

# CLÁUSULAS DE INDIZACIÓN MONETARIA

William Namén Vargas

## I. CLÁUSULAS DE ESTABILIDAD E INDIZACIÓN MONETARIA

Para asegurar la integridad de la moneda y el pago de las obligaciones, las partes de la relación jurídica pueden establecer “cláusulas monetarias”<sup>1</sup>, de “ajuste”, “indexación”, “indización”<sup>2</sup>, “garantía”<sup>3</sup>, “salvaguardia”, “aseguramiento de valor” o de “estabilización”<sup>4</sup>, nominaciones todas comprendidas en la genérica de “actualización”<sup>5</sup>.

Las cláusulas pueden estar contempladas en la ley y ser disciplinadas con carácter general o singular, u obedecer a una decisión judicial<sup>6</sup>.

A este respecto, se distinguen las cláusulas de estabilidad y las de indización monetaria.

Con las primeras se procura la estabilidad o valor constante de la moneda, es decir, su valor exacto en todo momento y, con las segundas, cubrir los riesgos inherentes a la disminución de su valor.

En estas cláusulas es frecuente la referencia a la depreciación o desvalorización monetaria y la consagración de mecanismos para evitarla, excluirla o prevenirla (cláusulas de indización).

Sin embargo, no se excluye el aspecto inverso, es decir, el aumento de valor (revalorización) y la previsión de instrumentos para su preservación en el tiempo y en el espacio (cláusulas de estabilidad).

## II. CLÁUSULAS NORMATIVAS Y NEGOCIALES

Cuando están consagradas, reguladas y disciplinadas por el ordenamiento jurídico, son de naturaleza normativa, actúan por disposición legal, y no admiten, en la generalidad de los casos, la posibilidad de modificación ni de exclusión, particularmente, si conciernen a asuntos de orden público, social o económico.

Las cláusulas normativas son aplicables a materias concretas, presuponen norma expresa, no son genéricas ni susceptibles de extensión a hipótesis similares o conexas, es decir, requieren un precepto legal expreso y se predicen en singular de la hipótesis a la cual refieren<sup>7</sup>.

En virtud de su origen legal, la eficacia de las cláusulas normativas<sup>8</sup> es indiscutible; las más de las veces, aplican de suyo, en forma auto-mática, y en otras ocasiones, actúan por iniciativa de la parte a quien benefician o exigen un pronunciamiento jurisdiccional, debiéndose, en oportunidades, complementarse con factores exógenos según las directrices indicadas en la ley.

Son ejemplos de cláusulas normativas, las relativas al reajuste del salario mínimo (arts. 146, 147 y 148 C. S. T.; 2º, Ley 187 de 1959), subsidio de transporte, pensiones de jubilación, invalidez y vejez (art. 2º, Ley 10 de 1972; 1º, Ley 4ª de 1976; 1º, Ley 171 de 1988), las concernientes al no pago oportuno del salario y de las prestaciones (arts. 65 C. S. T.; 11 de la Ley 6ª de 1945; 1º decreto 797 de 1949; 8º, Ley 10 de 1972), las atañederas al ajuste del canon de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda (art. 10 Ley 56 de 1985), las referentes a obligaciones tributarias y las predicadas de condenas dinerarias impuestas en sentencias (arts. 178 del C. C. A., 308/3 C. de P. C.).

Las cláusulas negociales, preventivas o correctoras de la desvalorización monetaria, constituyen una de las manifestaciones prácticas de mayor relevancia de la libertad de contratar, de la titularidad de intereses, del poder reconocido por el Estado al sujeto para disciplinar sus

relaciones jurídicas y disponer de su esfera de actuación<sup>9</sup>.

Constituyen el prístino ejercicio de la autonomía privada<sup>10</sup>, concebida en cuanto posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición de intereses, de seleccionar el tipo negocial concorde a la función práctica o económica social aspirada o, de crearlo si los ofrecidos en el catálogo legal no se avienen a ésta, de escoger la persona con quien se dispondrá de celebrar el negocio por sí o por otro, de establecer *accidentalia negotia* determinadas directrices al negocio –plazo, condición, modo– la forma existencial (*ad substantiam actus*) o probatoria (*ad probationem*) del acto dispositivo.

Las cláusulas de ajuste negocial se conciertan específicamente por las partes en el negocio jurídico o en el contrato, para regular sus relaciones jurídicas singulares y se circunscriben a éstas.

Por la operancia restringida de las normativas, las cláusulas de indización, de ordinario son negociales, pactadas a propósito (*accidentalia negotia*) y convenidas caso por caso, para mantener la estabilidad constante del dinero, el equilibrio prestacional, prevenir el riesgo de alteración y excluir o atenuar situaciones inequitativas al recibirse al tiempo del cumplimiento, una moneda con inferior valor al existente en el instante de su origen.

Estas cláusulas pueden pactarse desde la celebración del negocio jurídico o convenirse con posterioridad, definirse en todos sus aspectos por las partes o *per relationem*, por un tercero, acordarse deliberada y maduramente por los sujetos de la relación obligacional, predisponerse por uno o de éstos en su único interés o en el de todos, prevenirse en condiciones generales de contratación<sup>11</sup>, negocios estándar, patrón, global, tipo, de o por adhesión y remitirse o reenviarse a reglamentaciones legales, contractuales, nacionales o foráneas.

<sup>1</sup> Cfr. C. Larraoumet. *Droit civil. Les obligations. Le contrat*. T. III, 2ª ed., París, Económica, 1990 y *Teoría General del Contrato*, Vol. I, Trad. J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1993, entiende por “cláusula monetaria”, la estipulación de un contrato en virtud de la cual el pago debe efectuarse en determinada moneda con exclusión de otra (cláusula de pago en moneda extranjera o cláusula relativa a la moneda de pago), o también aquella en virtud de la cual la suma que se va a pagar en moneda nacional se fijará con arreglo a la cotización de esta en relación con una moneda extranjera (cláusula de pago valor moneda extranjera o cláusula relativa a la moneda de cuenta). La cláusula de indexación, también llamada cláusula de escala móvil o de corrección monetaria, es la que hace variar el monto de una deuda en moneda, de conformidad con la evolución del precio de un índice constituido por un bien o por un servicio.

<sup>2</sup> Cfr. J. Carbonnier. *Derecho Civil*, Trad. de M. M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1965, T. II, Vol. I, pp. 26 a 29, 34 a 42, 57 a 66.

<sup>3</sup> Cfr. F. Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Trad. SSM., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas-Europa-América, 1979, T. IV, n. 112, pp. 212 y ss. Son cláusulas de “garantía monetaria”, aquellas con las cuales las partes cubren los riesgos de valor, cuyos tipos frecuentes son las de “oro-valor”, “moneda extranjera”, “producto agrícola”, “frutos” (granos, vino, leche, etc.) y “números índices”.

<sup>4</sup> K. Larenz. *Derecho de Obligaciones*, Trad. J. Santos Briz, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1958, T. I, § 13, p. 182. Para protegerse del riesgo de devaluación monetaria, los acreedores permiten frecuentemente establecer en el contrato las denominadas cláusulas de aseguramiento del valor (*Wertsicherungsklauseln*) o “cláusulas de estabilización”, conforme a las cuales la cuantía de la deuda se expresa ciertamente en RM., pero al mismo tiempo se estipula que cada marco deba ser calculado de acuerdo con el precio de una cantidad determinada de oro fino (“cláusula valor oro”) o de otra clase de mercancía, (p. ej., centeno o carbón) o de una suma determinada de otra moneda extranjera (p. ej., el dólar). Al concertar esta estipulación no se prevé la entrega efectiva de la cantidad de oro correspondiente o el efectuar realmente el pago en moneda extranjera.

<sup>5</sup> Cfr. A. Martínez Sarrión. *Las cláusulas de estabilización monetaria*, en estudios de Derecho Privado, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1962, T. I, pp. 520 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. R. Fabre. “Les clauses d’adaption dans les contrats”, *Revista trimestral Derecho Civil*, 1983, pp. 1 y s.; J. P. Delmas-Saint-Hilaire, *L’e adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, *Etudes de droit privé*, sous la direction et avec une préface de P. Durand, París, L. G. D. J., 1960, N° 29 y s, p. 209.


<sup>7</sup> Cfr. En contra Jorge C. Cubides. “El valor constante en ahorros y préstamos”, *Revista Universitas*, N° 44, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1973, p. 163.

<sup>8</sup> Cfr. G. Bozzi. “Cláusula di indicizzazione legale”, in *Diritto Monetario* (collana *Dizionario di diritto privato*) a cura N. Irti-G. Giacobbe, Giuffrè, 1987.

<sup>9</sup> Cfr. F. Hinestroza. “Función, Límites y Cargas de la autonomía privada”, *Estudios de Derecho Privado*, Homenaje al Externado en su Centenario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 1 y ss.

<sup>10</sup> La autonomía privada de autos y nomos, es expresión del derecho subjetivo y de la libertad. Sin desconocer su consagración constitucional (arts. 58, 59 a 66, 78, 82, 150 [19]M [23], 332, 333, 334, 335, 373) y legal, en general y, tratándose de las relaciones jurídicas, en el negocio jurídico y en el contrato, en especial, su reconocimiento no es absoluto ni confiere poderes libérrimos. El Estado, la sociedad y los particulares, progresivamente la han restringido a punto que la mayoría de sus expresiones se reducen y cercenan. *Prima facie*, en una postura tradicional, se impone, el respeto del sujeto jurídico y de los derechos e intereses ajenos; ulteriormente, su función o utilidad lógica y pragmática sin posibilidad de desconocimiento alguno y, en su reconocimiento y ejercicio, la orientan y restringen el orden público, ya político, ora social, bien económico, sea expreso, sea virtual y las buenas costumbres, al constituir esfera de intereses vitales, ineludibles e imprescindibles que comportan al Estado, a la sociedad o a determinados sectores sociales o una moral o ética media, comúnmente colectiva; luego, las condiciones normativas impuestas, inclusive retrospectivamente y a nivel de exclusión o de prohibición (parte, contrato, contenido y efecto forzados) y las condiciones negocialmente impuestas, (precisión de parte por calidad, aptitud, concentración, especialidad o exigencia; contenido predisposto por adhesión, condición general de contratación, contrato “normativo”, “tipo”, “patrón”, “global”, “standar”, “recetario o formulario contractual y término de referencia o reenvío) cuando no la vertiginosidad del tráfico (contratación en masa, standar, contrato de hecho), singularizan su órbita. Análoga consideración es pertinente a las usualmente nominadas “cargas”. En fin la ideología directriz de una sociedad precisa la extensión de la autonomía, hoy y cada día, un reducto aparente y difuso. Cfr. En contra, F. Hinestroza. *Op. cit.*, pp. 9 y ss; F. Galgano. “Il negozio giuridico”, *Trattato di diritto civile e commer*, Cicu-Messineo, Vol. III, T. 1, Milano, 1988, pp. 43 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. E. Quadri. “Il problema delle clausole monetarie tra autonomia e controllo”, *Credito e moneta*, collana, *Diritto e problemi contemporanei*, rassegna, saggi, a cura di M. Mazzoni-A. Nigro, 1982; L. Pierallini. “Condizioni generali di contratto e clausole di indicizzazione”, *Diritto Monetario* (collana *Dizionario di diritto privato*) a cura N. Irti-G. Giuffrè, Giacobbe, 1987.



En todo caso, su origen es de naturaleza negocial<sup>12</sup> y pueden referir a índices normativos o contractuales, o de reglamentaciones sectoriales o gremiales e inclusive contemplarse mediante retribución de bienes o servicios sin motivación o simetría alguna.

### III. CLÁUSULAS SUSTITUTIVAS Y PARAMÉTRICAS

El interés práctico de la problemática inherente a la integridad del cumplimiento de las obligaciones dinerarias, principalmente, de las pecuniarias primarias, genuinas u originarias, esto es, consistentes desde su surgimiento en el pago de una suma de dinero, propicia en el tráfico jurídico la creación de sistemas disímiles<sup>13</sup> para estabilizar el valor de la moneda y mantener su constancia entre el origen y el instante de su pago.

Las cláusulas indizatorias pueden asumir modalidades y variaciones múltiples, simples o complejas<sup>14</sup>, genéricas o específicas, comunes o especializadas, según la posición, situación, época, medio, lugar y los sujetos de la relación obligatoria.

Las partes pueden remitirse a un signo monetario diferente (oro, plata, moneda extranjera), a un patrón de medición en el mercado del valor de la prestación o de ciertos artículos, bienes, cosas, mercaderías o servicios (cereales, trigo, pan, cemento u otra mercancía) o a escalas e índices fluctuantes (índices o escalas móviles).

Las cláusulas negociales pueden apuntar a la sustitución o cambio del signo monetario de curso legal y forzoso por el oro, plata, moneda extranjera o mercancía (cláusulas sustitutivas) o a un parámetro comparativo prestacional de valores entre la moneda propia, el valor del metal, de la moneda extranjera, del producto o del servicio (cláusulas paramétricas).

En las cláusulas “oro”, “moneda oro” y “moneda extranjera”, el oro o la moneda extranjera se establece por medio de solución o pago de la prestación y el deudor sólo cumple entregando la cantidad de oro o de moneda extranjera estipulada<sup>15</sup>. Trátase de la sustitución del signo monetario circulante con poder liberatorio y curso legal.

En las cláusulas paramétricas<sup>16</sup>, v. gr., “valor oro”<sup>17</sup>, “valor moneda extranjera” o “valuta”, el pago de la obligación se realiza en la moneda nacional con curso legal, forzoso y poder liberatorio cuya cantidad resulta de la comparación entre el valor de la prestación, el del oro o divisa extranjera al momento de la obligación y al del cumplimiento.

En esta hipótesis no se sustituye la moneda de pago por el oro o la moneda extranjera tomándose su valor por referencia de ajuste y determinación de la cantidad de moneda de curso legal y forzoso para el pago.

<sup>12</sup> En los últimos tiempos, no existe en la teoría y filosofía general del derecho, figura de mayor atracción, sugestión e importancia a la categoría del negocio jurídico, desde cuya construcción técnica, ha gestado profundas reflexiones y controversias que destacan su mayúscula trascendencia. La bibliografía es extensa. Sin embargo, no es conocida ni tratada adecuadamente en nuestro país, quizá por la influencia francesa del acto jurídico y la utilización cotidiana y frecuente del contrato, una de sus especies. Usualmente, se le confunde con el acto jurídico y se niega sin entendimiento ni lógica en el ordenamiento jurídico, especialmente, por la doctrina laboral y administrativista. Del mismo, hay referencias concretas en el Código de Comercio y, la jurisprudencia, recientemente principia sin mayor desarrollo a familiarizarse con la expresión. La terminología es también confusa. Se le ha definido por acto de voluntad interna con relevancia jurídica, declaración o manifestación de voluntad, precepto de autonomía privada dispositiva o normativa, acto con tipicidad legal o social, concepciones todas discutibles, por cuanto en oportunidades, de tiempo atrás crecientes, sin voluntad, sin declaración, sin manifestación, sin su tipificación normativa o social, sin autonomía privada, surge como una realidad indiscutible. Hoy, la tesis más difundida y aceptada es la de la autonomía privada; sin embargo, el negocio puede ser un acto heterónimo e impuesto por el Estado o por los particulares y, las más de sus importantes expresiones se cercenan, excluyen o restringen en ciertos casos. El negocio jurídico, es acto dispositivo de intereses con relevancia jurídica, independientemente de obedecer a un acto o declaración de voluntad, de autonomía o heteronomía privada y, de ostentar tipicidad normativa o en los usos y prácticas, siendo la disposición de intereses el aspecto constante que le estructura. Escapa a las reflexiones de este escrito un análisis detenido de la figura y de su indiscutible admisibilidad en la disciplina jurídica y en el ordenamiento colombiano. Por todos, para su entendimiento y recepción en Colombia, entre sus numerosos estudios sobre el particular, Cfr. F. Hinestrosa. “Función, Límites y Cargas de la autonomía privada”, Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Externado en su Centenario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.

<sup>13</sup> Cfr. A. Sciarrone. L'interposizione della Banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, Giuffrè, 1997.

<sup>14</sup> Cfr. A. Martínez Sarrión. “Las Obligaciones pecuniarias”, Estudios de Derecho Privado, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1962, T. I, pp. 499 y ss; id., Las cláusulas de estabilización monetaria, T. I, pp. 520 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. M. Planiol y J. Ripert. Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Trad. de M. Díaz, La Habana, Cultural S. A., 1936, T. VII, N<sup>os</sup> 1167 y 1170, pp. 505 y 510.

<sup>16</sup> A. Bruno. “Clausole parametriche: esperienze straniere”, Diritto Monetario (collana Dizionario di diritto privato) a cura N. Irti-G. Giuffrè, Giacobbe, 1987.

<sup>17</sup> Checchini. “Clausula oro”, Diritto Monetario (collana Dizionario di diritto privato) a cura N. Irti-G. Giuffrè, Giacobbe, 1987.

<sup>18</sup> Cfr. D. Medicus. Tratado de las Relaciones Obligaciones, Vol. I, Trad. A. Martínez Sarrión, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1995, p. 91.

<sup>19</sup> Los negocios jurídicos sobre tipos de interés a plazo y futuros (SWAP,

El parámetro o punto de comparación es el valor del oro o de la moneda extranjera, y toda oscilación del valor de la moneda nacional y el valor del metal o de la moneda extranjera se toma para determinar el valor real de la prestación al momento del cumplimiento que se hará en la cantidad de moneda resultante.

Actúa, de esta forma, el valor del metal o de la divisa extranjera no como sustitutivo de la moneda del pago sino como determinante de la cantidad de moneda con la cual debe pagarse.

Las cláusulas de “especie, producto, frutos” o “valor en especie, producto o frutos” (cereales, trigo pan, leche, vino, cemento etc.), por lo general, actúan en su orden sustituyendo la moneda del pago por especie, producto o fruto señaladas con función de cambio o determinando la cantidad de signos monetarios de pago con alusión al valor de especie, producto, fruto, mercancía, artículos o bienes de naturaleza diferente indicadas por referencia de valor.

En las cláusulas de “escala móvil”, “índices fluctuantes” o “números índices”, se toma por referencia de valor las escalas e índices móviles de precio de productos o de servicios, determinándose la cantidad de moneda de pago según la variación del valor de los bienes o servicios o de conformidad con el aumento del costo de vida.

*...el referimiento a índices fluctuantes,  
al valor de la moneda extranjera,  
del oro, de las mercaderías, etc.,  
de suyo cambiantes y en cierta  
medida arbitrarios, al igual  
que una disciplina legal rígida  
plantean inconvenientes concretos,  
por virtud de las oscilaciones  
monetarias y del exceso que  
entrañan...*

#### **IV. CLÁUSULAS DE RESERVA DE LA PRESTACIÓN, DE EXPECTACIÓN, DE PRECIO Y DE VOLUMEN DE NEGOCIOS**

También se acostumbra a clasificar las cláusulas negociales en cláusulas de reserva de la prestación, de expectativa, precio y volumen de negocios.

En las cláusulas “libres de autorización”, dentro de éstas, la de “reserva de la prestación” las partes reservan el derecho a revisar y establecer el contenido del negocio en presencia de determinadas circunstancias, p. ej., modificación del índice de nivel de vida.


En las cláusulas de “expectación” las partes conexas el valor de la prestación al precio futuro de prestaciones similares, v. gr., el salario.

En las cláusulas de reserva de “precio”, los sujetos de la relación obligacional, conectan el valor de la prestación al de los costos de producción de un bien por el cual se paga el precio, “tal es el caso, por ejemplo, del precio del fluido eléctrico que está ligado al del carbón” y, en las de volumen de negocios o de participación, conectan “el montante de una prestación dineraria con el volumen de negocios o con la ganancia del deudor de esta prestación”<sup>18</sup>.

#### **V. CLÁUSULAS DE TASAS VARIABLES, DE FUTURO Y DE HARDSHIP**

En el mercado financiero la utilización de índices de precios determinados a una tasa de interés, es usual para mantener o recuperar el valor del poder adquisitivo de la moneda.





Son frecuentes las obligaciones de “tasas variables” para efectos del reembolso del capital y la precisión de su valor a este instante. Así, en el *Drop lock bonds*, los títulos obligacionales se caracterizan porque la tasa de rendimiento originariamente pactada tiene una tendencia variable y puede convertirse en una tasa fija a discreción del inversionista. La convertibilidad generalmente es automática y devenida del rendimiento de la tasa mínima predeterminada, con un factor de conversión (*Trigger Rate*) o tasa de conversión a un período contractual predefinido, igual o superior al factor.

El *Toro e Orso*, constituye innovación reciente en el mercado financiero, en el cual, la obligación genera una tasa fija caracterizada por la variación del reembolso del capital con base en un índice de naturaleza financiera, valutario o real, que en la práctica se adapta al valor de otro bien (p. ej., petróleo, oro) en el mercado. El parámetro de referencia, sin embargo, es difuso y se determina por el valor de reembolso según la variación puntual registrada al fin del período en el índice fijado al inicio.

Son, igualmente, comunes en el mercado las obligaciones *bulls e le bears*, con tasa fija inicial y variable según índices generales de la bolsa o del mercado accionario, cuyo aumento provoca de inmediato el aumento del valor nominal del capital; la *Hell and Heaven- Zero coupon bonds*, *Coupon stripping*, a *cedola ridotta*, *Deep discount bonds*.

Las partes, también, podrán referirse a tipos de futuros financieros, rentas fijas variables, tasas de interés a plazo y futuros<sup>19</sup>.

En los contratos internacionales de ejecución sucesiva, es común la cláusula de *hardship*<sup>20</sup>, por cuya inteligencia se acuerda desde su celebración, la revisión del contenido prestacional cuando se modifican las condiciones económicas iniciales, presentando el inconveniente de la precisión de la materia objeto de renegociación bajo determinada consideración subjetiva respecto de las circunstancias y de sus efectos, pudiendo devenir en una controversia.

## VI. EFICACIA E INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS NEGOCIALES DE INDEXACIÓN

Sobre este aspecto se ha debatido intensamente; los partícipes del principio nominalista absoluto las estiman nulas porque, en su sentir, ni la moneda ni su valor son susceptibles de sustitución ni de modificación particular al asignarse imperativamente por el Estado<sup>21</sup>, sin que la permisión prevista en el artículo 2.234 del C. C. comporte la potestad de modificar el valor de la moneda con poder liberatorio, curso legal y forzoso al ser orden público y, en cuanto su admisión, entrañaría el desconocimiento de la soberanía y del régimen monetario, la ruptura del orden público económico, la alteración del valor nominal, la economía y propiciaría procesos inflacionarios.

La corriente contraria preconiza su eficacia, basándose en las libertades económicas, la iniciativa y autonomía privada negocial, el equilibrio prestacional, la imprevisión<sup>22</sup>, la equidad y el repudio del enriquecimiento o sustentándose en su función práctica o ratio constitutiva de parámetros de medición del valor real prestacional<sup>23</sup> y no de sustitución de la moneda<sup>24</sup>, e inclusive destacando la incon-sistencia de la tesis del orden público<sup>25</sup>.

La jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, sancionó con nulidad absoluta estas cláusulas por la desconfianza de las partes a la moneda nacional, contrariedad del orden público, el curso forzoso y legal de la moneda y por sus efectos inflacionarios<sup>26</sup>, admitiendo su eficacia tratándose de pagos internacionales y, acudió a criterios diversos como el de la intención real de las partes, la incidencia general o particular de la indización, el tipo negocial, la naturaleza de la relación jurídica, la actividad de los sujetos, la reciprocidad de la estipulación o la referencia a valores controlados por el Estado.

CAP, FLOOR, COLLAR, FOWARD-FOWARD, FRA) y de futuros financieros sobre intereses, conciernen a relaciones jurídicas diversas, siendo confusa la aplicación de sus mecanismos con fines de indexación es confuso.

<sup>20</sup> Cfr. B. Oppetit. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship", Journ. dr. inter, Clunet, 1974, p. 794; D. Francon. La clause de "hardship" in Les troubles d'exécution du contrat en droit français et allemand, Rap. du 11e sémin, commun des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, Heidelberg, 1981, p. 299; J. Pellerin. Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre cocontractants, th. Paris, II, dacty., 1977, n. 204, p. 419. F. Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial, Trad. SSM., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas-Europa-América, 1979, T. IV, § 112, pp. 213, 214 y 215 A.

<sup>21</sup> Cfr. H. Toro Agudelo. La intervención presidencial en el Banco emisor y en el Ahorro Privado, Medellín, Edit. Lealón, 1973, p. 60, quien rechaza las cláusulas de salvaguardia de oro, valor oro, moneda extranjera y mercancía, porque el sistema monetario es de orden público, se reserva al legislador y no puede alterarse por los particulares.

<sup>22</sup> Cfr. G. Pinzón. "La corrección monetaria en el pago de las obligaciones comerciales a plazo", Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Vol. 71, Enero-Diciembre de 1978, pp. 59 y 60: "En desarrollo de la imprevisión, el equilibrio prestacional y la autonomía contractual, estima lícitas las cláusulas para remediar la desvalorización monetaria, por ejemplo de índices especiales de precios o de cambio o de cualquiera otra medida utilizable de manera cierta o segura, como una sobretasa determinada por desvalorización de la moneda, a fin de que cuando se venda a plazo se reciba al vencimiento de cada uno de ellos, la cuota correspondiente al valor real o comercial convenido como precio", porque así "puede mantenerse el equilibrio de las prestaciones durante todo el plazo o hasta cuando se haga el pago; y así se da pleno desarrollo a los principios latentes en los artículos 920 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil, que dejan a salvo la autonomía de las partes para fijar el precio de la compraventa en cuanto a su importe, término y lugar de pago, modo de hacerlo, etc., con la garantía que representa para esa autonomía o libertad el artículo 1627 del mismo.

<sup>23</sup> Cfr. F. Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial, Trad. SSM., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas-Europa-América, 1979, T. IV, § 112, pp. 212 y ss. Son censuradas por ilicitud al contradecir la ley, el "orden público monetario", pero son lícitas y válidas al descansar sobre la premisa de "la admisión de la variación del poder de adquisición de la moneda nacional" y, en cuanto, por éstas, se restituye el valor real fijándose la cantidad de moneda con poder liberatorio.

<sup>24</sup> Cfr. K. Larenz. Derecho de Obligaciones, Trad. de J. Santos Briz, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1958, T. I, § 13, p. 182.

<sup>25</sup> J. C. Restrepo Salazar. Las obligaciones en moneda extranjera, Bogotá, Edit. Kelly, 1969, pp. 108 y 109. Destaca la simplicidad de las tesis atañederas a la soberanía monetaria y al orden público para sancionar la nulidad de las cláusulas monetarias, de las cuales la única atentatoria del curso forzoso sería la de pagar en oro, "todas las demás, desde el momento en que utilizan como unidad de medida la moneda legal, no están haciendo otra cosa que desarrollar las prerrogativas que les otorgan el régimen de curso forzoso. Un acreedor de cláusula valor oro, no está pretendiendo que el Banco de la República le reembolse por ventanilla las monedas oro a las que hipotéticamente se hiciera merecedor. No está conspirando contra la inconvertibilidad de la moneda. Busca apenas una fórmula para no arruinarse".

<sup>26</sup> Casación de mayo 17 de 1927, Rec. Dalloz et Sirey, 1928, pp. 28 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Casación de noviembre 22 de 1951, Sem. Jur. L. 951, II, N° 6.649; (Corte de Apelaciones de París, Sentencia de julio 3 de 1951, Rec. Dalloz et Sirey, 1951, p. 531; Casación de noviembre 3 de 1953, Rec. Dalloz et Sirey, 1954, I, p. 1; Corte de Apelaciones de Aix en Provence, Sentencia de abril 2 de 1951, Rec Dalloz et Sirey, 1951, I, p. 170.

<sup>28</sup> Cfr. Casación Civil 1ª, de junio 27 de 1957, D. 1957, p. 649, con nota de Ripert, en J. C. P. 1957, II, p. 10093 bis, con conclusiones de Beson; y Rec. Dalloz et Sirey, 1957, I, p. 649.

<sup>29</sup> Casación Civil de mayo 1º de 1966, D. 1966, p. 497, con nota de Malaurie, en J. C. P. 1966, II, p. 14871, con nota de Lévy.

<sup>30</sup> Casación Civil de febrero 15 de 1972, D. 1972, p. 339; J. C. P. 1972, II, p. 17094, con nota de Lévy.

<sup>31</sup> Casación Civil de marzo 7 de 1984, Bull Civ. I, n. 91; Rev. trim. dir. civ. 1985, p. 174, obs. Mestre.

<sup>32</sup> Casación Civil de junio 28 de 1958, D. 1965, p. 682. Jurisprudencé Constante; par ex. Civ. de julio 17 de 1972, D. 1973, p. 238, nota de Malaurie.

<sup>33</sup> Casación Civil de junio 6 de 1984, J. C. P. 1985, II, p. 20471, con nota de Lévy, Rev. trim, dir, civ, 1985, p. 173, con obs. de Mestre.

<sup>34</sup> Casación Civil de noviembre 9 de 1981, Bull Civ. I, n. 332, Rev. trim. dir. civ. 1982, p. 601, obs. de Chabas de julio 22 de 1987, id. n. 151; Lyon de julio 9 de 1990, D. 1991, p. 47, nota de Malaurie.

<sup>35</sup> Casación Civil de marzo 25 de 1981, Bull civ. n. 104 de octubre 11 de 1989, D. 1990, p. 167, nota de La marniere; J. C. P. 1990, II, p. 21393, nota de Lévy; Morgan de Rivery. Guilaud, Gaz. Pall, 1991, Doctr. 243; Civ. de marzo 29 de 1991, Bull Civ. II, N. 165 y Ley 92-666 de julio 16 de 1992, artículo 14.

El rigor de la ineficacia absoluta se atenúa con el reconocimiento de las cláusulas de escala móvil, con las cuales el acreedor prevenía el riesgo de inflación acordando la determinación del monto del pago, con las variaciones del precio de mercaderías o el índice de precios al consumidor, permitiéndolas si no atentan contra las leyes monetarias y el acreedor recibe el pago en la moneda de curso forzoso y legal y por su valor nominal.

Sin embargo, la validez de las cláusulas de escala móvil, debía analizarse en el caso específico en consideración a la naturaleza del contrato, a la intención y actividad de los contratantes. Así, la referencia expresa a la pérdida del poder adquisitivo del franco, se consideró modalidad de fraude para eludir su curso forzoso las cláusulas generales y las tendientes a sustraerse de la moneda circulante o a enervar las oscilaciones monetarias del franco, las relativas al índice de precios con idéntica intención (y las benéficas a uno de los sujetos eran nulas<sup>27</sup>.

En Casación de junio 27 de 1957<sup>28</sup>, la Corte Francesa, basándose en el carácter dispositivo del artículo 1895 del C.C. atenúa su posición y en Casación de mayo 1º de 1966, sostuvo que la imperatividad del nominalismo no podía prevalecer sobre la equidad, admitiendo la validez de las cláusulas monetarias bajo cierto respectos<sup>29</sup>. Pueden convenirse factores de reajuste con base en índices salariales de ciertas categorías profesionales<sup>30</sup>, o relacionados con la actividad de una de las partes<sup>31</sup>, siendo una cuestión de hecho<sup>32</sup> que debe apreciarse al instante de la conclusión del contrato<sup>33</sup>, aplicándose en principio el índice fijado en el contrato, salvo ilicitud, hipótesis en la cual el juzgador sustituirá el índice ilícito por uno ilícito<sup>34</sup>, estimándose igualmente lícitas las estipulaciones de pago en moneda extranjera<sup>35</sup>.

Por Ordenanza 58-1374 de diciembre 30 de 1958, modificada mediante la 59-246 de febrero 4 de 1959 y por Ley 70-600 de julio 9 de 1970 y por la Ley 77-1457 de diciembre 29 de 1977, Ley 72-357 de abril 27 de 1982 se reglamentaron cláusulas de ajuste monetario para ciertos contratos, que permite su estipulación siempre que tuvieran relación con el objeto y actividad de las partes.

En el ordenamiento italiano, con la interpretación del artículo 1467 C. C., la jurisprudencia aplicaba la revaluación monetaria. Sin embargo, la incertidumbre de las tasas e índices diferenciales, específicamente de escala móvil, precisan la Ley 449 de diciembre 27 de 1997, cuyo artículo 54 para efectos del ajuste de valor de las relaciones crediticias derivadas del trabajo subordinado y asimiladas, sustituye la referencia normativa o negocial del índice de escala móvil –aplicable a las prestaciones pecuniarias por remisión de los artículos 150 y 329 del C.P.C.– por el índice del costo de la vida per famiglie di operai ed impiegati<sup>36</sup>.

Nuestra jurisprudencia, al principio soportada en el sistema nominalista, rechazó las cláusulas de reajuste monetario convencional por contradecir la soberanía monetaria y el orden público<sup>37</sup>.

En el fondo, razones de política legislativa y el temor a propiciar la desconfianza del signo monetario o procesos inflacionarios en detrimento del tráfico jurídico, constituyeron el soporte de mayor relevancia de esta concepción, cuyas conclusiones a la luz del ordenamiento jurídico, sin embargo, se cuestionaron con argumentación similar a la expuesta por los juristas franceses.

En Sentencia de abril 28 de 1937, la Corte Suprema de Justicia, analiza pormenorizadamente las diferentes corrientes expuestas, inclinándose por la ineficacia de la cláusula negocial “valor oro” por razones de interés general, soberanía monetaria y orden público, en tanto, al contrariar las normas imperativas y el derecho público de la Nación adolecen de ilicitud<sup>38</sup>.

En Casación Civil de abril 24 de 1979<sup>39</sup>, la Corte Suprema partiendo de la “soberanía de la voluntad”, por no estar prohibido expresamente, no reñir con el orden público ni las buenas costumbres, admitió la validez de las cláusulas de reajuste monetaria, sustentándose además en su utilización legal con el

sistema UPAC<sup>40</sup>, en el equilibrio económico, la equidad y el repudio al enriquecimiento, en tanto con éstas se propicia la estabilidad de la moneda y la pérdida de su poder adquisitivo.

<sup>36</sup> La Ley 449 de diciembre 27 1997, “Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica”, Pubblicata in Supplemento Ordinario, N° 255/L alla G. U. de dicembre 30 1997, n. 302, en su artículo 54 preceptúa: A decorrere dal 1 gennaio 1998, ogni rinvio normativo o contrattuale all'indice del costo della vita calcolato ai fini de la scala mobile delle retribuzioni dei lavoratori dell'industria (cosiddetto indice sindacale) debe intendersi rinvio all'indice dei prezzi al consumo per famiglie di impiegati ed operai calcolato dall'Istituto nazionali di statistica e pubblicato mensilmente sulla Gazzetta Ufficiale. La Commissione Centrale che svolge funzioni di controllo sulla elaborazione ed il calcolo dell'indice sindacale é soppressa. Esta norma es desarrollada por Decreto Legislativo 18 giugno 1998, n. 237, “Disciplina dell'introduzione, in via sperimentale, in talune aree, dell'istituto del reddito minimo di inserimento a norma dell'articolo 59, commi 47 e 48, della legge 27 dicembre 1997, n. 449” (Pubblicato in G. U. 20 luglio 1998, n. 167) y, decreto legislativo 109 de marzo 31 de 1998, regula “Definizioni di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate, a norma dell'articolo 59, comma 51, della L. 27 dicembre 1997, n. 449” (Pubblicato nella G. U. 18 aprile 1998, n. 90).

<sup>37</sup> Cfr. Sentencias de febrero 25, abril 28 y noviembre 13 de 1937 (G. J., T. XLIII, N°s 1920 y 1921 y G. J., T. XLIV, N°s 1920 y 1921, p. 647) preconizando la ineficacia de “todo tipo de cláusulas oro y valutarias que se pacten entre los colombianos residentes con el fin de proteger los contratos internos contra cualquier imprevisita depreciación monetaria”.

<sup>38</sup> Cfr. Casación Civil de abril 28 de 1937, Ponente R. Hinestrosa D. G. J., T. XLIV, pp. 640 y ss., con apoyo en el ordenamiento jurídico y en el análisis de las distintas tesis expuestas por Geny (La validité juridique de la clause “payable en or”), Lyon-Caen y Renault (Traité de droit commercial, V. IV, pp. 698 y ss.), Colin y Capitant (Cours élémentaire de droit civil français), Planiol y Ripert, Nussbaum y la jurisprudencia francés, reiteró la nulidad de la cláusula “valor oro” pactada en un contrato de arrendamiento, al discrepar del orden público e interés general, tanto más por cuanto en el fallo de Sala Plena de febrero 25 de 1937, “en lo que respecta a la moneda optó por el sistema nominalista, en cuanto haya que el valor de ella se determina en cada Estado por las disposiciones de este Estado y no por el precio comercial del metal contenido en cada pieza. Si, a la luz de ese fallo, y tal como concurren demostró también las transcripciones precedentes, disposiciones como las nuestras citadas y parcialmente transcritas –de ellas cardinalmente dicho inciso 2 del artículo 2° de la expresada Ley 46– son de interés general, de orden público, y aún, por mejor decir, con la feliz expresión atrás copiada, de salud nacional, no las pueden arrogar las estipulaciones de los contratos entre particulares por medio de las cuales estos pretendan eludirlos o desvirtuarlos en su cumplimiento, así esas estipulaciones sean obra de precaución o de resguardo anticipado”.

<sup>39</sup> Cfr. C. S. J., Sala Civil, Sentencia de abril 24 de 1979, Ponente Alberto Ospina Botero: “Asistidas las partes del principio de la soberanía de la voluntad, les es lícito pactar que el pago de obligaciones dinerarias diferidas se haga en moneda colombiana con sujeción al sistema de valor constante de que tratan los Decretos 677, 678 y 1229 de 1972, pues se trata de un mecanismo que no riñe con las normas de orden público, de las buenas costumbres y que, por el contrario, tiene por venero la misma ley, así el ordenamiento lo haya empezado a utilizar en un campo de la economía nacional, por cierto muy importante y vasto, como lo es el del ahorro y la construcción. A riesgo de fatigar con la repetición, se insiste en que este sistema no constituye o configura un nuevo signo monetario, ni algo extraño al desenvolvimiento económico del país [...] En los momentos actuales, las obligaciones de dinero deben pagarse en moneda colombiana, o sea, en billetes emitidos por el Banco de la República (Ley 46 de 1923, art. 2°; Ley 167 de 1938, art. 3° y C. Co., art. 874), sin que esto sea óbice para que las personas, en sus negocios jurídicos, acuerden e inserten cláusulas de ajuste o corrección, que la misma legislación colombiana ya autoriza en algunos sectores

No obstante el reconocimiento jurisprudencial de la eficacia de las cláusulas de indexación, es dudosa la inherente a las sustitutivas, salvo cuando se trate de la sustitución de la prestación inicialmente debida al

de la economía nacional. El hecho de que en las relaciones contractuales se establezcan cláusulas de corrección, fuera de que no está prohibido, es una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, a precaver el enriquecimiento torticero, y a contratar sobre el valor real de la moneda. Percibir las partes esta realidad, no conduce a causar una inflación, ni agrava la existente si la hay. Por otra parte, no debe perderse de vista que por imperativo legal, el pago, para que produzca el importante efecto de extinguir la obligación, entre las varias exigencias legales debe ser íntegro o total (art. 1649 C.C.), como también la de que el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que la que se le deba y, además, que "se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación" (art. 1627 C.C.). Conviene sí aclarar que no en todo género de contratos civiles se encuentra la vía expedita para que las partes tengan en cuenta las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, porque algunos, como el contrato de arrendamiento de predios urbanos, de venta de artículos de primera necesidad, y en todos aquellos que se encuentren controlados e intervenidos en el precio y pago de obligaciones dinerarias, escapan a la libre regulación de las partes y, por ende, a los pactos de ajuste". El salvamento de voto a esta sentencia proscribió la extensión general del sistema Upac a toda clase de prestaciones pecuniarias, al tratarse de normas específicas propias de las operaciones de corporaciones de ahorro y vivienda y ahorradores, mecanismo exceptivo creado con base en atribución constitucional que no puede extenderse a contratos distintos de los previstos en su ordenación; porque está prohibido el reajuste monetario con índices generales de precios al consumidor, empleados y obreros, admisible sólo en algunos negocios.

<sup>40</sup> El sistema UPAC, no es parámetro idóneo para la actualización monetaria de las deudas pecuniarias en general, por el evidente desequilibrio económico prestacional, la inequidad y el enriquecimiento progresivo que propicia a contrariedad de su designio primario de desarrollar una función práctica y económica social loable mediante la captación o canalización del ahorro privado para la construcción y la adquisición financiada de vivienda. El sistema implica el reconocimiento simultáneo de corrección monetaria e intereses sobre el capital y la corrección misma, aproximándose al interés compuesto. La obligación en moneda nacional se estipula por su equivalente en unidades de poder adquisitivo constante "UPAC" con reajuste periódico según las fluctuaciones del poder real del dinero en el mercado y los intereses se liquidan sobre el valor principal acumulado. Con prescindencia de las concepciones constitucionales y normativas, con arreglo a las cuales es cuestionable su juridicidad, la inequidad en las relaciones jurídicas con el pago excesivo de un capital y, las dificultades prácticas e indudables suscitadas con el empobrecimiento paulatino de los deudores, exigen una revisión profunda y freno al abuso. Incluso, un costo exagerado, podría reclamarse por desequilibrio económico sobrevenido, inexigibilidad de otra conducta y, aún más, frente a la claridad de los artículos 64, 65 y 68 de la Ley 45 de 1990, la corrección monetaria computa como intereses.

<sup>41</sup> Con los Decretos 1683 y 1871 de 1931 se suspendió el libre comercio y exportación del oro, la Ley 167 de 1938, estableció la prohibición absoluta y, el artículo 37 del Decreto 444 de 1967, dispuso que sólo "el Banco de la República podrá comprar, vender, poseer y exportar oro en polvo, en barras o amonedado. No obstante, las personas naturales o jurídicas podrán poseer y negociar oro amonedado con fines de colección o de ornamento".

<sup>42</sup> En esta cláusula el valor de la moneda se determina con base en el valor del oro en moneda al momento del pago. No se contrae la prestación de pagar en oro sino en moneda nacional de curso forzoso al momento de pago y, el oro, es un parámetro de su valor final. Con todo, las fluctuaciones del mercado internacional, en veces, sin relación ni armonía con el valor de la moneda y, las establecidas legislativa o administrativamente a nivel interno, reflejan la artificiosidad e inconveniencia de su utilización, en cuanto, la obligación podrá tener un valor mayor o inferior sin simetría con su valor real.

<sup>43</sup> Esta tesis es censurable; nos parece más apropiada la reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. Sentencia de agosto 4 de 1981, a la cual, puede cuestionarse, sin embargo el irrisorio límite de su reconocimiento, cuando la entidad del daño moral es mayúscula y a veces permanente.

momento del cumplimiento y en lugar de éste (dación en pago) o de una específica permisón normativa.

En efecto, es inadmisibile una permisón general a los particulares para sustituir el signo monetario con poder liberatorio, curso legal y forzoso. Sin duda, la emisi3n, circulaci3n e imperativa aceptaci3n de la moneda, ata3e al orden p3blico pol3tico y se reserva exclusivamente al Estado.

En este sentido, la eficacia de las cl3sulas sustitutivas es discutible, excepto cuando la misma ley de manera expresa e inequívoca, considerando los sujetos, la naturaleza de las relaciones jur3dicas y el tipo negocial, consagre en concreto esta posibilidad.

Las cl3sulas param3tricas, con las cuales se mantiene la moneda de curso legal y forzoso previniéndose un factor de medici3n de su valor, son eficaces y constituyen un desarrollo de la autonomía privada en el tráfico jur3dico.

Así, la prestaci3n de transferir dominio o entregar oro en pago de una obligaci3n, no es v3lida en nuestro ordenamiento jur3dico al desconocer el curso legal de la moneda cuyo monopolio es del Estado<sup>41</sup>.

Por el contrario, la referencia al valor oro es admisible<sup>42</sup> en cuanto que el cumplimiento se hace no en oro sino en moneda nacional, aún cuando, su monto lo certifica el Banco de la Rep3blica según el promedio de las cotizaciones de mercados libres externos en la semana precedente aplicando al valor de la tasa de cambio vigente en la fecha de operaci3n de venta.

Igualmente, el patr3n oro es remitido por el ordenamiento para fijar el monto de algunas indemnizaciones (arts. 1835 y 1881 C. de Co., 106 y 107 C. P.) y ha sido aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para cuantificar el "daño moral"<sup>43</sup> cuyo pago se hará en moneda nacional según certificaci3n del Banco de la Rep3blica y teniendo en cuenta la paridad oficial (arts. 875 C. de Co., y 1º Decreto 1516 de 1974) establecida por la Junta Directiva del Banco de la Rep3blica.



En consecuencia, las “cláusulas oro”, o de estipulación de pago en “oro” al sustituir la moneda nacional son ineficaces; pero la de “valor oro” son plenamente eficaces.

Por otra parte, obligación pecuniaria precisa el deber de pagar determinada cantidad de dinero, usualmente la correspondiente a la moneda nacional vigente al momento de contraerse y cumplirse.

En oportunidades, hay dudas en cuanto a la moneda con la cual debe pagarse, ya por la confluencia de sujetos de diversa nacionalidad, domicilio o residencia, bien porque la génesis y cumplimiento comprenden circunscripciones geográficas disímiles, ora porque, la celebración, ejecución y terminación de la fuente obligatoria no coinciden en el mismo espacio o, por la naturaleza de la relación jurídica u operación que puede ser de cambio internacional.

Desde este punto de vista, la obligación puede contraerse en el extranjero para ser cumplida en éste o por fuera y, en la misma u otra moneda o adquirirse en nuestro territorio para cumplirse en éste o en el extranjero en nuestra moneda o en moneda foránea. A esto se auna la naturaleza pública o internacional de los sujetos o de los negocios jurídicos de los cuales surjan la obligación.

En veces, los sujetos de la relación obligatoria así no se presenten las anteriores circunstancias, pactan la obligación o su pago en moneda extranjera o refieren al valor de ésta para su cumplimiento en una cantidad equivalente al momento del cumplimiento.

En consecuencia, se distingue la prestación en moneda extranjera (obligación en moneda extranjera) y aquella en la cual las partes refieren a su valor para cumplirla en su equivalente en moneda nacional (valor moneda extranjera)<sup>44</sup>.

En nuestro ordenamiento, por lo general, toda obligación surgida de un negocio jurídico celebrado entre residentes, sean nacionales o extranjeros, debe cumplirse en la moneda legal colombiana con poder liberatorio al día del pago (arts. 874 C. de Co. 3º y 28 Ley 1ª de 1991; 3º, Decreto 1735 de 1993)<sup>45</sup>.

Cuando la obligación se estipula en moneda extranjera, se cubren en la moneda o divisa estipulada “si fuere legalmente posible” y lo es tratándose de operaciones de comercio (arts. 874 C.Co. 3º y 28;

Ley 9ª de 1991; 95 Res. 21/93, Junta Directiva Banco de la República).

En caso contrario, se cubrirán “en moneda nacional colombiana conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago” (art. 874 C. de Co.), las cuales actualmente consagran su conversión a la “tasa de cambio representativa del mercado” en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta” (arts. 95 y 96 Res. 21/93, J. D. Banrepública).

Específicamente se prohíbe la estipulación en moneda extranjera de las operaciones realizadas por entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, salvo que correspondan a operaciones de cambio expresamente autorizadas, a contratos de leasing de importación, a seguros de vida, o se trate de la contratación de los seguros que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9ª de 1991.

Por lo tanto, las de “valor moneda extranjera” y las de moneda o divisa extranjera son eficaces, debiéndose en todo caso, cancelar en ésta si obedece a operaciones de comercio exterior o, en su equivalente monetario a la tasa representativa del mercado del día, señalado por las partes o del día en que se contraen si guardan silencio.

A propósito de las restantes cláusulas de indización negocial (valor mercadería, escala móvil, índices, etc.), con idéntica argumentación a la precedente, se postuló su ineficacia<sup>46</sup> salvo reconocimiento normativo expreso<sup>47</sup>.

Con todo, en cuanto estas cláusulas no tiendan a sustituir o cambiar la moneda nacional, el curso forzoso o legal, son admisibles y eficaces, en nada contradicen el derecho cogente, normas de orden público y por el contrario, desarrollan concretamente la autonomía privada dispositiva.

Inclusive el artículo 4º, ord. 8º de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1993, reconocen eficacia a la estipulación de los mecanismos de ajuste y revisión de precios en los contratos estatales e imponen el deber de acudir a éstos y,

en todo caso de emplear fórmulas de actualización con referencia al índice de precios, IPC.

Nada obsta el convenio particular y específico de ajuste de obligaciones pecuniarias con base en un parámetro de referencia de valor entre la constitución y la extinción de la obligación, no existe norma prohibitiva ninguna, y por ende, debe concluirse la eficacia y licitud de estas disposiciones negociales.

Desde otra perspectiva, las posibilidades de abusos y de inestabilidad que puede entrañar la aplicación desmedida de las cláusulas monetarias, el ejercicio indiscriminado de posición dominante y las alteraciones en el tráfico jurídico, propician mecanismos de control administrativo, legislativo y judicial<sup>48</sup>, sin que pueda adoptarse una postura general y definitiva sobre la conveniencia de una modalidad sobre otra.

<sup>44</sup> Cfr. C. Lleras Restrepo. Economía Internacional y régimen cambiario, Osprey Impresores, 1981; R. Barre. Economía Política, T. II, Ariel, 1977; R. Di Stefano. Lineamenti del sistema valutario italiano, T. I, Giuffrè, Milano, 1982; U. Perucci, Il diritto valutario, Bologna, Zanichelli, 1980.

<sup>45</sup> En Sentencia de agosto 18 de 1982, C. S. J., Sala Laboral, se admitió la validez del salario en moneda extranjera convertida en moneda nacional al día del pago, "solución justa, cuando el trabajador se ve obligado a reclamar el salario pactado en divisas, que el patrono no paga oportunamente, pues de otro modo, se vería perjudicado por el proceso de devaluación, el cual beneficiaría en cambio, injustamente al patrono moroso".

<sup>46</sup> Cfr. H. Toro Agudelo. La intervención presidencial en el Banco emisor y en el Ahorro Privado, Medellín, Edit. Lealón, 1973, p. 32: En el campo del derecho privado, el artículo 16 del Código Civil prescribe que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres". Y como todo lo referente al sistema monetario, por ejemplo el valor de cada signo, su poder liberatorio y el curso forzoso, pertenece al derecho y al orden público nacionales, es claro que los particulares no pueden alterar sus disposiciones. De ahí que si algunos preceptos del Código Civil, como los que al tratar del monto de las obligaciones en el mutuo, o del precio en la compraventa, admiten pactos distintos, tales pactos han de entenderse como los que son así posibles por no tocar con normas de orden público, especialmente, para el caso del tipo monetario [...] "Por eso se discute la compatibilidad de las llamadas cláusulas de salvaguardia en las obligaciones privadas –impugnadas tan vigorosamente por el señor Caro en el pasaje atrás citado–, no sólo las llamadas cláusulas en oro o divisas, sino aun las más recientes modalidades que refieren el monto de obligaciones a plazo o de tracto sucesivo al valor de ciertos productos o a determinados índices generales o parciales de precios".

<sup>47</sup> Cfr. H. Toro Agudelo. La intervención presidencial en el Banco emisor y en el Ahorro Privado, Medellín, Edit. Lealón, 1973, p. 32: "la admisibilidad de otro tipo de cláusulas de salvaguardia, distintas a la de oro o de divisas, también parece rechazada en principio por la ley colombiana, como asunto de orden público, y tanto que ha sido siempre de competencia exclusiva del legislador el darles cabida, autorizándolas expresamente en determinados casos".

<sup>48</sup> Cfr. A. Di Majo. "Il controllo giudiziale del principio nominalistico. Profili comparatistici", Credito e moneta, collana, Diritto e problemi contemporanei, rassegna, saggi, a cura di M. Mazzoni-A. Nigro, 1982.



En efecto, el referimiento a índices fluctuantes, al valor de la moneda extranjera, del oro, de las mercaderías, etc., de suyo cambiantes y en cierta medida arbitrarios, al igual que una disciplina legal rígida plantean inconvenientes concretos, por virtud de las oscilaciones monetarias y del exceso que entrañan.

La repartición de riesgos en consideración a la posición de las partes, naturaleza y función de la relación obligatoria podrían constituir factores racionales para la apreciación singular de estos aspectos y la determinación de sus efectos.

De esta manera, el control, *prima facie*, sitúa la problemática inherente a la eficacia e ineficacia de las cláusulas negociales y se extiende a las prácticas abusivas y simulatorias, particularmente, de la tasa o índice de corrección mediante retribución de bienes o servicios sin causa o relación con la obligación. ●