inicie su operación, mediante contrato de servicios suscrito con la sociedad.

- 6.2.5. Establecer los planes necesarios, de manera que en el futuro la sociedad de fondos de inversión del Banco Popular cuente con una familia de fondos, que satisfaga los deseos de todo tipo de inversionistas de acuerdo con los plazos, la rentabilidad, el riesgo, la actividad, etc.
- 6.2.6. Instar a los gobernantes para que formulen y pongan a caminar los planes y programas más convenientes para impulsar el desarrollo económico, todo dentro del marco de la apertura comercial y globalización, que actualmente imponen grandes retos y sacrificios a los países en vías de desarrollo. Con tales propósitos se logrará fortalecer los diferentes sectores productivos, los que una vez que aceleren su marcha en la búsqueda de la reactivación económica, serán también los que desarrollarán el sistema financiero y el Mercado de Valores. De esta manera, Costa Rica contará en el futuro con un engranaje económico totalmente integrado y en plena acción cuyo fin último será el bienestar de toda su población.

LITERATURA CONSULTADA ENTREVISTAS

7.1. Literatura consultada.

- (1) Costa Rica. Leyes y Decretos. *Ley Orgánica del Banco Popular y Decreto Ejecutivo número 17734-P de la Creación del Consejo de la Asamblea de Trabajadores*, Capítulo 1, artículo 1, párrafo 1, pág. 7, Imprenta y Litografía García Hermanos, S.A., San José, Costa Rica, 1997.
- (2) Costa Rica. Leyes y Decretos. *Ley Orgánica del Banco Popular y Decreto Ejecutivo número 17734-P de la Creación del Consejo de la Asamblea de Trabajadores*, Capítulo 1, artículo 2, párrafo 2, pág. 7, Imprenta y Litografía García Hermanos, S.A., San José, Costa Rica, 1997.
- (3) Costa Rica. Leyes y Decretos. *Ley Orgánica del Banco Popular y Decreto Ejecutivo*

- número 17734-P de la Creación del Consejo de la Asamblea de Trabajadores, Capítulo 1, artículo 2, párrafo 1, Imprenta y Litografía García Hermanos, S.A., San José, Costa Rica, 1997.
- (4) Hayden, William, *Mercado Accionario de Costa Rica*, Primera Edición, San José, Costa Rica, 1981.
 - (5) Chacón Rodríguez, Víctor, *Concepto, Operación y Regulación de Fondos de Inversión*, Fundación de Estudios de Posgrado e Investigación en Ciencias Económicas, Fundepos, San José, Costa Rica, 1996.
 - (6) Comisión Nacional de Valores, *Reglamentos de Sociedades de Fondos de Inversión*, Sesión número 79-92, artículo 14, San José, Costa Rica, 1992.
 - (7) Costa Rica. Leyes y Decretos. *Ley Reguladora del Mercado de Valores*, San José, Costa Rica, año VI, número 19, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1995.
 - (8) Costa Rica. Leyes y Decretos. *Código de Comercio*, San José, Costa Rica, año séptimo, número 21, 1996.
 - (9) Ídem *supra* 6.
 - (10) Schyfter Lepar, Miguel. *Internacionalización y globalización de las economías mundiales*, Revista la Industrial de la Cámara de Industrias de Costa Rica, edición 29, julio-agosto 1992, págs. 66 a 69, San José, Costa Rica, 1992.
 - (11) *Eficiencia Empresarial*, Revista el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, páginas 3,4 y 8, abril 1994, San José, Costa Rica, 1994.
 - (12) Romero Pérez, Jorge Enrique, *CODESA: Modalidad de la empresa pública en Costa Rica. (Ejemplo empresarial de la descentralización administrativa)*, Revista Judicial número 20, Año V, junio 1981, págs. 59 a 66. Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1981.
 - (13) Coto Molina, Wálter, *Fortalecimiento de la banca privada: ¿Avance financiero para el retroceso político?*, serie: Comentarios sobre Asuntos Económicos, número 66, páginas 18-19, Banco Central de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1987.

7.2. Entrevistas.

- William Esquivel Jiménez, Gerente Puesto de Bolsa Banco Popular.
- Ronny Araya Cerdas, Jefe de Operaciones Puesto de Bolsa Banco Popular.
- Gustavo Aguilar Arias, Oficial de Inversiones, Puesto de Bolsa, Aldesa, S.F.I., S.A.
- Rónald Calderón, Director de Operaciones, Multifondos de Costa Rica, S.F.I., S.A.
- José Miguel Grillo Granados, Asistente de Ventas, Puesto de Bolsa Mercado de Valores de Costa Rica.
- William Chinchilla, Asesor Legal Bolsa Nacional de Valores.