

# OBLIGACIONES PECUNARIAS Y CORRECCIÓN MONETARIA

William Namén Vargas

## I. DIVERSIDAD PRESTACIONAL Y OBLIGACIÓN PECUNIARIA

**T**ODA OBLIGACIÓN tiene un objeto sin el cual no se concibe, carece de entidad: se denomina prestación (*praestare*)<sup>1</sup>, es lo que debe el deudor<sup>2</sup>, y consiste en un comportamiento humano positivo (*facere*) o en una abstención (*non facere*), es decir, en un deber de conducta comisivo o negativo proyectado sobre cosas o servicios<sup>3</sup>, según precisa referencia del ordenamiento o de las prácticas del tráfico.

La prestación positiva, acción, actuación o comportamiento, puede consistir en un *dare* a título de tradición (*dare rem*)<sup>4</sup> o de mera entrega (*dar*), autónoma o fundida en aquélla y con cargo de custodia<sup>5</sup> o en un servicio, actividad, trabajo u *opus* exigible de un sujeto único e insustituible en consideración a determinada calidad, aptitud, conocimiento o cualidad fáctica o normativa (*hacer intuitus personae, intuitus personae vel qualitatis personae*), o realizable por cualquiera (*hacer*

<sup>1</sup> La expresión *praestare* (*praes stare*) puede englobar los tipos de prestación (P. BONFANTE. *Corso di diritto romano*, IV, *Obbligazioni*, Milano, 1966 p. 47; ID. *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp. Bacci/Larrosa, Madrid, 1965, pp. 36 ss.; ID. *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1944, pp. 2 ss.), también designa el cumplimiento de la obligación, quedar como garante (A. GUARINO. *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 1981, N° 74.2, p. 693) o responder de o por algo (G. GROSSO. *Obbligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione*, 3ª ed., Torino, 1970, pp. 33 ss.; ID. *Las obligaciones, contenido y requisitos de la prestación*, trad. esp. F. HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981; E. BETTI. *Istituzioni di diritto romano*, Vol. 2, parte 1ª, Padova, 1962, pp. 33 ss.; P. JORS W. KUNKEL. *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Barcelona, 1965, § 104, nota 3; M. TALAMANCA. "Obbligazioni -diritto romano-", en *EdD*, XXIX, Milano, 1979, pp. 1 y ss.).

<sup>2</sup> Cfr. A. COLIN y H. CAPITANT. *Cours élément. de Droit civil français*, 10ª ed., Paris, De la Morandière, 1953, T. II, p. 56, agregando: «Para encontrarlo, decían nues-

tros antiguos autores, es preciso plantearse la pregunta: ¿*quid debetur?*».

<sup>3</sup> Objeto de la obligación, de suyo es una conducta, el deber del deudor al que corresponde correlativamente el poder o derecho del acreedor; es erróneo e inexacto confundirlo con las cosas o servicios respecto de las cuales se proyecta (POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, Madrid, s.d., N°s 129 ss.) e igualmente referirlo al objeto del negocio jurídico y del contrato, esto es, al interés respecto del cual recae la disposición (L. CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, 1936, T. X, N° 10, p. 15).

<sup>4</sup> Cfr. P. BONFANTE. *Corso di diritto romano*, IV, "Obbligazioni", *cit.*, p. 45; L. CLARO SOLAR. *Explicaciones, cit.*, T. XI, "De las oblig.", II, N° 854, p. 252, y G. GROSSO. *Las obligaciones, cit.*, p. 38.

<sup>5</sup> Cfr. F. HINESTROSA. *Obligaciones, Primera y Segunda Parte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1977, pp. 11 ss.; ID. "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones", en *Revista Universidad Externado de Colombia*, N° 3, Bogotá, 1984, pp. 45 a 71.

*intuitus rei*)<sup>6</sup> e, incluso, implicar transformación de materia, confección de obra y dación de su dominio (hacer, *dare rem*).

El deber de conducta podrá ser exigible y observable desde su génesis (*obligación pura y simple*) o en preciso y cierto plazo consustancial a la naturaleza de la prestación o al interés creditorio (*término esencial*) o carente de este significado (*término simple*) o, acontencida o dejada de suceder determinada contingencia, fruto del azar, de una, de ambas partes, de un tercero o de todos (*condición positiva o negativa, potestativa, causal o mixta*) y en la forma dispuesta por la ley o por las partes (*modo*).

Podrá deberse una sola prestación (*unitaria*) o sólo ser exigible ésta e íntegra por su composición, precepto legal o negocial (*individuum contractu, individuum obligatione, individuum in solutione tantum*) es decir, ser indivisible, o sea, no susceptible de cumplimiento por parte en virtud de su naturaleza, de la funcionalidad o del pago, excluyéndose su fraccionamiento o la posibilidad de su ejecución parcial<sup>7</sup>.

También, podrán deberse varias prestaciones *in obligationem* (complejidad objetiva) para su cumplimiento con la seleccionada por el deudor, el acreedor o por un tercero *per relationem o la concentrada (alternatividad)*<sup>8</sup> o solo una con potestad de cumplir con ésta o con otra señalada desde su origen (*facultatividad*).

La prestación puede exigirse por un solo acreedor y de un solo deudor (*prestación subjetivamente unitaria*) o por varios (*solidaridad activa*) o de varios (*solidaridad pasiva*) o por o de cualquiera de los varios<sup>9</sup>.

La conducta debida podrá concretarse en la sola actividad con patrón de diligencia, cuidado y corrección (medios)<sup>10</sup> o extenderse a un resultado específico con o sin garantía de éste y, además, con cargo de reparación en hipótesis de

<sup>6</sup> Cfr. RESCIGNO. “Obbligazioni [Nozioni]”, en *EdD, cit.*, p. 192 DEMOLOMBE. *Cours*, T. 24, p. 492. *Vid.* arts. 1610, 1611, 1613, 1614, 1616, 1630 [2], 2052, 2053 ss., 2062, 2063 ss., 2189 [5/7] C.C.; 493 ss., 501, 506 C.P.C.

<sup>7</sup> Cfr. G. AMORTH. *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, pp. 22 ss. L. BARASSI. *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. I, “La struttura”, Milano, 1948. R. CICALA. “Divisibilità e indivisibilità”, en *RDC*, 1965, I, pp. 465 ss.; DI MAJO. “Obbligazioni solidali e indivisibili”, en *EdD, cit.*, p. 309; MIRAGLIA. *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984, pp. 111 ss.

<sup>8</sup> Cfr. E. ALBERTARIO. *Corso di diritto romano. Obbligazioni, Parte Generale*, I, Milán, Giuffrè, 1937; V. ARANGIO RUÍZ. *Istituzioni di Diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1968; G. ASTUTI. “Obbligazioni (diritto intermedio)”, en *EdD*; P. BONFANTE. *Istituzioni di Diritto romano*, Milán, Vallardi, 1925; V. GISCARD. *De l'obligation alternative*, Dijón, 1888; M. L. LAROMBIERE. *Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des Titres III et IV Livre III du Code Civil, arts. 1101 à 1386*, T. II, Bruselas, Bruylant-Christophe, 1862; C. LONGO. *Diritto delle obbligazioni*, Turín, Utet, 1960; F. RICCI. *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, Vol. VI, *Delle Obbligazioni e dei Contratti in genere*,

3ª ed., Turín, 1923; F. ROCCO. “Sulla natura giuridica delle obbligazioni alternative. Contributo a una teoria delle obbligazioni a elementi indeterminati”, *Rivista Italiana per la Scienza Giuridica*, Vols. XL y XLI, 1904 y 1905.

<sup>9</sup> Cfr. F. HINESTROSA. “Notas sobre las Obligaciones Solidarias (en el Código Civil Peruano y en otros códigos latinoamericanos)”, ponencia para el Congreso Los diez años del Código Civil Peruano: Balance y perspectivas, organizado por la Universidad de Lima, septiembre 14 al 16 de 1994; E. D. BUSNELLI. *Obbligazioni soggettivamente complesse, Profili sistematici*, Milano, 1974, pp. 21 ss.; M. GIORGIANNI. “Obbligazione solidaria e parziale”, en *Noviss Digesto XI*, 1965, p. 177.

<sup>10</sup> Cfr. H. et. L. MAZEAUD y A. TUNC. *Traité de la responsabilité civile, cit.*, T. 1, N<sup>os</sup> 103-2, BETTI. *Teor. gen. delle obbligazioni*, Vol. I, Milán, 1953, N<sup>o</sup> 1, pp. 40 s.; H. L. y J. MAZEAUD. *Leçons de droit civil*, T. 2, 4ª ed., París, 1969, N<sup>o</sup> 21, p. 15; PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, Segunda Parte, Bogotá, 1951, N<sup>os</sup> 346 ss. y 356 ss.; CSJ. Cas. civ. de noviembre 30 de 1935, XLIII, pp. 176 ss., de mayo 31 de 1938, XLVI, pp. 571 ss., y mayo 21 de 1968, CXXIV, p. 174.

lesión de un derecho o interés, o sea, imponer un comportamiento o resultado calificado por las partes, el ordenamiento o por ambos (resultado simple, resultado calificado, garantía y seguridad)<sup>11</sup>.

La prestación de dar, ya a título de tradición, constitución, transferencia o modificación de dominio o de un derecho real, ora a título de simple dación o restitución de tenencia, se proyecta en una cosa, derecho o interés, es decir, en toda porción del mundo exterior susceptible de aprovechamiento económico, sea corporal o incorporeal, sustituible, cambiable, mudable o única, destruible *erga omnes* o con alcance relativo desde el punto de vista material o jurídico (*usus, abusus*, consumición), esto es, puede tratarse de un género (*genus*) o de un cuerpo cierto (*res certa*).

La apuntada diversidad prestacional destaca la complejidad de la función práctica o económica social del derecho obligatorio, tanto más en tratándose de las obligaciones pecuniarias o atañederas al pago, *rectius*, cumplimiento, de determinada cantidad o suma de dinero caracterizador de la prestación *in pecunia* con prescindencia de cualquiera otra calificación que permite situarla *in concreto* y, de consiguiente, diferenciarla de las restantes prestaciones positivas de dar una cosa, prestar un servicio, transformar materia con dación ulterior, procurar un resultado simple, ampararlo o asegurar el restablecimiento del menoscabo de un derecho, así como distinguirla también de las negativas, en las cuales el comportamiento omisivo o deber de abstención de una conducta lícita constituye su *ratio*.

## II. PRESTACIÓN PECUNIARIA IN NATURA Y SUBROGADA

EL CUMPLIMIENTO O PAGO de determinada suma o cantidad de dinero (*numeratio pecunia*) singulariza la prestación pecuniaria. El dinero, de por sí, configura esta clase de obligaciones con prescindencia de su origen u otra calificación normativa.

El deber de pagar suma cierta dineraria surge del menoscabo de un derecho o interés (*daño resarcible*); por contacto social en la vida de relación (*responsabilidad extracontractual*); de la transgresión de compromiso particular (*responsabilidad contractual o negocial*); integra la definición de un tipo negocial (*precio, salario, honorario, cánones de arrendamiento, aporte a persona jurídica, préstamo, etc.*); u obedece a un hecho con virtualidad obligatoria (*v. gr., indemnización de daño generado por un hecho punible, tasas, contribuciones, impuestos*)<sup>12</sup>; hipótesis todas donde la constante es el deber de cumplimiento de determinada cantidad de

<sup>11</sup> Cfr. A. DONATI. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Vol. I, Milano, 1954-1956, N° 6; F. HINESTROSA. *Aspectos procesales del seguro de responsabilidad*, Bogotá, Fascoldá, 1979, pp. 36 ss.; ID. "Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones", *cit.*; P. GUHIO. *Cours de droit civil*, Vol. 4, 2ª ed., París, 1983, N°s 627 ss. CSJ. Cas. Civ. de noviembre 5 de 1935, XLIII, pp. 407 ss.; noviembre 30 de 1935 XLIII, pp. 176 ss.; mayo 31 de 1938, XLVI, pp. 571 ss.; marzo 5 de 1940, XLIX, pp. 115 ss.; diciembre 12 de 1940, L, p. 941; marzo 18 de 1942, LIII, pp. 247 ss.; octubre 29 de 1945, LIX, pp. 756 ss.; mayo 21 de 1968, CXXIV, p. 174. *Vid.* arts. 1507, 1603,

1604, 1729 ss., 1880 ss., 1893 ss., 1914 ss., 2073, 2266, 2272, 2267, 2361, 2455 C. C., 518 ss., 528, 992, 934 ss., 1003, 1088 ss., 1219, 1880 C. Co. y 934 ss. C. Co.

<sup>12</sup> Cfr. A. VON THUR. *Tratado de las obligaciones*, T. I. Madrid, Reus, 1934, p. 45: «El objeto más frecuente sobre el que versan las obligaciones es el dinero. El dinero entra como precio en las ventas, como renta en los arriendos, como salario en los contratos de trabajo, y sobre dinero recaen también los préstamos y sobre todo las indemnizaciones, función que le permite suplir en definitiva a cualquier prestación, cuando ésta no se realice o se lleve a cabo indebidamente».

dinero el cual de por sí se inserta en la relación obligatoria constituyéndola en forma autónoma e independiente de tales factores.

Toda prestación dineraria se concreta en el deber de pagar precisa cantidad de dinero, *ab origine*, desde su nacimiento y por su misma naturaleza o de manera refleja, derivada o consecuente en virtud del incumplimiento de obligación de otro tipo.

En efecto, la obligación pecuniaria es primaria o estipulada desde su origen en dinero, o subrogada, en consecuencia de la inobservancia de una prestación diferente por decaimiento del interés creditorio en su expresión genuina o por imposibilidad, ya natural, ya jurídica, de su exigencia *in natura*.

Piénsese, por ejemplo, en la destrucción o deterioro fundamental de la cosa debida, en su salida del comercio o en la incapacidad, pérdida, supresión o suspensión del poder dispositivo del deudor y, en general, en todas aquellas situaciones en que la prestación *in natura* no es susceptible de cumplimiento por actos u omisiones imputables al obligado o a las personas por quienes es responsable y, aun, por *casus* o *vis* asumidos legal o negocialmente, en donde, la obligación subsiste y se perpetúa en su estimativo o equivalente monetario.

La diferenciación entre obligaciones pecuniarias originarias y derivadas comporta interés en la exigibilidad del débito primario o secundario, en la ejecución *in natura* o por equivalente y en la incidencia de la devaluación de la moneda del cumplimiento.

A punto que en las primeras, en rigor, por constituir de suyo la prestación *in natura* el pago de suma dineraria, no es posible la exigencia de su equivalente monetario (*aestimatio pecunia*)<sup>13</sup>; en las segundas, constituyendo de por sí un deber de índole diferente, *verbi gratia*, de dar, *dare rem*, entregar cosa de género distinta a dinero o *res certa* o prestar un servicio o abstenerse de determinado comportamiento lícito, el acreedor podrá persistir en éste de serle útil y posible u optar por su estimación dineraria<sup>14</sup>.

La distinción es también significativa ante la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y la posibilidad de ajustarlo al instante del pago, pues una obligación primaria de pagar dinero es susceptible a menoscabo de valor entre su existencia y cumplimiento final; a diferencia de la derivada, donde las más de las veces se descarta porque el equivalente, sustitutivo, compensatorio o subrogado, pecuniario del interés se realiza en términos actuales y en la moneda del momento, excepto cuando su cumplimiento no sea coetáneo a la valoración.

<sup>13</sup> Cfr. E. BETTI. *La struttura dell'obbligazione e il problema della sua genesi*, Milano, Giuffrè, 1955, anotando: «La condena a la que tiene derecho el acreedor no puede nunca tener como objeto más que un subrogado de la prestación debida: subrogado que consiste siempre en la *aestimatio* y, por consiguiente, en una determinada suma de dinero equivalente a la prestación».

<sup>14</sup> En obligaciones distintas de las pecuniarias, el interés del sujeto activo (*id quod interest*) se concreta en el cumplimiento de la conducta constitutiva de la prestación, la debida desde el principio por el deudor y la misma por la cual se obligó y responde, ante

cuya inobservancia o renuencia, de ser posible y útil, subsiste idéntica (*perpetuatio obligationis*) o en su equivalente económico (*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*, Gaio, IV, 48) cambiando de objeto a su valor pecuniario (art. 1731 [1] C. C.) que podrá pretender de entrada el acreedor (*circa ipsam rem*) y, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, pretensión esta distinta de la inicial, de la subrogada y consecuente al incumplimiento. Cfr. J. BONNECASSE. *Elementos de Derecho Civil*, trad. J. M. CAJICÁ, Puebla, México, 1945, T. II, N° 522, p. 426.

### III. CONCEPTO, FUNCIÓN Y TIPOS DE MONEDA

LA OBLIGACIÓN SE INSERTA en un contexto económico predeterminado, en el cual inciden las alteraciones económicas y la variación de valor en virtud de la conjuntura, las decisiones políticas y el paso del tiempo.

El dinero es unidad de valor con función de medición económica de bienes o servicios y de cambio de éstos, por cuya inteligencia, se fija abstractamente el valor de las cosas y sirve para su intercambio, convirtiéndose de unidad de medida con entidad ideal en unidad concreta para cambiar las cosas y servicios.

El dinero, además de ser la medida común de los valores<sup>15</sup> y el medio general de cambio de los bienes y servicios<sup>16</sup>, es objeto de dominio o propiedad, se incorpora en el patrimonio del sujeto y hace parte integrante de éste; sirve para comparar el valor de las cosas (moneda de cuenta), adquirirlas, cambiarlas o reemplazarlas y sustituirlas, así como para la solución de las obligaciones con la transferencia del dominio de cosa fungible, imperecedera y consumible jurídicamente en virtud de un resultado específico consistente en transferir la cantidad de instrumentos monetarios equivalentes al valor de la prestación (moneda de pago), propiciando la circulación en el tráfico jurídico.

La moneda es instrumento paradigmático de valoración y sustitución de bienes y servicios heterogéneos, medio de pago y objeto de dominio o propiedad.

Su concepto obedece a múltiples factores de orden cultural, socio-económico, geográfico, político, jurídico e incluso histórico<sup>17</sup>.

Sea metálica, fiduciaria, escrituraria, plástica o electrónica, de por sí la moneda es simbólica, en tanto expresa el valor de algo, sirve para su adquisición, cambio y pago.

<sup>15</sup> Cfr. E. GAUDEMET. *Théorie Générale des Obligations*, París, Sirey, 1937, L. II, Cap. I, Secc. III, p. 382: «el dinero es la única medida común de los valores».

<sup>16</sup> Cfr. K. LARENZ. *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1958, T. I, § 13, pp. 174 ss.: «es el medio general de cambio».

<sup>17</sup> En el mercado de la CEE, se diseñó el Euro como una moneda fuerte y única. Cfr. AA. VV. *L'alba della banca*, Bari, Dedalo, 1982; J. ATTALI. *Storie del tempo*, Milano, Spirali, 1981, G. P. BARBETTA. *Senza scopo di lucro. Dimensioni economiche, legislazione e politiche del settore non profit in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1996; F. BRASUDEL. *I giochi dello scambio. Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII)*, Torino, Einaudi, 1981; M. BUSSOLETTI, "Obbligazioni convertibili, con warrant, con partecipazione agli utili", en *Riv. diritto commerciale*, 1988, p. 261; D. N. CLOSKEY. *La retorica dell'economia. Scienza e letteratura nel discorso economico*, Torino, Einaudi, 1988; F. CHIOMENTI. "I contratti cap, floor e collar: contratti di somministrazione di denaro?", en *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 375; R. CLARIZIA. "Finanziamenti (diritto privato)", en *Novissimo dig.*, appendice III, Torino,

Utet, 1982, p. 754. G. DE LA ROSA. *Una banca cattolica fra cooperazione e capitalismo. La Banca Cattolica del Veneto*, Bari, Laterza, 1990; P. D'IRIBARNE. *La logique de l'honneur. Gestion des entreprises et traditions nationales*, París, Éditions du Seuil, 1989; J. FAVIER. *L'oro e le spezie. L'uomo d'affari dal Medioevo al Rinascimento*, Milán, Garzanti, 1990; S. C. KINDLEBERGER. *Histoire mondiale de la spéculation financière*, P.A.U., 1994; E. MONTI-M. ONADO. *Il mercato monetario e finanziario in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1989; C. MORRISON. *Monnaie Et Finances a Byzance: Analyses, Techniques (Variorum Collected Studies, Cs461)*; B. NELSON. *Usura e cristianesimo*, Firenze, Sansoni, 1967; J. NEEDLEMAN. *Il denaro e il significato della vita*, Milano, Sperling & Kupfer, 1996; GEORGE F. SABELLI. *Crediti senza frontiere. La religione secolare della Banca Mondiale*, Torino, Gruppo Abele, 1994; G. RAGAZZINI-M. RAGAZZINI. *Breve storia dell'usura*, Bologna, Clueb, 1995; I. RIZZI. *L'etica nella società del denaro*, Milano, Stampa Inedita, 1995; E. ZOLA. *Il denaro. Una gigantesca speculazione finanziaria nella Francia del Secondo Impero*, Roma, Biblioteca Economica Newton, 1996.

La moneda es metálica cuando su valor intrínseco corresponde al del metal que la constituye y al cual refiere; fiduciaria, si se concreta en relación de confianza con independencia del valor del metal o de la simetría entre su valor intrínseco y nominal (papel moneda, billetes de banco), y escrituraria o bancaria, si concierne a simple anotación entre cuentas no comportando en rigor una transferencia material del dinero. Se distingue la moneda corriente de la bancaria o de giro para comprender en ésta todo título crediticio contentivo de órdenes de pago contra un banco (cheques).

La utilización de códigos cifrados o contraseñas secretas por conducto de máquinas (computadores, cajeros electrónicos, teléfonos) origina la moneda electrónica, y el uso autorizado de documentos (tarjetas crédito y débito) la moneda plástica.

Con el intercambio de datos en los sistemas informáticos (*Electronic Data Interchange*) se implementan sistemas virtuales de adquisición de bienes y servicios, transferencia de fondos (*Electronic Funds Transfers*) y cumplimiento de obligaciones pecuniarias mediante la utilización de tarjetas electrónicas, los denominados “cheques digitales” (*Electronic Checks*) y las anotaciones entre ordenadores.

El uso de tarjetas electrónicas precisa la presencia de un usuario, de ordinario un sujeto físico, un emisor con deber de concesión de crédito y secreto, y un aceptante o persona accedida al sistema de pago por esta vía con prestación de facilitación y aceptación del medio. Por esta vía se utiliza el dinero virtual o electrónico, a través de la instalación de un *software* (*wallet*) para acceder a un tercero y cambiar moneda de cuenta bancaria o corporativa por dinero electrónico con el cual podrán intercambiarse bienes que el enajenante o dador del servicio a su vez convierte a moneda de curso legal.

Estos sistemas de tarjetas de crédito y débito son la expresión más elemental de transferencia de fondos o valores por las redes, implementándose con el envío de correo electrónico o de formulario en el *World Wide Web*, contentivo de los datos de la tarjeta previamente encriptados con uso de programas específicos (*PGP, Secure Sockets Layer, SET, Secure Electronic Transaction*), y procurándose la reserva con la encriptación del mensaje, la integridad de datos con la firma digital, la comprobación de la titularidad de la tarjeta, la autenticidad y su autoría. Modalidades concretas son *The First Virtual Internet Payment System* (FV) y la detención de claves de firma digital.

Los cheques digitales emulan los reales, presuponen una “chequera digital”, consistente en una tarjeta (*smart card*) de dimensión igual a las de crédito contentiva de datos e inserta en *slot* del procesador; el usuario firma digitalmente el cheque, lo transmite (*on line*) encriptado y se recibe por el destinatario. Proveen este servicio empresas especializadas en la actividad e intermediación financiera, bancaria, informática y de valores (*Check Free* y *NetCheque*).

La moneda electrónica o digital (*E-Money, digital cash, cybermoney, cybercurrency, cyberpayments*), sea en virtud de la utilización de las tarjetas inteligentes, de los cheques digitales o de la simple transferencia de fondos, propicia la sustitución progresiva del papel moneda por una medida virtual implementada con la utilización de sistemas inteligentes, dígitos o cifras codificadas de fácil desplazamiento y transferencia mediante mensajes de correo electrónico en un universo mayúsculo e interconectado, a punto que, con una sólo tarjeta o cuenta central o patrimonial (*wealth account*), se podrán adquirir y transferir toda clase de bienes y de servicios y realizar negociaciones, operaciones

e inversiones en cualquier lugar y actividad sin restricción temporal o geográfica salvo la relativa a la cuenta codificada<sup>18</sup>, a la seguridad que ésta impone y al cumplimiento de las prestaciones pecuniaras<sup>19</sup>. Es el tráfico jurídico “virtual”, “inteligente”, “cifrado” o codificado, el uso de tarjetas con memoria susceptible de almacenar datos de la mayor variedad (identificación, historial médico, llave electrónica, crédito, débito, cuentas, inversiones, transacciones, banca de inversión, etc.) que denota la progresiva desmonetización. Señálase, por esto, el riesgo de sustitución de la emisión monetaria estatal por emisiones privadas, a veces anónimas, con generación de intereses a tasa digital e intercambio ilimitado.

En suma, la moneda electrónica es una moneda virtual, abstracta en exceso, programable e instantánea, de acceso controlable con cifras o códigos secretos y utilización intemporal, cuyo valor es constante en un sistema inteligente de medición del valor actual de los bienes y servicios, lo que exige una regulación normativa idónea y segura para tutelar los intereses del tráfico jurídico en general, la confianza en el sistema, autores y destinatarios, la seguridad en las transacciones y prevenir o remediar el abuso, los fraudes e inconsistencias anejos<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. G. HEINRICH. “Uncitral und EDI-Einheitsrecht”, en *Computer und Recht*, N° 10, 1994; “Funds transfers, payments and payment systems - International Initiatives towards Legal Harmonisation”, en *Cross-border Electronic Banking - Challenges and Opportunities*, Norton/Reed/Walden (eds.), London, Lloyd’s of London Press, 1995; “In Germany the Minister for Economics (Bundesministerium fuer Wirtschaft) coordinates all EDI issues; see, for example, Bundesministerium fuer Wirtschaft/DEUPRO, Dokumentation Nr. 322”: “Vereinfachung und Vereinheitlichung von Verfahren und Dokumentation im internationalen Handel und Standardisierung des elektronischen Datenaustausches”, en *UN/EDIFACT*, Bonn, Oktober 1992; G. CHANDLER. “Negotiable transactions using”, en *EDI*, 1992.

<sup>19</sup> Las posibilidades de cumplimiento de una prestación en el sistema electrónico comprenden desde la convencional hasta la utilización de la moneda digital. El pago convencional por transferencia bancaria, la utilización de carta de crédito ordinaria o *carta di credito crittografata* y el uso de la *ecash* o equivalente electrónico de la moneda. La expansión del internet ha suscitado un cambio significativo en el mundo de las comunicaciones y de los negocios, planteándose interrogaciones respecto de la seguridad para cuyo efecto la tecnología plantea sistemas criptográficos con clave secreta, clave pública, texto inscripto, texto cifrado o con visualización individual y el uso de protocolos que permiten detectar y seguir la transacción e identificar falsificaciones, suplantaciones o usurpaciones. Desde octubre 23 de 1995 se utiliza la moneda electrónica con el Mark Twain Bank St.

Louis Missouri y se ha experimentado por la Deutsche Bank y la banca finlandesa.

<sup>20</sup> Cfr. SAMUELE BAIO. *L’informatica nella formazione. Come sviluppare sussidi didattici e sistemi di istruzione con l’ausilio dell’informatica*, Milano, Giuffrè, 1984; FRANCO BERARDI. *Cibernauti. Tecnologia, comunicazione, democrazia. Internet e il futuro della comunicazione*, Roma, Castelvecchi, 1995; BANCA EUROPA. *L’innovazione informatica in banca*, Milano, Stampa Inedita, 1996; ALBERTO BIFFI y UMBERTO FILOTTO. *Soluzione Banca Virtuale. Information Technology e canali distributivi*, Milano, EDIPI, 1997; PATRICE FLICHY. *Storia della comunicazione moderna. Sfera pubblica e dimensione privata*, Bologna, Baskerville, 1994; VITTORIO GHEZZI. *Banche, informatica e cooperazione europea*, Milano, Associazione Cifrematica Vico, 1994; DONNA J. HARAWAY. *Manifesto Cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, Milano, Feltrinelli, 1995; ARRHUR KROKER-MICHAEL WEINSTEIN. *Data Trash*, Milano, Urra, Apogeo, 1996; GREGORY J. MILLMAN. *Finanza barbara. Il nuovo mercato mondiale dei capitali*, Milano, Garzanti, 1996; HOWARD RHEINGOLD, *Comunità virtuali. Parlare, incontrarsi, vivere nel cyberspazio*, Milano, Sperling & Kupfer, 1994; MICHELE SACERDOTI. *Il sistema informativo bancario e l’orientamento agli oggetti*, Milano, Franco Angeli, 1995; CRAIG SETTLES. *Cybermarketing. Come aver successo nel cyberspazio*, Milano, Mondadori Informatica, 1996; GEORGE SOROS. *L’alchimia della finanza. La logica, le tendenze e i segreti del mercato*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1995; LANFRANCO TURCI. *Una finanza senza privilegi*, Roma, Seam, 1996; MICHAEL VIOLANO-SIMON CRAIG VAN COLLIE.

La moneda tiene curso fiduciario si se adquiere por la confianza de su conversión en otro valor (billetes de bancos, pagarés bancarios, etc.); legal, si está sancionada y reconocida por el Estado como medio general de pago, y forzoso, si se establece la obligatoriedad de su utilización de cambio y cumplimiento.

#### IV. GENERICIDAD, CONSUMIBILIDAD Y FUNGIBILIDAD DE LA MONEDA

LA OBLIGACIÓN PECUNIARIA atañe al pago de determinada suma de dinero, o sea, de una cosa mueble, de género, fungible y consumible, que puede ser corporal si es metálica e incorporal si escrituraria, y respecto de la fiduciaria, corporal cuando los títulos son nominativos o a la orden e incorporal si al portador.

Las cosas de género se caracterizan por su fungibilidad y permanencia, por cuanto su sustitución opera entre las de su misma especie y calidad sin detrimento de su significado prístino.

Fungibles, son las cosas intercambiables y sustituibles por otras y entre sí, en contraposición a las no fungibles o individualizadas, singularizadas, precisadas e insustituibles y no susceptibles de cambio o reemplazo, excepto por su equivalente monetario.

En las prestaciones pecuniarias la fungibilidad es absoluta<sup>21</sup>, general y paradigmática; se predica de todo instrumento monetario de un Estado, sea de igual o diversa denominación y valor, y de los restantes bienes, cosas e intereses en virtud de la aptitud de su estimación económica y sustitución dineraria.

Las dinerarias, no admiten su reemplazo por cosa distinta al dinero, a diferencia de las restantes prestaciones que pueden cambiarse o mudarse con su equivalente monetario, siendo imperativo el cumplimiento *in natura*, esto es, el pago de la suma respectiva.

Por esta razón, los efectos de la imposibilidad sobrevenida, de la pérdida o destrucción de la prestación debida no se proyectan en la extinción de la obligación (*genera non pereunt*).

Este principio es constante, y ni siquiera en caso de concentración, selección o individualización de la prestación respecto del género común puede tener alcance extintivo por su proximidad al cuerpo cierto (*genus* limitado, próximo o definido) o por devenir o convertirse en éste (transmisión del dominio de una cosa genérica)<sup>22</sup>.

La individuación del género ordinario no aplica ni transmite los riesgos y, en tratándose de dinero cierto (billetes o moneda de colección o singularizado por razones históricas, culturales, artísticas, étnicas, geográficas o temporales), la prestación de genérica muda a cosa cierta<sup>23</sup>.

*Prospettive del Retail Banking degli anni Novanta*, Milano, Edibank, 1995.

<sup>21</sup> Cfr. H. HAMEL. *Reflexions sur la théorie juridique de la monnaie*, Mélanges Sugiyama, 1940, pp. 83 ss.

<sup>22</sup> Cfr. K. LARENZ. *Derecho de Obligaciones*, cit., T. I, § 13, pp. 179 y 180: «Cuando son debidas determinadas monedas individualmente especificadas o monedas de cierta clase —como objetos corporales, no como portadores de un valor nominal pecuniario determinado— no existe obligación pecu-

niaria, sino una obligación de cumplimiento efectivo, y tampoco se está ante una obligación de cosa cierta ni genérica. Este es el supuesto de la enajenación de monedas en consideración a su valor de curiosidad para un aficionado o coleccionista, o en atención al valor del metal que contengan».

<sup>23</sup> *Ibid.*, T. I, § 13, p. 179: «la obligación pecuniaria no es una obligación genérica. El deudor no ha de entregar signos monetarios de la “especie y calidad media”. Si envía papel moneda, el riesgo de su pérdida no se

Por esto, el modo extintivo natural de estas obligaciones es el pago, sin perjuicio de la compensación, discutida cuando las obligaciones se contraen en moneda propia y foránea.

La connotación básica de las cosas consumibles radica en su desaparición o extinción con el primer uso que de las mismas se haga. La simple consumición material o uso físico (*usus*) comporta *erga omnes* el egreso del patrimonio y la destrucción de la cosa (*v. gr.*, bebidas, alimentos, gasolina, carbón, productos perecederos, etc.). Este principio tampoco es aplicable, *strictu sensu*, al dinero al no ser objeto de uso sino por su enajenación saliendo del patrimonio del deudor e incorporándose al del acreedor, de donde la consumición no es material sino jurídica, comprende el *usus* y el *abusus*, y la desaparición es relativa sólo a quien la enajena.

La cosa dineraria no se extingue por el primer uso de la misma ni su desaparición es absoluta sino relativa. Empero, tratándose del usufructo y de préstamo de cosas consumibles diferentes a dinero se presentan similares consecuencias a las de éste, porque tanto usufructuario cuanto prestatario tienen el *usus* con cargo de restitución de igual cantidad y calidad; por lo mismo, no opera la destrucción absoluta ni los efectos de la mera consumición material.

## V. LAS DENOMINADAS DEUDAS DE MONEDA INDIVIDUAL, DE ESPECIES MONETARIAS, DE SUMA DE DINERO Y DE VALOR

LA PRESTACIÓN PECUNIARIA, de suyo, contiene el pago de determinada suma o cantidad de dinero; no obstante, tradicionalmente se estila diferenciar las deudas de moneda individual, las de especies monetarias, las de suma de dinero y las de valor. Las de moneda individual versan sobre una moneda singularizada *in concreto*, de donde, *strictu sensu*, es cosa cierta, específica y determinada y, en las de especie monetaria es esencial la indicación de las piezas monetarias para el pago (*moneda de oro o de cierta emisión*)<sup>24</sup>.

En la deuda de suma dineraria, los signos o medios de solución son irrelevantes a condición de ostentar valor o curso legal y ser equivalentes a la relación obligatoria; la prestación debida es una suma de dinero *in obligatione e in solutione*, la moneda cumple función económica de cambio de las cosas, bienes o servicios.

Las deudas de valor atañen a una medida abstracta e ideal de medición de los distintos bienes y de la prestación al momento de su cumplimiento, la moneda es una medida del valor con carácter sustitutivo, equivalente, compensatorio o indemnizatorio; la prestación debida es un valor *in obligatione* apreciado *in solutione* en dinero al momento del cumplimiento (subrogado pecuniario, resarcimiento de daño, reembolso de gastos, enriquecimiento injusto).

transmite, según el §243, II, al acreedor, aunque no se trate de una “obligación de entregar” y mediante la remisión haya cumplido el deudor lo que le incumbe, el riesgo permanece en el mismo deudor [...] La obligación pecuniaria no es deuda de cosa y de ahí que tampoco es deuda genérica, sino obligación de suma de valor».

<sup>24</sup> *Ibid.*, T. I, § 13, pp. 179 y 180: «... la denominada obligación de especie monetaria (§ 245) es una obligación pecuniaria que tiene como única especialidad que el cumpli-

miento ha de tener lugar en una determinada clase de moneda. Si esto no es posible porque la “clase estipulada” no se halla en circulación al tiempo del pago, el deudor no queda liberado de su deber de prestación (quizá por no ser posible “prestación del género”), porque no se trata de una obligación genérica (§ 279), sino de una obligación pecuniaria, es decir, de una obligación de suma de valor, y en este supuesto ha de “hacer el pago como si la clase de moneda no estuviera determinada”».

La distinción se hace desde el punto de vista del deber de conducta, si una suma concreta o un valor reducido a dinero al tiempo del pago; mientras que en las dinerarias lo debido es la moneda, en las de valor, el dinero, es un equivalente de los bienes o servicios definido en términos de poder real adquisitivo de éstos<sup>25</sup>.

Con base en esta clasificación se excluye la pérdida de poder adquisitivo en las deudas de valor en virtud de su referencia actual al día de su solución, al contrario de las dinerarias donde la fluctuación monetaria es incidente.

## VI. EL CUMPLIMIENTO, LAS TÉCNICAS DE PAGO Y LA CALIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN PECUNIARIA

EL PAGO ES LA PRESTACIÓN debida ejecutada por el deudor *bajo todos respectos en conformidad con el tenor de la obligación* (arts. 1626 y 1627 C.C.), es decir, es conducta debitoria coincidente, simétrica e idéntica a la contraída. La prestación debida y la prestación ejecutada, iguales en todo aspecto, precisan la solución o pago efectivo.

El pago de una obligación pecuniaria debe hacerse en la moneda con poder liberatorio, curso legal y forzoso<sup>26</sup>, más para que surta sus efectos extintivos es menester su plenitud e integridad, es decir, ser completo al tenor del título obligatorio (arts. 1626 y 1627 C.C.), tanto del principal cuanto del accesorio (art. 1649, inc. 2 C.C.), salvo acuerdo contrario, inicial o posterior de las partes o precepto legal.

El deber prestacional ejecutado materialmente por el deudor según la naturaleza de la prestación determinada por las disposiciones del título (negocio jurídico o decisión judicial), por los *naturalia negotia* (ley, costumbre, usos y equidad) y lo expresamente pactado, solo libera coincidiendo en todo respecto.

El cumplimiento de una obligación pecuniaria precisa la transferencia a título de tradición del dominio del dinero, es decir, es prestación de *dare* y de resultado. Lo debido por el deudor es dinero y cumple traditando la cantidad de moneda o suma dineraria adeudada.

El pago, en principio, debe realizarse con dinero (papel moneda, billetes de banco), pero podrá hacerse con moneda escrituraria o bancaria, creándola (préstamo bancario) o sin crearla (moneda de giro), emitiéndose una orden de anotación en las cuentas del deudor (débito) y del acreedor (crédito), o con la emisión o transferencia de un título de contenido crediticio o con anotación de una cuenta a otra utilizándose un código o contraseña cifrada (moneda

<sup>25</sup> Cfr. J. FLOUR y J. L. AUBERT. *Les Obligations*, París, Armand Colin, 1986, N<sup>os</sup> 47 y 48, pp. 32 y 33: distinguen la obligación pecuniaria propiamente dicha, la obligación *in natura* y la deuda de valor; para ENNECERUS, KIPP y WOLFG. *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Derecho de las Obligaciones, trad. de PÉREZ Y ALGUER, Barcelona, Bosch, 1954, p. 36: "las deudas pecuniarias son deudas de valor", su objeto "es más bien el valor de la cantidad debida". F. MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, EJE, 1979, T. IV, § 112, pp. 207 ss., diferencia las deudas originariamente pecuniarias o monetarias – lamadas de valuta– de las deudas de "valor".

<sup>26</sup> Cfr. H. CAPITANT. *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1981. Curso forzoso: «Régimen de circulación de los billetes de banco, caracterizado por el hecho de que los bancos de emisión son dispensados de la obligación de reembolsar los billetes en metálico». Curso legal: «Poder liberatorio de la moneda, consistente en que los signos metálicos acuñados y emitidos conforme a las disposiciones de ley, y los billetes de los bancos de emisión, deben ser aceptados en pago por los acreedores por su valor nominal, bajo sanción de las penalidades legales».

electrónica), es decir, acreditando o girando su valor en una cuenta o asiento contable o entregando un título crediticio.

En estos casos, el deudor emite la orden de anotación, con cuya realización se entiende satisfecha la prestación, por lo que, consistiendo su conducta en una actividad o servicio a su cargo que se consume con la anotación, se dice que consiste en un *facere* y no en un *dare*. Sin embargo, la obligación del deudor de suma dineraria sólo se entiende cumplida con la tradición real y efectiva del dinero y, por lo mismo, siempre es de *dare*, así coexista con otra prestación de *facere* predicable del deudor, del acreedor o de un tercero (banco) y tendiente a verificar el resultado concreto del pago, por cuanto la sola orden o actividad de anotación en cuenta no es suficiente para el cumplimiento de la obligación, apenas facilita el pago que solo se entenderá efectuado con la tradición efectiva del dinero mediante la anotación en la cuenta del acreedor.

Cuando el pago se hace entregando un cheque, se distingue si es simple o con cruzamiento, para denotar en el primer caso una prestación de *dare* cuando el banco entrega el dinero al beneficiario, quien puede cobrarlo por ventanilla, y en el segundo, un *facere*, en tanto se realiza por consignación y anotación posterior en la cuenta del acreedor. Otro tanto se dice tratándose de títulos valores de contenido crediticio diferentes del cheque, donde el deudor puede pagar entregando dinero (*dare*) u otros títulos (*facere* o *dare*, según el caso).

Empero, la pecuniaria no deja de ser prestación de *dare* por la la entrega de un título valor de contenido crediticio, ni por la actividad o servicio del deudor o de un tercero, *rectius*, coexistencia de prestaciones de *facere*, para facilitar el resultado concreto de la tradición del dinero. De esta manera, cuando se entrega un cheque cruzado el pago se realiza con la tradición del dinero por anotación en la cuenta, así el beneficiario deba consignarlo y el banco, transcurrido el término de compensación, acreditar el dinero en su cuenta; cuando se entrega un cheque simple y el acreedor lo presenta para su cobro por ventanilla, el banco girado presta un servicio, actividad y cumple la orden de pago (*facere*) del librador traditando el dinero<sup>27</sup>.

Todo lo cual conduce a que la prestación pecuniaria en cuanto respecta a su cumplimiento, con independencia de las técnicas o subrogados del pago, es de *dare rem* y de resultado, así coexista con prestaciones diferentes del obligado, de un tercero e incluso del propio acreedor (consignar el título, presentarlo para su cobro, etc.).

El deudor debe dinero, no puede obligar a su acreedor a recibir cosa diferente de la prestación debida (*nemo aliud pro alio, invito debitore solvere potest*) y puede acordar con éste una prestación sustitutiva en lugar del cumplimiento, dada y recibida *pro soluto (datio in solutum)* o *pro solvendo (datio ad solutum)*<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. sobre este aspecto y los restantes, G. SOUCI. "La especificidad jurídica de la obligación de pagar una suma de dinero", trad. F. HINESTROSA, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, N° 2, Bogotá, 1984, pp. 96 a 99.

<sup>28</sup> La prestación debida es la señalada en el título, el acreedor no puede esperar, exigir ni ser obligado a otra distinta. Empero, es posible su cambio o sustitución en virtud de un negocio jurídico de atribución patri-

monial, donde de consuno se muda, sustituye o señala una prestación en lugar del cumplimiento. La *datio in solutum* supone prestación sustitutiva de la inicial (cas. civil, mayo 31 de 1961 y marzo 24 de 1943). Sus antecedentes se remontan al *beneficium dationis in solutum* (Nov. IV, 3; CXX, 6, 8), se regula específicamente en algunas codificaciones, v. gr. arts. 1197 y 1198 C. C. ital. de 1942. Figura diversa de la dación en pago es la *datio ad solutum* o al pago

El acreedor puede negarse a recibir cosa distinta de la debida; dentro de éstas, títulos de crédito y títulos valores de contenido crediticio, porque en la obligación pecuniaria lo debido es dinero y no un bien de naturaleza diferente (arts. 1627, 1648, 2224 C. C. y 871 C. Co.); podrá recibirlos pero no ser obligado a su contrariedad<sup>29</sup> y en cuanto los reciba se entiende, salvo disposición contraria, *pro solvendo*, esto es, no extingue la relación jurídica sino en virtud de su pago (arts. 643 y 882 C. Co.)<sup>30</sup>.

## VII. LA PÉRDIDA DE VALOR DE LA MONEDA, EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO

LAS DEUDAS PECUNIARIAS tienen vocación natural de alteración entre su surgimiento y el día del pago, por crisis económica, oscilación de valores, aumento o disminución del intrínseco del dinero o de las cosas y servicios; en tanto que inserta la moneda en un contexto socio-económico predeterminado, el valor nominal asignado por el Estado es susceptible de experimentar mutaciones por circunstancias fácticas o materiales del tráfico o jurídicas por decisión de la autoridad política.

Las oscilaciones más frecuentes de la moneda se comprenden en las nociones de devaluación, desvalorización o depreciación y revalorización<sup>31</sup>, atribuyéndose *a priori* un poder adquisitivo al dinero, menor o mayor al preexistente o coetáneo al origen de la obligación incidente al momento de su cumplimiento.

consistente en la entrega de títulos valores o documentos crediticios para proveer o garantizar el pago de una obligación anterior. El artículo 642 del Código de Comercio disciplina que la emisión o transferencia de títulos valores de contenido crediticio no produce la extinción de la relación que la originó excepto si aparece intención inequívoca en contrario, y el 882 que vale como pago si no estipula otra cosa, pero lleva implícita la condición resolutoria del pago en caso de no descargarse el instrumento o ser rechazado, y el acreedor puede hacer efectivo el pago de la obligación originaria, devolviendo el instrumento o caucionando; pero si deja caducar o precribir la acción cambiaria se extingue la originaria, teniendo acción de enriquecimiento que prescribe en un año. La *datio ad solutum* no implica pago, no extingue la obligación, solo provee o garantiza el pago; la *datio in solutum* implica, con la realización de la prestación sustitutiva, la extinción de la obligación anterior con todos sus privilegios y garantías, ya con la terminación de todo vínculo inter partes o con la creación de uno nuevo.

<sup>29</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de noviembre 18 de 1991, en *Jurisp. y Doctrina*, T. XXI, N° 241, Bogotá, 1992, pp. 1 ss.

<sup>30</sup> Cfr. H. PALACIOS MEJÍA. "Relaciones entre la Acción causal y la Acción Cambiaria", en *Universitas*, N° 61, Bogotá,

1981, pp. 176 ss.; CSJ. Cas. Civil, Sentencias de noviembre 18 de 1991 y julio 30 de 1992. Para la Corte, se presume *iuris tantum* la entrega de títulos valores de contenido crediticio *pro solvendo*, salvo acuerdo expreso de las partes de hacerlo a título de "dación en pago" o de "novación objetiva", hipótesis en que coexisten la relación jurídica subyacente base de la emisión o transferencia del título y la cambiaria. En esta sentencia se acoge el principio de la coexistencia de la relación jurídica subyacente y la cambiaria cuando para su cumplimiento se entregan títulos valores de contenido crediticio, por lo común entregados *pro solvendo* y no a título de dación en pago ni de novación objetiva, salvo expreso acuerdo interpartes.

<sup>31</sup> La expresión "devaluación" denota la relación de valor de la moneda con otra u otras; el vocablo "desvalorización" a la pérdida de su poder adquisitivo por causa principalmente de la inflación, y el de "depreciación", uno y otro, esto es, la pérdida de valor de una moneda con referencia al valor de otra o al valor de los bienes y servicios. Paralelamente, estas nociones suscitan la de revalorización de la moneda, esto es, el aumento de su poder adquisitivo. En Cas. Civil de octubre 23 de 1931, la Corte Suprema aplicó este último y redujo el cuántum del daño (*G. J.*, T. XXXVII, p. 241).

Frente a la proximidad teórica y práctica de estas eventualidades se plantea la preservación del equilibrio prestacional, la protección de los extremos subjetivos de la relación obligatoria, esto es, del deudor, quien no está obligado a más de lo debido, y del acreedor, a quien no puede obligarse a recibir cosa distinta ni inferior, y la depuración de la situación inequitativa por disposiciones legales o negociales con eficacia genérica e inmediata o específica y subsiguiente.

La problemática se mira, desde la perspectiva del valor nominal o del valor real o de adquisición de la moneda y del detrimento de su valor intrínseco, especialmente en sistemas donde el valor del metal (oro, plata) disminuye, para precisar si el pago completo e íntegro se realiza con la cantidad de moneda establecida en el título sin referencia al menoscabo o con signos monetarios de idéntico valor adquisitivo al instante de contraerse y cumplirse.

En otros términos, si el valor real del dinero es mayor al nominal, entre el nacimiento de la obligación y el instante del cumplimiento, ¿la disminución debe soportarla el acreedor o el deudor? ¿Este cumple la prestación transfiriendo el dominio de la misma cantidad numérica y nominal de dinero o sólo la correspondiente al valor de adquisición y cambio?

La disparidad de valores nominal y real del dinero se deriva de su oscilación en el mercado entre el origen de la obligación y su cumplimiento, comparado con el de los bienes y servicios, por virtud de la medición exacta de los últimos y la tendencia universal de la representatividad de la moneda en un papel o billete emitido por el Estado y la referencia de su valor a una “reserva” expresada en un metal (oro, plata, etc.) o en una divisa (moneda fuerte).

El principio nominalístico en su acepción simple preconiza la facultad estatal de crear la moneda, determinar e imponer su valor, su obligatoria aceptación y la inalterabilidad de su cuantía en el tiempo, el espacio, y en la medida que la sustenta.

La expresión se atribuye a Dumoulin (Molinaeus) en su *Tractatus contractuum et usurarum* (1546); encuentra precedentes en textos griegos y romanos<sup>32</sup>; se introduce en el *Common Law* con el caso *Gilbert c. Brett*, desde la equivalencia entre la moneda y su soporte, la invariabilidad y el carácter estático de su valor.

Al inicio se fundamentó en prerrogativas reales<sup>33</sup> y fiscales; luego, con la teoría monetaria estatal estructurada por Knapp<sup>34</sup>, en el poder del Estado de crear la moneda, fijar su valor y cantidad circulante, aunándose ulteriormente la soberanía monetaria, el “curso legal”, el orden público, la estabilidad del comercio internacional y del tráfico jurídico<sup>35</sup>.

Pothier<sup>36</sup>, basado en Dumoulin, prohijó y desarrolló el principio nominalista,

<sup>32</sup> PAPIANO refería: *In pecunia non corpora quis coagiat, sed quantitatem* (D. L. 94, §1, T. 3, De solution et liberat, lib. 46), y PAULO, en la *Lex Origo*, reitera la importancia no del valor real ni de cambio de la moneda sino de la cantidad (*ea que materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitatem*, D. L. I, T. I, De contrahenda emitione et de pactis).

<sup>33</sup> Cfr. J. CARBONNIER. *Derecho Civil*, trad. M. M. ZORRILLA RUÍZ. Barcelona, Bosch, 1965, T. II, Vol. I, pp. 30 ss.

<sup>34</sup> Cfr. F. G. KNAPP. *The State theory of*

*money*, London, 1924, p. 2.

<sup>35</sup> Cfr. E. HIRSCHBERG. *El principio nominalista*, trad. esp. J. Roimiser, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 41 a 44.

<sup>36</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1947, p. 121, N° 206: «no se considera en la moneda más que el valor que el príncipe le ha dado y no su cuerpo que no es más que su signo»; la moneda es objeto de propiedad particular en cuanto a un signo representativo de un valor fijado arbitrariamente por el soberano; Id. *Traité du contrat de prêt de consommation*, París, 1821, N° 36.

repcionado en el artículo 1895 del *Code Civil*<sup>37</sup> y en distintos ordenamientos jurídicos<sup>38</sup>.

De acuerdo con los postulados del nominalismo<sup>39</sup>, el valor de la moneda es constante en toda época, idéntico a sí mismo y determinado por la autoridad autorizada para emitirlo en ejercicio de la “soberanía monetaria”<sup>40</sup>.

El Estado crea la unidad monetaria, fija su valor abstracto<sup>41</sup>, que siempre es el mismo, permanece igual e inalterable por certidumbre, actuando por unidad de cuenta o de medida, dentro de un régimen monetario<sup>42</sup> cogente (*ius cogens*)<sup>43</sup>, imperativo, de orden público y de restrictiva aplicación e interpretación.

El sistema nominalista, presupone el curso legal de la moneda y, en su caso, el curso forzoso<sup>44</sup>. Aquél concierne a la circulación autorizada, única y obligatoria del dinero (billetes y monedas) emitido por la autoridad monetaria de un Estado

<sup>37</sup> Art. 1895: *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncé au contrat. S'il y eu argumentation ou diminution d'especès avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et net doit rendre que cette somme dans les especès ayant cours au moment du payement* (La obligación que resulta de un préstamo en dinero no es más que la suma numérica enunciada en el contrato. Si ha habido aumento o disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe entregar la suma numérica prestada, y no debe entregar más que esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago).

<sup>38</sup> Cfr. art. 1277 C. C. italiano de 1942: «Las deudas pecuniarias se extinguen con la moneda que tenga curso legal en el Estado en el momento del pago y por su valor nominal». C. C. español, arts. 1170 y 312 C. Co; 2199 C. C. de Uruguay.

<sup>39</sup> Cfr. J. CARBONNIER. *Derecho Civil, cit.*, T. II, Vol. I, p. 19.

<sup>40</sup> La soberanía monetaria «consiste sustancialmente en que el Estado asume en forma originaria, exclusiva y suprema la potestad política interna de organización, jurídica de regulación, y técnica y operativa de gestión y administración, del sistema monetario de la comunidad, de emisión y fijación del valor de la moneda representada en billete o metálico, o aun en documentos, títulos o divisas de deuda, crédito y financiamiento público: así como la facultad de dirigir y regular los términos del crédito y del intercambio monetario y de sus valores en el orden internacional con fundamento o no en un patrón común, el cual cuando se expidió el Estatuto Cambiario, cuyos preceptos acusados se examinan, seguía siendo el ‘patrón oro’ aunque en el presente este haya venido siendo sustituido por otro» (CSJ, Sala Plena, Sentencia de septiembre 27 de 1984, M. P.: M. Gaona Cruz). En sentencia de abril 28 de 1937: La soberanía monetaria

otorga la potestad de disciplinar «la circulación del dinero en todo el territorio del Estado y, especialmente, la de dictar disposiciones relativas a la obligatoriedad de aceptación, a la exclusión de signos monetarios extranjeros, y sobre todo, a la emisión y recogida del dinero del Estado».

<sup>41</sup> Cfr. CSJ, Sala Plena. Sentencia de febrero 25 de 1937, M. P.: Juan Francisco Mújica (G. J., T. XLIV, N<sup>os</sup> 1920 y 1921, p. 618: «la unidad que sirve de cálculo para la estimación de los valores, o unidad de cómputo, siempre ha sido de naturaleza abstracta y su existencia independiente se destaca, hasta punto, de la mercancía que encarna».

<sup>42</sup> *Ibid.*: «El régimen monetario está integrado esencialmente por dos elementos: una tabla de cálculo de unidades abstractas y un conjunto de cosas utilizadas como signos monetarios, en los cuales se materializan, con la relación numérica de que se trate, aquellas unidades [...] Todos los tratadistas de derecho que ocasional o sistemáticamente estudian el tema reconocen al Estado como un atributo suyo de todos los tiempos e indiscutible y con el nombre de soberanía monetaria, la facultad de regular ese tráfico en lo relativo, especialmente, a determinar la unidad de medida de valor, la naturaleza y obligatoriedad de los signos monetarios, la exclusión de los extranjeros, la emisión, desmonetización y convertibilidad de la moneda» (pp. 618 a 621).

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 618: «el sistema monetario de un país pertenece a su derecho público. Este, en su aplicación y consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado»; posición reiterada en sentencias de junio 13 de 1969 (G. J., T. CXXXVII, N<sup>o</sup> 2338, p. 132) y de noviembre 19 de 1969, M. P.: Hernán Toro Agudelo (G. J., T. CXXXVII, N<sup>o</sup> 2338, p. 547).

<sup>44</sup> Cfr. F. MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial, cit.*, T. IV, § 112, N<sup>o</sup> 2, p. 208.

con aptitud de cambio y de cumplimiento sin posibilidad de invocación de la alteración de su valor real al ser abstracto e ideal y a la obligatoriedad *erga omnes* de su aceptación, y éste, atañe a la imposibilidad de reembolso o conversión del dinero a la medida que le sustenta<sup>45</sup>.

En el nominalismo, por constituir el dinero el deber de prestación del deudor y ser su valor igual en todo momento, el cumplimiento o pago se verifica entregando la misma cantidad de dinero o de especies monetarias cuyo valor nominal corresponda al de la obligación, sin interesar sus oscilaciones, deficiencias o excesos.

La consecuencia de mayor relevancia en el nominalismo está constituida por la liberación obligatoria del deudor mediante la transferencia del dominio de la misma cantidad nominal de moneda existente al instante de contraer la obligación, sin interesar su correspondencia con el valor de adquisición ni su deprecio o reducción por transcurso del tiempo u otros factores<sup>46</sup>. El deudor cumple pagando en la misma moneda y con la misma cantidad monetaria por su valor numérico o nominal, siendo del acreedor todo riesgo inherente a la disminución de su valor intrínseco, real o poder de adquisitivo<sup>47</sup> y del deudor todo aumento en éste.

La ausencia de simetría entre el valor nominal originario al contraerse la obligación y el real al momento del cumplimiento comporta, sin duda, recepción de uno diferente, mayor o inferior en cuanto que con éste no podrá adquirir idénticos bienes o servicios<sup>48</sup>.

De esta manera, reviste igual importancia la consideración del valor monetario asignado por el Estado y la del valor determinado en el tráfico jurídico<sup>49</sup>, a punto

<sup>45</sup> Cfr. M. PLANIOL y G. RIPERT. *Traité Élémentaire de Droit et de Jurisprudence*, París, 1949, p. 527. CSJ, Sentencia de febrero 25 de 1937; C. de E., Sentencia de enero 28 de 1994, *Jurisp. y Doctrina*, T. XXIII, p. 45: «el billete en sí mismo es moneda, o sea, instrumento legal que puede utilizarse para toda clase de pagos en el territorio nacional, con poder liberatorio ilimitado [...] Tales billetes constituyen en sí mismos la moneda legal colombiana, susceptible sólo de cambiarse, por su valor nominal, por otros billetes de igual naturaleza emitidos por el mismo banco». No obstante, el curso legal no excluye la moneda fiduciaria contentiva de dinero y diferente de éste y, con más veras, la moneda “plástica” ni la “electrónica”.

<sup>46</sup> Cfr. CSJ, Sala de Negocios Generales. Providencia de febrero 2 de 1968, *G. J.*, T. LXIII, p. 917: «las obligaciones civiles se contraen en moneda corriente y, de este modo, aunque ellas sean a un largo plazo, en nada influyen o pueden influir los posibles cambios que durante ese plazo tenga el poder adquisitivo de la moneda para que se aumente o disminuya su monto, sino que ésta será siempre el que estipuló o tuvo origen en el momento de hacer la obligación por cualquiera de los hechos que pueden ser fuentes de la misma».

<sup>47</sup> Cfr. A. PERÉZ VIVES. *Teoría General de*

*las obligaciones*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1955, Vol. III, Parte Segunda, p. 333: la desvalorización es un riesgo a cargo del acreedor.

<sup>48</sup> Cfr. R. J. POTHIER. *Traité du contrat de prêt de consommation*, París, 1821, N° 36: «Pero hay que convenir que el mutuante a quien se devuelve la suma que ha prestado en especies aumentadas sufre un perjuicio con el préstamo que ha hecho, puesto que fuera de que él habría aprovechado el aumento si no hubiere hecho el préstamo y hubiese guardado sus especies, este valor que se le devuelve no es igual sino *nomine tenus*, pues en cuanto al efecto es menor y se halla efectivamente menos rico que lo era con la que ha prestado, ya que como las mercaderías aumentan, esta suma o valor que se le devuelve no podrá procurarle cosas de que tendrá necesidad, tantas cuantas podía procurarse con lo que ha prestado».

<sup>49</sup> Cfr. VINNIUS, *Inst.* t. 15, *Quibus modis, re contrahitur obligatio*, lib. 3, N° 12: «... no es absolutamente verdadero [...] que en las monedas no se atiende a la materia, sino tan sólo a la estimación impositiva y exterior a la cual dan por esta razón vulgarmente el nombre de bondad extrínseca, y que la moneda no es otra cosa que un valor público; pues la materia de la moneda es el fundamento y causa de su valor, el cual varía según

que, según acontece toda la regulación normativa, la norma jurídica no puede ser extraña a la realidad ni desconocerla, si bien está destinada a actuar en el plano jurídico, se gobierna y rige por la lógica de éste.

El reconocimiento de las oscilaciones monetarias, la rigidez del nominalismo<sup>50</sup> y los nefastos efectos económicos de las grandes conflagraciones mundiales gestaron desarrollos ulteriores para mantener la paridad en los sujetos de la relación obligatoria con el reconocimiento del valor real de la prestación y, en su caso, la primacía de éste sobre el nominal.

Savigny, partiendo de las alteraciones axiológicas de la moneda, atribuye al dinero un poder adquisitivo abstracto (*Abstrakte Vermögensmacht*), proyectado sobre todos los componentes de la riqueza, cuyo valor de cambio no es autónomo sino resultante del conjunto económico y del tráfico, se mira en su función y no en su naturaleza, y se concibe como un mecanismo para obtener un fin económico<sup>51</sup>; Eckstein, sustentado en la intención y fin de las partes de recibir con exactitud la misma suma con poder adquisitivo, censura el nominalismo al contradecir la voluntad de los sujetos de un contrato; y Wahle, reiterando este designio recíproco de recibir igual suma dineraria, admite la revalorización o ajuste parcial de la deuda (*Deckungsfondtheorie*) cuando la garantía de una obligación se afecta económicamente.

la diversidad de la materia; importando mucho que este valor esté en una justa proporción con la materia. Efectivamente en esta cuestión debe principalmente tenerse en consideración que el principal fin del dinero es servir para la consecución de las cosas necesarias, según Aristóteles por cuanto mudada la bondad intrínseca o extrínseca de la moneda se muda también el precio de todas las cosas, aumentándose o disminuyéndose según la alteración que haya sufrido la buena calidad del dinero, como nos lo enseña la experiencia [...] Establecido, empero, esto, si queremos que ninguno de los contratantes salga perjudicado, parece que debemos establecer que si se ha mudado el valor intrínseco de la moneda ha de atenderse al tiempo del contrato; y si el extrínseco, o sea el impositivo, al del pago».

<sup>50</sup> Cfr. ENNCCERCUS, KIPP y WOLGG. *Tratado de Derecho Civil*, cit., pp. 39 ss.: «La teoría del valor nominal, según la cual los signos monetarios investidos de curso forzoso se han de aceptar siempre en pago por su valor nominal (marco = marco), dada la progresiva desvalorización de nuestro dinero por la emisión de papel moneda sin encaje en las épocas de la guerra y de la postguerra (inflación), tenía que conducir más y más a una expoliación de los poseedores de signos monetarios y de los acreedores de dinero a largo plazo. A medida que por efecto de la inflación el valor del marco iba declinando hasta llegar a una porción, casi imposible de expresar, de su valor de antes de la guerra, se iba robus-

teciendo la idea de que, sin grave contradicción del sentimiento natural de justicia, no podía imponerse al acreedor la totalidad del daño ocasionado por la desvalorización del dinero y que no podía exigirse que se contentase con un importe papel-moneda casi sin valor, a cambio de su crédito constituido mediante la entrega de buen dinero o de su obligación cumplida mediante suministro de buena mercancía. La jurisprudencia alemana se mantuvo al principio fiel a la teoría del valor nominal (cfr. RGE 102, 98 ss. de abril 16 de 1921), pero la revalorización (o sea la elevación del importe de una deuda pecuniaria expresada en el dinero desvalorizado) fue exigida, cada vez más resuelta, especialmente por los acreedores hipotecarios, que protestaban contra el pago de la deuda en su importe nominal y que rechazaban la extinción, el recibo y el consentimiento de cancelación. Siguiendo el precedente de las decisiones del Tribunal territorial superior de Darmstadt (JurW 1923, 459 y 522), el Tribunal del Reich se pronunció en la sentencia de noviembre 28 de 1923 (RGE 207, 78 ss.) en pro de la procedencia del derecho de la revalorización de los créditos derivados de mutuo, garantizados con hipoteca, en atención a la profunda desvalorización del dinero papel alemán».

<sup>51</sup> Cfr. F. K. VON SAVIGNY. *Obligationsrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlín, 1853, p. 454, cit., por HIRSCHBERG. *El principio nominalista*, cit., pp. 44 ss.

A raíz del célebre fallo de noviembre 28 de 1923 de la Suprema Corte Alemana, con base en el principio de la buena fe (§ 242) y en la imprevisión legislativa sobre el envilecimiento de la moneda (§ 157), se reconoce jurisprudencialmente el valorismo, postulándose la inaplicabilidad del nominalismo y de las leyes de curso legal en detrimento de la buena fe (*Treu und Glauben*), cuandoquiera que su aplicación la contradiga o haga nugatoria, por tratarse de un principio inmanente, director y regulador de todas las relaciones jurídicas<sup>52</sup>.

El principio del valorismo<sup>53</sup>, en suma, se sustenta en el valor de cambio de la unidad monetaria, preconiza su poder adquisitivo real resultante de todos los factores incidentes en el tráfico jurídico-económico. La moneda refleja el valor de cambio, no siempre igual ni el mismo, sino mutable y asignado en términos actuales. Desde esta perspectiva, el deudor de obligación dineraria cumple cuando entrega la cantidad monetaria con valor igual al que tenía al instante de adquirirla y no el simple valor nominal, excepto cuando coincidan uno y otro.

En nuestra normatividad se recepcionó el principio nominalístico, en cuanto el dinero (papel moneda emitido por el Estado) solo tiene el valor asignado por la autoridad monetaria (moneda legal), no puede atribuírsele otro y con ésta debe hacerse el pago (curso legal), lo que no excluye su desvalorización, especialmente en época de inestabilidad monetaria por exceso (inflación) o defecto (deflación) del signo monetario.

Sin embargo, el principio no es absoluto y se combina con el valorismo, ya sea desde el punto de vista legal, ya negocial, esto es, ora por la consagración de preceptos en los cuales existe específica referencia al valor actual, ora por la posibilidad reconocida a los particulares en sus relaciones jurídicas de acordar sistemas de actualización monetaria que no alteren los principios cogentes del sistema monetario ni entronicen la desestabilización de la economía.

Sin embargo, la mayoría de nuestros expositores se orienta por la recepción plena del sistema nominal de acuerdo con los postulados estatuidos en los artículos 2223 y 2224 del Código Civil, 874 y 1165 del Código de Comercio.

Esta posición, con todo, es discutible en exceso, no sólo por la existencia de normas relativas a la exactitud e integridad del pago que precisan una referencia axiológica a la moneda entre su gestación y la oportunidad del cumplimiento o un referimiento concreto al valor exacto y real de la prestación, por la presencia de antecedentes importantes en la consagración de los textos<sup>54</sup>, tanto cuanto

<sup>52</sup> Cfr. E. HIRSCHBERG. *El principio nominalista, cit.*, pp. 44 y ss. El § 242 BGB dice: «Presunción según fidelidad y buena fe. El deudor está obligado a efectuar la prestación como requiere la fidelidad y la buena fe en consideración a los usos del tráfico», y § 157: «Interpretación de los contratos. Los contratos se han de interpretar como requieren la fidelidad y la buena fe en consideración a los usos del tráfico» Los §§ 244 (deuda de dinero), 245 (deuda en especie monetaria), 246 (interés legal), 247 (derecho de denuncia por intereses elevados, con vigencia para contratos concluidos antes del 1° de enero de 1987), 248 (anatocismo), 249 (clase y extensión del resar-

cimiento del daño), 250 (resarcimiento del daño en dinero con arreglo a determinación del plazo), 251 (resarcimiento del daño en dinero con arreglo sin determinación del plazo) BGB y 352 (tipo de interés legal), 353 (vencimiento de intereses) y 360 (deuda de dinero) HGB refieren a las obligaciones pecunarias.

<sup>53</sup> Cfr. E. HIRSCHBERG. *El principio nominalista, cit.*, pp. 44 ss.

<sup>54</sup> ANDRÉS BELLO, inspirado en SAVIGNY, para quien el valor de la moneda dependía de la cantidad de bienes a adquirir con ella más que de la voluntad soberana del príncipe, propuso el artículo 2343 del proyecto de Código Civil de Chile, del siguiente

más por la aplicación jurisprudencial del valorismo que, si bien con fundamentos equívocos y anfibológicos, propicia una solución justa y concorde a la realidad.

Gran parte de los ordenamientos acogen el principio nominalista invocando soberanía monetaria, orden público y seguridad en las relaciones jurídicas, a diferencia del valorismo que si bien se sustenta en la equidad, justicia y equilibrio de las partes, conduce a soluciones complejas derivadas del reajuste progresivo de la prestación.

Otras opiniones acentúan el nominalismo con el equilibrio económico de las partes, la equidad y la justicia, sosteniéndose, incluso, la necesidad de repudiar el enriquecimiento sin causa con una moneda empobrecida. El principio se ha fundamentado en la ruptura del equilibrio prestacional, en la cláusula *rebus sic stantibus*, frustración de la base del negocio, desequilibrio económico, presuposición, enriquecimiento indebido y en la probidad, buena fe o corrección.

Con todo, se señalan dificultades, más teóricas que reales, para establecer los factores indicativos del valor abstracto y de medición del poder adquisitivo actual, la consideración de eventual causación de daño al deudor con la imposición de un valor mayor a la extensión de su obligación, la incertidumbre e inestabilidad del tráfico jurídico comercial e internacional derivada de sumas mayores a las convenidas, la inequidad e injusticia de establecer cantidades suplementarias, la vulneración de la soberanía estatal monetaria y del orden público, agregándose, además, un efecto inflacionario y retractor del ahorro<sup>55</sup>.

La antítesis nominalismo-valorismo constituye un mismo aspecto de la problemática inherente a la determinación de la exactitud del pago de la prestación pecuniaria y, en realidad, no son incompatibles sino complementarios<sup>56</sup>, sin que

tenor: «Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato, aunque haya variado la relación entre la moneda expresada en el contrato y las otras monedas. Sin embargo, si en el tiempo intermedio hubiese variado el peso o la ley de la moneda que se expresa en el contrato, no se deberá la misma suma numérica, sino con el aumento o las rebajas necesarias para la igualdad de valores. Se entenderán iguales los valores por los cuales se cambian en el mercado general iguales cantidades de mercaderías». De esta manera, se daba preeminencia a la paridad del valor. Sin embargo, el texto se sustituyó por el artículo 2199, idéntico al art. 2224 del C. C., según el cual, «Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato», y de cuya exegética interpretación se ha inferido el acogimiento absoluto del nominalismo con carácter imperativo y de orden público. Con todo, interpretándose el aparte final de este precepto («Podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijaren. *Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio*

*de la convención contraria*) y los artículos 848 («Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace nuevamente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo»), 1617 [«Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes...», 1626 («El pago efectivo es la prestación de lo que se debe») y 1649 [2] («El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban»), dicese, de una parte, que el valorismo no es extraño a Bello ni a la condificación civil y, de otra parte, que el nominalismo se recibió de manera atenuada admitiéndose la posibilidad de pactar cláusulas de reajuste. Cfr. L. CLARO SOLAR. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones*, Edit. Temis y Edit. Jurídica de Chile, Vol. VI, T. XII, N° 1411, pp. 112 y 113.

<sup>55</sup> Sobre las distintas tesis, cfr. E. HIRSCHBERG. *El principio nominalista*, cit., pp. 41 a 44.

<sup>56</sup> Cfr. J. CARBONNIER. *Derecho Civil*, cit., T. II, Vol. I, p. 77: «Nominalismo y valorismo no son situaciones incompatibles, sino realidades cuya disociación debe impedirse a

pueda afirmarse la existencia de un sistema monetario nominalista puro, cuyos vacíos y soluciones estrechas, progresivamente se han atenuado normativa y jurisprudencialmente en remedo de posiciones dogmáticas, ausentes en el esquema estructural del derecho en general.

## VIII. OBLIGACIONES PECUNIARIAS, IN NATURA Y DEUDAS DE VALOR

CONTRIBUYE AL DESARROLLO del valorismo la distinción tradicional entre deudas “pecuniarias” y “deudas de valor”.

En las pecuniarias<sup>57</sup>, también llamadas “dinerarias”, “simples”, “puras”, “numerarias” o de “valuta”<sup>58</sup>, la prestación desde su origen implica la tradición o dación de una suma determinada de dinero, esto es, de la moneda misma. Al especificarse en una cantidad dineraria, numérica y nominal, se postula su sujeción al nominalismo, contrayéndose y cumpliéndose en la misma cantidad numérica y nominal. Sin embargo, sin duda, son estas las obligaciones de mayor susceptibilidad a la pérdida del valor real del dinero.

En las de valor, lo debido no es una suma sino un “valor abstracto” determinado por el actual o presente al día del cumplimiento<sup>59</sup>.

Nussbaum, al explicar la noción de “deudas de valor” distinguió las “obligaciones ajustables” (*Wertschulden*)<sup>60</sup> de las “obligaciones no ajustables”; aquéllas, se consideran por su “valor” y se ajustan en su extensión como las indemnizatorias de daños y las derivadas de enriquecimiento sin causa, y éstas se estiman por su expresión nominal reduciéndose a ésta.

Las deudas de dinero y las de valor se gobernarían por principios diversos; en las dinerarias, la prestación se determina y concreta en función de cierta cantidad de moneda y de una unidad de valor, y en las de valor, en función del poder

de moneda como tal, abstracción hecha de su valor intrínseco en el momento del cumplimiento» de las deudas de “valor” cuando se trate de hipótesis relativas al «valor intrínseco de la moneda, o la moneda sirva de medio para restaurar, en el patrimonio del acreedor, un determinado valor comprometido por deudor (por incumplimiento o por retardo en el cumplimiento»; dentro de éstas, las resarcitorias del daño, restitución del valor de la cosa por pago indebido, reducción de donaciones por lesión de legítima, la de moneda o divisa extranjera así se conviertan en nacional al día del pago, y moneda con valor.

<sup>57</sup> Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFG. *Tratado de Derecho Civil, T. I. Derecho de las Obligaciones*, cit., p. 36: «las deudas pecuniarias son deudas de valor», su objeto «es más bien el valor de la cantidad debida».

<sup>58</sup> Las diferentes expresiones suscitan interrogación en su sentido prístino, p. ej., “valuta” refiere a “valor”, siendo preferible la distinción de deudas pecuniarias originarias o y deudas pecuniarias subrogadas. Cfr. F. MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., T. IV, § 112, pp. 207 ss., diferencia las deudas originariamente pecuniarias o monetarias, llamadas de valuta, «o sea

de moneda como tal, abstracción hecha de su valor intrínseco en el momento del cumplimiento» de las deudas de “valor” cuando se trate de hipótesis relativas al «valor intrínseco de la moneda, o la moneda sirva de medio para restaurar, en el patrimonio del acreedor, un determinado valor comprometido por deudor (por incumplimiento o por retardo en el cumplimiento»; dentro de éstas, las resarcitorias del daño, restitución del valor de la cosa por pago indebido, reducción de donaciones por lesión de legítima, la de moneda o divisa extranjera así se conviertan en nacional al día del pago, y moneda con valor.

<sup>59</sup> Cfr. C. LASARTE. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Edit. Tecnos, 1987, p. 390.

<sup>60</sup> Cfr. A. NUSSBAUM. *Die Bilanz der Aufwertungstheorie*, Tübingen, 1929, p. 180; *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. SCHOA A., Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 261 ss.; ID. *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929, pp. 235 ss.

adquisitivo o real del dinero con el cual se produce su equivalencia, así la prestación concierna a una suma dineraria o a una cantidad de cosas distintas al dinero<sup>61</sup>.

Así mismo, las dinerarias en su extensión se restringen a una suma regulándose por el nominalismo y, las de valor, se extienden a su poder adquisitivo, gobernándose por el valorismo<sup>62</sup>.

Según otro criterio, la tipología obligatoria por su objeto permite clasificarlas en obligaciones pecuniarias, *in natura* y de valor.

Las pecuniarias propiamente dichas son una variedad de las obligaciones de dar, implican la transferencia de la propiedad de cierta cantidad de moneda, se caracterizan económicamente por su sensibilidad a la depreciación monetaria y, jurídicamente, porque su ejecución forzada es simple, directa y única; las *in natura* tienen por objeto una cosa distinta al dinero, son extrañas a la desvalorización monetaria y no son susceptibles de ejecución forzada cuando son de hacer y de no hacer; y las de valor (*dette de valeur*), inspiradas en el derecho alemán, constituyen una categoría híbrida e intermedia, al tratarse de prestaciones de pagar dinero, cuyo monto así sea cierto y preseñalado en una suma «se determina según un valor real que se aprecia el día del pago», siendo insensibles a la depreciación e igualmente de ejecución forzada elemental como las primeras<sup>63</sup>.

La importancia de la clasificación precedente, radica en la precisión de los efectos de la desvalorización monetaria en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.

Con todo, en estas obligaciones la prestación se reduce a una suma de dinero, cuyo valor en las primeras es el numérico o nominal, y en las segundas el real, sin desconocer que unas y otras conciernen al pago de sumas dinerarias. Por esto, se censura la lógica de esta dicotomía, a punto de no ajustarse a los parámetros tipológicos de la prestación, y se cuestiona su utilidad práctica.

## IX. FUNDAMENTOS DE LA CORRECCIÓN MONETARIA

En las obligaciones pecuniarias originarias de cumplimiento progresivo, prolongado, periódico o diferido, la incidencia de la desvalorización monetaria es mayúscula.

No acontece igual en las pecuniarias derivadas, en las que la estimación monetaria de la prestación primaria de tipo distinto sustituida (*aestimatio pecunia, subrogado pecuniario, perpetuatio obligationis*) se realiza en términos actuales al cumplimiento (*aestimatio rei*, equivalente pecuniario, reparación de un daño, reembolso o restitución de una cosa, pago de lo no debido, etc.). Por esto, es también inoperante en el supuesto de incumplimiento de la prestación subrogada, ya que su conversión económica siempre es actual y al día del pago.

<sup>61</sup> Cfr. T. ASCARELLI. *La moneta, Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1926 pp. 37 ss.; ID. *I debiti di valori, Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 347 ss.; ID. *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952.

<sup>62</sup> Cfr. J. LÓPEZ S. *Las obligaciones y contratos frente a la inflación*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 33 ss.: «Las deudas pecuniarias se regirán por el nominalismo sin perjuicio de la facultad de las partes de dejarlo de lado mediante cláusulas de estabilización o reajustabilidad puesto que

el nominalismo monetario no tendría carácter de principio imperativo de orden público, ni siquiera respecto a las obligaciones pecuniarias. Las deudas de valor, en cambio, caerían de lleno bajo el imperio del realismo monetario, por lo que los acreedores quedarían siempre a cubierto de la moneda, aun cuando nada se hubiese estipulado al respecto».

<sup>63</sup> Cfr. J. FLOUR y AUBERT. *Les Obligationis*, París, Armand Colin, 1986, N<sup>os</sup> 47 y 48, pp. 32 y 33.

Como fundamentos de la corrección monetaria se proponen la exactitud e integridad del cumplimiento<sup>64</sup>, la indivisibilidad de la prestación debida, su ejecución de buena fe, la pérdida de valor del signo circulante, la distinción entre deuda pecuniaria pura y deuda de valor, la cláusula *rebus sic stantibus*, la imprevisión<sup>65</sup>, el interés contrapuesto, la equivalencia objetiva prestacional, la frustración de la base del negocio jurídico (*Geschäftsgrundlage*)<sup>66</sup>, el desequilibrio económico sobrevenido, la *vis absoluta*, el error de valoración pecuniaria, el abuso del derecho<sup>67</sup> la presuposición (*Voraussetzung*)<sup>68</sup>, el enriquecimiento indebido o injusto, la buena fe<sup>69</sup>, probidad, corrección, justicia y equidad, inclusive el incumplimiento de la obligación y la *mora debitoris*.

Siendo la depreciación monetaria previsible<sup>70</sup>, se cuestiona la procedencia de

<sup>64</sup> Cfr. en la doctrina latinoamericana, por todos, F. FUEYO LANERI. *Corrección monetaria y pago legal*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 90 a 101. Enuncia por fundamentos genéricos de la corrección: la equidad, la justicia, el orden público, la lógica, la consideración de la deuda por "deuda de valor", el enriquecimiento injusto y, en particular, la integridad del pago comprensivo del capital, intereses e indemnizaciones debidas y su ejecución de buena fe, planteándose: «¿Qué más indemnización de pérdida que enterar lo que sea necesario para contrarrestar la depreciación monetaria? Si partimos de la deuda pecuniaria de mera cantidad de moneda es absolutamente cierto que debemos integrar el pago, con algo que entere, que complete, lo que se debe. Bien puede llamarse, también, indemnización, si miramos desde ese ángulo, o si nos agrada más la expresión legal»; la buena fe constituiría el fundamento más sólido, «forma parte del contenido del cumplimiento», su ejecución es de "orden público"; ID. *El cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones*, T. I, Santiago de Chile, Edit. Universitaria, 1959, p. 73.

<sup>65</sup> Es legendario el fallo *Gaz de Bordeaux* de marzo 30 de 1916 del Consejo de Estado francés ordenando el reajuste del precio por alza del carbón, material necesario para la producción del gas suministrado. Cfr. H. ROLAND y L. BOYER. *Obligations*, N° 1147) J. AUVERNY-BENNETOT. *La théorie d'imprevision, droit privé, droit administratif, droit ouvrirer*, París, Sirey, 1938; I. DE LAMBERTERIE. "Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée", en *Le Contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaises*, L.G.D.J., 1987, pp. 217 ss.; D. PHILIPPE. *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986. C-M. POPESCU. *Essai d'une théorie de l'imprevision en droit français et comparé*, París, 1937, pp. 62 ss.

<sup>66</sup> Cfr. OERTMANN. *La base del negocio*, Leipzig, 1921; ID. *Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921.

<sup>67</sup> Abuso del derecho en que incurriría el deudor al pretender pagar menos de lo debido, lo cual, por supuesto, es inexacto. Cfr. art. 1382 C.C., § 833 BGB, arts. 2 C.C. suizo, 18 y 126 C.C. de Polonia, 321 C.C. de Uruguay, 1071 C.C. de Argentina, 830 C.C.C.; Cas. Civ. de mayo 7 de 1944; Sentencias de octubre 30 de 1985, XLIII, 1906/7, 313; agosto 5 de 1937, XLI, 1927, 421; febrero 21 de 1938, XLVI, 1932, 58; abril 9 de 1942, LIII, 1985, 303; octubre 23 de 1942, LVI, 207; febrero 12 de 1959; diciembre 13 de 1968; septiembre 24 de 1969; 28 de noviembre de 1969, CXXXII, p. 137, de noviembre 27 de 1970, CXXXVI, p. 114, 1ª y 2ª. F. PEIRANO. *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá, Temis, 1979, N° 153, p. 277; J. CARBONNIER. *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Bosch, p.90; E. GAVIRIA G. *Lecciones de Derecho Comercial*, Medellín, Dike, 1987, pp. 254 ss.

<sup>68</sup> Cfr. B. WINDSCHEID. *Die Voraussetzung*, Arch. civ. Prax, 1891, pp. 161 ss., estructuró la concepción desde la perspectiva de la emisión de la declaración de voluntad bajo el presupuesto de determinada situación que debe verificarse para su eficacia, a punto que su inobservancia precisa su ineficacia al no corresponder a la voluntad del declarante, por lo que su declaración «materialmente carece de fundamento que la justifique». Es una condición implícitamente supuesta y no desarrollada.

<sup>69</sup> Cfr. J. L. DE LOS MOZOS. *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965; F. WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, trad. J. L. CARRO, Madrid, Civitas, 1977.

<sup>70</sup> Cfr. CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 28 de 1938 (G. J., T. XVI, 34): «la imprevisión resultante de "una grave crisis económica, de una guerra" es de gravedad y talante que hacen intolerable la

la imprevisión<sup>71</sup>, a lo cual pueden agregarse sus requisitos y alcance circunscrito a determinadas categorías negociales que la harían actuar respecto de obligaciones surgidas de tipos concretos, por lo común patrimoniales, conmutativos o paritéticos económicamente, mientras todas las prestaciones pecuniarias originarias son susceptibles a la desvalorización.

Es decir, la imprevisión se restringe a determinadas categorías negociales y relaciones jurídicas y, por el contrario, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es predicable de todas las obligaciones dinerarias originarias.

Aun admitiéndose esta postura, subsiste la interrogación relativa a la inclusión de la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el reajuste del desequilibrio económico sobrevenido.

No parece sólida la fundamentación de la corrección monetaria en la violencia<sup>72</sup>, fuerza mayor (*vis maior*), caso fortuito (*casus*), el yerro de valoración pecuniaria (error) y el enriquecimiento injusto<sup>73</sup>.

obligación. La inflación es un hecho previsible que no autoriza la revisión por imprevisión, salvo que sea intempestiva y extraordinaria, pues todo contrato prolongado implica una previsión económica futura».

<sup>71</sup> En nuestra legislación, encuentra por antecedente el artículo 50 del C.S.T.; no está regulada en el ordenamiento civil, pero se ha aplicado a negocios jurídicos de esta naturaleza; se estableció en el artículo 868 C. de Co. —tomando por base los arts. 1467 a 1469 C. C. ital. 1942— tratándose de desequilibrio económico sobrevenido en las obligaciones derivadas de negocios jurídicos de ejecución sucesiva, periódica o diferida por circunstancias extraordinarias, imprevisas o imprevisibles, cuando alteren o agraven la prestación de cumplimiento futuro a cargo de una parte, en términos de excesiva onerosidad. Autoriza la revisión para su reajuste judicial según la equidad o la terminación del contrato de no ser factible. La Ley 80 de 1993 para la contratación estatal la reconoce con los principios de la ecuación matemática y el equilibrio económico. Cfr. CSJ, Cas. Civ. de octubre 29 de 1936, M. P.: Libardo Escallón, *G. J.*, T. XLIV, pp. 437 ss.; Cas. Civ. de mayo 23 de 1938, M. P.: Arturo Tapias, *G. J.*, T. XLVI, pp. 544 ss.

<sup>72</sup> Cuando el negocio jurídico sea un acto de voluntad espontáneo, maduro y deliberado de los contratantes se exige sanidad en el consentimiento, sancionándose con nulidad relativa o anulabilidad sus vicios por error, fuerza, dolo y en la tendencia actual, estado de necesidad y de peligro (BGB, art. 138, C.C. italiano de 1942, art. 1448, suizo de las Obligaciones, art. 21; Ley 201 de 1959). Se proscribió así el acto, negocio o contrato existente con su declaración judicial de anulación cuyas consecuencias consisten en la destrucción del acto, la improducción de sus efectos y la restitución de las cosas al

estado anterior, como si el acto o contrato nunca se hubiera celebrado, con la sola permanencia de aquellos efectos o situaciones jurídicas que por lógica o ley no pudieren deshacerse. La violencia, fuerza, amenaza, intimidación, constreñimiento o coacción, acto material (*vis absoluta o corpori illata*) o moral (*vis impulsiva o vis animo illata*) sobre un sujeto de derecho para vencer su decisión, libertad, querer o espontaneidad y determinarla a la celebración de un acto que en condiciones normales no celebraría o lo haría en términos diversos, por virtud de un peligro actual o inminente de un mal grave e irreparable, para sí o para los suyos, apenas constituye vicio del querer y entraña nulidad relativa, susceptible de saneamiento por paso del tiempo o decisión de los sujetos y, carece de relación estrecha con la problemática de la corrección monetaria. Cfr. J. CARBONNIER. *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, “El Derecho de las Obligaciones y la situación contractual”, Barcelona, Bosch, 1971; PUIG-BRUTEAU. *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, “Doctrina General del Contrato”, Barcelona, Bosch, 1978; F. MESSINEO. *Doctrina General del Contrato*, T. I, Buenos Aires, Ejea, 1952; L. DIEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1979; A. LEÓN HURTADO. *De la voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1979; R. A. ALESSANDRI y M. SOMARRIVA UNDURRAGA. *Derecho Civil, Contratos*, T. I, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1988; R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría General del Contrato*, trad. F. HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 71 ss.; CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencias de febrero 9 de 1932, *G. J.*, T. XXXIX, p. 463; julio 28 de 1958, *G. J.*, LXXXVIII, p. 561; abril 30 de 1968 en F. HINESTROSA, *Casación Civil Jurisprudencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980; abril 15 de 1969, *G. J.*, T. CXXX,

La *vis* y el *casus*<sup>74</sup> son elementos extraños con efectos extintivos de la relación obligatoria, o exonerativos de las consecuencias de su incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso, o de la subsistencia en el subrogado de la prestación; la fuerza (y más ampliamente el estado de necesidad y de peligro) y el error en algunos casos son vicios del negocio jurídico y entrañan su invalidez.

El enriquecimiento injusto es principio genérico director de todo ordenamiento, surgido en el derecho romano (*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletionem*), basado en la equidad y justicia (*Ripert*); exige para su procedencia enriquecimiento (ventaja, utilidad, provecho o beneficio apreciable patrimonialmente, ya por incremento o disminución efectivo del patrimonio), empobrecimiento del actor, ausencia de causa jurídica o legítima “que justifique el desplazamiento patrimonial” y “relación de causa a efecto entre aquél y éste”<sup>75</sup>. La carencia de causa a una prestación (*condictio sine causa*) o atribución patrimonial, precisa el enriquecimiento, cuando no existe justificación ninguna en repudio de situaciones injustas e inequitativas. El empobrecimiento del acreedor al recibir una moneda de valor inferior y el enriquecimiento del deudor al no cancelar la prestación íntegra debida sería el soporte de su aplicación para el reconocimiento de la corrección monetaria en las obligaciones pecunarias. No obstante, desde la perspectiva nominalista, el deudor cumple pagando con moneda de valor nominal igual, al paso que desde la órbita del valorismo lo debido es un valor igual, con el mismo poder adquisitivo al instante de contraerse y de cumplirse la obligación.

Todo persuade a buscar el fundamento próximo de la corrección monetaria, ora en la plenitud e integridad del cumplimiento, ora en los *principia generalia*<sup>76</sup>, la *bona fides*, la justicia y la equidad<sup>77</sup>, por la escasa lógica y persuasión de las tesis precitadas.

pp. 27 ss.; octubre 17 de 1962; agosto 13 de 1969, *G. J.*, T. CXXXI, p. 127, y mayo 3 de 1984, en *Jurisprudencia y Doctrina*, N° 150, pp. 467 ss.

<sup>73</sup> Cfr. CSJ, Cas. Civ. Sentencia de febrero 21 de 1984, en desarrollo del equilibrio económico y la sanción del enriquecimiento injusto, el «pago de obligaciones dinerarias, en épocas de depreciación, debe hacerlo el deudor de acuerdo con el correspondiente ajuste o corrección monetaria a fin de que no se produzca el rompimiento del equilibrio de las relaciones contractuales, no se enriquezca de manera injusta una de las partes de la relación sustancial a costa de la otra, ni tampoco se solucione la deuda de manera incompleta so pretexto de atender postulados nominalistas de la moneda con desconocimiento de fenómenos que tienen alcance mundial sobre todo a partir de las dos grandes conflagraciones del presente siglo» (*Jurisprudencia y Doctrina*, T. XIII, N° 148, p. 279).

<sup>74</sup> En puridad, no se comprende la conexión de la problemática con el elemento extraño, entre otras cosas, porque ésta es un dato susceptible de cálculo, de suyo previsible y extraño a las partes.

<sup>75</sup> Cfr. arts. 21 Ley 200/36, 2310 y 2313

ss. C.C., 831 y 882 C. de Co.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de febrero 15 de 1933, *G. J.*, T. XLI, p. 92; Septiembre 6 de 1935, *G. J.*, T. XLIII, pp. 602 ss.; noviembre 19 de 1936, *G. J.*, T. XLIV, p. 474; abril 14 de 1937, *G. J.*, T. XLVI, p. 90; octubre 6 de 1937, T. XLVI, p. 803; marzo 27 de 1939; septiembre 6 de 1940, T. XLIV, p. 474; junio 6 y 12 de 1955, T. XLV, p. 195; marzo 26 de 1958, LXXXVII. B.G.B, 812; 62 Código Suizo de Obligaciones, 2.031 C.C. italiano de 1942, 399, URSS, 71 Tunez, 66, Marruecos.

<sup>76</sup> Cfr. Vid. G. DEL VECCHIO. *Los Principios Generales del Derecho*, trad. OSSORIO MORALES, Barcelona, 1979; F. HINESTROSA. *Principi Generali: Applicazioni e Prospettive*, Padua, Cedam, 1994, publicado en *Revista de Derecho Privado*, N° 1, enero/junio 1997, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997; L. F. GÓMEZ D. “Los Principios del Derecho” en *Revista Universidad Externado de Colombia*. Vol. IV, 1963ñ Corte Constitucional, Sentencia C-104, marzo 11 de 1993.

<sup>77</sup> Cfr. Sentencia de marzo 24 de 1983, M. P.: Alberto Ospina Botero. En contra, F. NAVIA ARROYO. “Obligaciones dinerarias y corrección monetaria”, en *Revista de la*

La pérdida del poder adquisitivo de la moneda, o sea, del valor real del dinero, *strictu sensu*, es el fundamento prístino (*prius*) de la corrección monetaria; se trata de un fenómeno estrictamente económico, en el cual debe fundarse su reconocimiento.

## X. LA CORRECCIÓN MONETARIA Y EL TRÁMITE PROCESAL

EN SU ETIOLOGÍA Y EFECTOS, daño, daño emergente, mora, indemnización moratoria y corrección monetaria son nociones conceptual y normativamente diferentes.

Por lo común, suele argumentarse *in contrario* al poder-deber del juzgador de pronunciarse oficiosamente respecto de la corrección monetaria, su naturaleza de perjuicio, de daño emergente, el sistema dispositivo, la necesidad de solicitarla y probarla en término perentorio y preclusivo, el derecho de defensa de la parte pasiva quien no podría contradecirla si se impone, la congruencia de la sentencia con la relación jurídica procesal constituida, las pretensiones y excepciones en cuanto debe fallar ni más ni menos de lo pedido, para prevenir fallos *ultra, extra y minus petita*.

Esta postura se opone a su declaración oficiosa en todo caso, aun en hipótesis de prestaciones restitutorias consecuenciales, reflejas o derivadas, porque implicaría, además del desconocimiento de los principios anteriores, un pago indebido susceptible de repetición.

A estos prenotados se contraponen la dilación procesal, ora por el trámite normal del proceso, ora por actitud de juez o parte, admitiéndose el reconocimiento oficioso de la corrección cuando obedezca a comportamiento culposo o doloso de la parte demandada o extraño a la demandante.

Sin embargo, la corrección monetaria es un hecho estrictamente económico basado en la desvalorización o pérdida de valor adquisitivo de la moneda, no es perjuicio, “daño emergente”, ni su carácter es sancionatorio, restitutorio, reparador o indemnizatorio, correspondiendo a la exactitud de la prestación debida con arreglo a los principios reguladores del cumplimiento o, de conformidad, con la equidad, la cual integra el contenido del negocio jurídico al tenor del artículo 871 del Código de Comercio.

Por esta virtud, la corrección no requiere solicitud expresa y preclusiva ni es menester su probanza al tratarse de un dato real, previsible, público, notorio<sup>78</sup> y

*Universidad Externado de Colombia*, N° 1, Bogotá, 1984, pp. 74 y 75, por cuanto, de una parte, el pago completo de la obligación según el art. 1627 C.C. «es aquel que se hace en conformidad al tenor de la obligación, lo que implica, si las partes han señalado un cuántum en dinero y no han determinado la forma de reajustarlo, dentro del margen de libertad que en esta materia se les reconoce, circunscrito, como se sabe, por la noción de orden público y de soberanía monetaria del Estado, que el deudor se libere pagando la cantidad precisa que indica el título», y en cuanto, de otra, la concepción del pago íntegro con base en el artículo 1649 confunde la noción de pago y

la de indemnización, la buena fe no es suficiente para el reajuste por no ser de la naturaleza de las obligaciones pecuniarias el reajuste si se atiende al principio nominalista de orden público y por ser improcedente en los juicios ejecutivos.

<sup>78</sup> CSJ, Cas. Civ. Diciembre 7 de 1982; marzo 30 de 1984; septiembre 21 de 1983; septiembre 15 de 1983; marzo 24 de 1983; C. de E., Sala. Adm., octubre 20 de 1978, *Anales*, año LIII, T. XCV, p. 466; marzo 20 de 1980, *Anales*, año LX, p. 217. En Cas. Civ. de octubre 5 de 1982, sin embargo, la Corte, dijo: «Aunque es sana la doctrina que enseña que para ordenar la corrección monetaria es indispensable que quien tenga

conocido (art. 177, Dcto. 2282/89, art. 397 C. P. C.), debiéndose decretar *ex officio* por el juzgador (*iuris novit curia*), por prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad procesal y por corresponder a la exigencia del pago pleno, exacto e íntegro de la prestación debida (arts. 1625 y 1649 C.C.).

En efecto, la congruencia de la sentencia no se transgrede con el reconocimiento de la actualización monetaria, y por el contrario la presupone, en tanto que el juez al reconocerla se mantiene dentro de los límites precisos del cumplimiento de la relación obligatoria o de la reparación íntegra, completa y oportuna del daño causado y reclamado en las pretensiones de la demanda<sup>79</sup>, sin que éstas constituyan una limitante<sup>80</sup> por constituir una estimación razonada no restrictiva<sup>81</sup> ni sea menester petición expresa<sup>82</sup>.

También se duda de la corrección con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, cuando ésta no la impone, así el pago no sea inmediato, en preservación de la cosa juzgada, porque su carácter definitivo e inmutable desearía el reajuste ulterior de la suma fijada en cuanto constituiría un aspecto específicamente no contemplado en el fallo.

Por el contrario, si la sentencia reconoce de manera expresa la actualización o la ley la autoriza sería procedente su reconocimiento, pues en tal caso hace parte integrante de la providencia o el ordenamiento suple el vacío, sin que en tal circunstancia se transgrede la intangibilidad e inmutabilidad característica de la cosa juzgada.

Otras doctrinas asignan carácter formal y no material a la cosa juzgada<sup>83</sup>,

derecho a ella expresamente lo haya solicitado así, parece claro que cuando esa corrección comporta la manera de resarcir un perjuicio es menester probar que la desvalorización de la moneda ha producido un daño». Aún más, por auto de agosto 14 de 1981, aplicando los artículos 179 y 180 C.P.C., solicitó oficiosamente al Banco de la República certificación de la pérdida de valor de la moneda.

<sup>79</sup> El Consejo de Estado en fallo de abril 12 de 1984 negó la aplicación oficiosa, pero aplica el interés lucrativo o puro del 6% reconociendo un interés de devaluación del 18% en fallos por muerte o lesiones. Cfr. sentencias de abril 28 de 1983, *Anales*, año LVIII, T. CIV, p. 639; diciembre 9 de 1970, *Anales*, año LXXIX, pp. 303 ss.

<sup>80</sup> Cfr. CSJ, Sala de Neg. Gen., marzo 10 1954, *G. J.*, T. LXXVII, p. 206; C. de E., Cont. Adm., marzo 27 de 1981, *Anales*, año LVI, T. C., p. 403; diciembre 17 de 1982, *Anales*, año LVII, T. CLII, p. 662; diciembre 13 de 1979, *Anales*, año LIV, T. XCV, p. 170, en las cuales sostiene la limitación por la cuantía de las pretensiones.

<sup>81</sup> Cfr. CSJ, Cas. Civ. Septiembre 21 de 1983, en la cual no restringe la actualización por el monto de la pretensión: «La Corte tendría oficiosamente que ordenar que el monto de la condena por perjuicios sea upaquizada, pues es hecho notorio que no requiere demostración la desvalorización

impresionante de la moneda, y sería equitativo interpretar que la condena solicitada de seiscientos cincuenta mil pesos se refiere a pesos con el mismo poder adquisitivo de cuando se produjo el daño». En idéntico sentido, Cas. Civ. de diciembre 7 de 1982; octubre 5 de 1982; septiembre 15 de 1983; marzo 30 de 1984; diciembre 9 de 1970, T. LXXIX, pp. 303 ss.

<sup>82</sup> CSJ, Cas. Civ. Marzo 30 de 1984: «Sin que la Corte se vea en la necesidad de tomar partido en el enfrentamiento en que se debate la doctrina sobre si el juzgador puede o no decretar oficiosamente el pago de la obligación con corrección monetaria, el cargo que aquí estudia, en la modalidad de extra petita, no se abre paso, puesto que al pedir el demandante el pago de perjuicios ocasionados por la sociedad demandada por la no cancelación oportuna de las obligaciones de su cargo, tal pretensión comprende la corrección monetaria».

<sup>83</sup> Disciplina el ordenamiento el efecto de la cosa juzgada o, «fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales» (J. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 548 ss.) en punto «del bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el Juez» y deducido en el juicio por el actor frente al demandado (*res in iudicium deducta*), cuando entre las mismas partes de un proceso anterior y de otro actual confluye la

negando la actualización monetaria si el juzgador no se pronuncia específicamente sobre la corrección, y algunas sólo excluyen el reajuste si la sentencia condena al pago de intereses moratorios al ser incompatibles.

A tales puntos de discusión se aúna el de la procedencia de la corrección en procesos de ejecución, admitida si no se cobran simultáneamente intereses<sup>84</sup> y negada sin reflexión plausible con el dudoso argumento de contrariar los requisitos de claridad, precisión y exigibilidad del título ejecutivo<sup>85</sup>, o por implicar cognición, cuando nada obsta a su reconocimiento, el ejecutado puede cuestionar integralmente el título, la economía, concentración e integridad del pago la exigen, tanto cuanto más, porque la condena al pago de *frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados*, la actualización de las condenas de pagar sumas dinerarias *con reajuste monetario, en el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia definitiva y el día del pago, se hará en el proceso ejecutivo que se adelante para su cobro* (arts. 307 y 308 C.P.C.) y en todo caso la parte puede contradecir su existencia y los datos de su precisión.

A ello se agrega la inutilidad del derecho, cuando para la satisfacción de la prestación debida se obliga a promover nuevo proceso, siendo que la finalidad de éste es el reconocimiento del derecho sustancial por encima del formulismo procesal<sup>86</sup>.

misma causa y objeto (CHIOVENDA. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid, Reus, 1954, pp. 338 ss.), haciendo inmutable, definitiva e inatacable la decisión pronunciada en precedencia, salvo norma expresa de la ley. Al tenor del artículo 332 del C.P.C., toda «sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes», cuyas premisas básicas atañen a identidad de objeto, causa litigiosa y parte (K. SCHWAB H. *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1968, pp. 198 a 210). La identidad de partes, concebida desde el punto de vista jurídico concierne a la misma posición o situación jurídica de la parte, *rectius*, titular del interés asignado por el derecho, *ab origine* o *ab posteriore*, cobijando hipótesis de adquisición originaria y derivativa, traslaticia o constitutiva, y presupone la ocurrencia a proceso del titular del derecho debatido, relación, situación o posición jurídica, como parte, para deducir una pretensión frente a alguien, contemplándose los extremos de la relación procesal, o titular de la pretensión, parte activa o demandante y vinculado a ésta o parte pasiva o demandada. La identidad de causa y de objeto implica identidad de pretensión o sustento fáctico y jurídico, que, según la doctrina negatoria, muy difícilmente puede concebirse cuando la sentencia no se pronuncia respecto de la desvalorización monetaria.

<sup>84</sup> Cfr. J. TAMAYO J., *Op. cit.*: «la indexación es procedente en procesos ejecutivos a petición del demandante, cuando el deudor no está obligado a pagar intereses o éstos no son suficientes para cubrir la desvalorización de la moneda, como ocurre, por ejemplo, con los intereses legales del 6% anual, a que se refiere el artículo 1617 del Código Civil».

<sup>85</sup> Cfr. C. de E. Sentencia de abril 29 de 1983, M. P.: Enrique Low Murtra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XII, N° 139, p. 631. En el mismo sentido, F. NAVIA ARROYO. *Obligaciones dinerarias y Corrección monetaria, cit.*, p. 75. Título ejecutivo es todo documento o escrito *auténtico* contentivo de una obligación expresa, clara y exigible, *proveniente del deudor*, de su causahabiente o de la autoridad política legitimada y constitutivo de plena prueba en su contra (art. 488 C.P.C.). Expresa (de *expressio, expresus*) es la obligación manifiesta e inequívoca en el escrito; clara (de *claritas*), la intellegible, precisa o exacta en su contenido, y exigible (de *exigere*), la de cumplimiento, pago o solución inmediata al ser pura y simple por no estar sometida a plazo, condición o modo, o porque, estándolo se verificaron. (H. F. LÓPEZ B. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, T. II, Parte Especial, Bogotá, A.B.C., 1992, pp. 293 ss.; H. MORALES M. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte Especial, pp. 155 ss.; N. MORA R. *Procesos de Ejecución*, T. I, Bogotá, Temis, 1980, pp. 93 y ss.; CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 31 de 1942, G. J., T. CIV, pp. 383 ss.).

<sup>86</sup> Cfr. C. de E., Sección Tercera. Sentencia

## XI. LAS PRESTACIONES RESTITUTORIAS Y LA ACTUALIZACIÓN MONETARIA

EN CONEXIÓN ESTRECHA con los lineamientos anteriores, el pertinente a las prestaciones restitutorias originadas en negocios jurídicos o en el daño resarcible y, en particular, tratándose de ineficacia por invalidez (nulidad absoluta y relativa, arts. 1741, 1748, 1749 y ss. C.C., 899 y ss. C.C., arts. 44 y ss. Ley 80/93), resolución (arts. 1546 C.C., 870 C.Co.) y rescisión motivada en desequilibrio económico prestacional, inicial (lesión enorme, arts. 1946 y ss. C.C.) o sobrevenido (imprevisión, art. 868 C.Co.).

Se aúnan las concernientes a la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de negocios inexistentes, negocio infirmatorio (“mutuo disenso”, art. 1625 C.C.), desistimiento o terminación unilateral, fraude (arts. 2491 y ss. C.C., 1965 C.Co., Ley 222/95) acción reivindicatoria, posesoria, restitución de tenencia, policiva y, en general, toda situación jurídica que implique restitución al estado anterior (imposibilidad obligacional, enriquecimiento injusto, *conditio iuris*, etc.).

En general, la ineficacia<sup>87</sup> consiste en la privación, reducción, destrucción, disminución o merma de los efectos de un negocio jurídico relevante, por cualquier causa y, en sentido estricto, en la alteración de los mismos por disposición particular (modo, plazo y condición). A pesar de esta clara noción, el legislador mercantil, agrega la “ineficacia de pleno derecho” cuando en sus preceptos “se exprese que un acto no produce efectos” (art. 897 C.Co.), dentro de una tautología y confusión lamentable e inconveniente respecto de la ineficacia propiamente, la inexistencia y la invalidez.

La inexistencia, comúnmente confundida con la invalidez, es noción distinta de ésta, prejurídica y lógica, se presenta (art. 898 [2] C.Co.) por omisión de la forma constitutiva, solemne o *ad substantiam actus* o de todos o alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico, esto es, los contemplados en el concepto o definición particular y concreta de cada uno de los tipos negociales disciplinados por el ordenamiento, los usos y prácticas del tráfico o creados de entrada por los particulares y con patrocinio en cuanto obedezcan a intereses dignos de reconocimiento y tutela por su función práctica o económica social.

Al margen del negocio jurídico inexistente pueden gestarse, y de suyo así acontece, situaciones y relaciones jurídicas contrahechas, cuya solución compete a las partes y, en caso de controversia, a la autoridad competente e implican prestaciones y restituciones mutuas<sup>88</sup>.

de abril 12 de 1984, donde no se admite el pronunciamiento oficioso de la actualización del daño. En contra, C. de E., diciembre 9 de 1970 (*G. J.*, LXXIX, p. 303); CSJ, Sentencia de septiembre 21 de 1983; octubre 5 de 1982; diciembre 7 de 1982; septiembre 15 de 1983; marzo 30 de 1984.

<sup>87</sup> Cfr. F. HINESTROSA. “Ineficacia del acto notarial y del negocio jurídico”, ponencia para las Jornadas de Derecho Notarial, Bogotá, marzo de 1977 en *Escritos Varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983; Id. *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico en Derecho Comercial colombiano*, Cámara de Comercio de Medellín, Colegio

de Abogados de Medellín, Medellín, Edit. Krucigrama, 1985, pp. 191 ss.

<sup>88</sup> Piénsese en la “enajenación o transferencia” del derecho real de dominio de inmuebles con entrega de éstos y pago o anticipo de precio y sin observancia de la formalidad de la escritura pública, o en la constitución de una sociedad mercantil sin aporte real y verídico (simulación absoluta). La solución de estas situaciones contrahechas debe realizarse con base en las normas y principios generales y no con la extensión de categorías como la invalidez, la resolución, etc.

La invalidez se disciplina en el ordenamiento con la consagración de la nulidad absoluta y relativa. La absoluta por contrariedad del orden público, normas imperativas, incapacidad absoluta, “ilicitud” de la “causa” o del objeto, omisión de “alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes” (art. 1740 C.C.), es decir, en su caso de formalidad habilitante o tutelar o de plenitud de la forma solemne (art. 99 Dcto. 960/70), y en los negocios jurídicos estatales, además por su celebración contra expresa prohibición constitucional, abuso o desviación de poder, declaratoria de nulidad de los actos administrativos que la sustenten, desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibles o de los criterios legales sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o de la reciprocidad sobre el particular (art. 44 Ley 80/93)<sup>89</sup> y, la relativa, por cualquier vicio distinto de los constitutivos de la absoluta, incapacidad relativa, error, dolo, fuerza y, en afán de plenitud e integridad, estado de necesidad y estado de peligro. Es, así, categoría *iuris* distinta de la inexistencia<sup>90</sup>, tanto por sus causas cuanto por sus efectos y tratamiento.

Declarada la nulidad se concluye el negocio y, así no se haya solicitado, consecencialmente, se retrotraen las cosas al estado precedente, excepto en cuanto a los efectos y situaciones no susceptibles de retrotracción por su propia naturaleza o por disposición legal, p. ej., irrepitibilidad del pago por inmoralidad conocida previamente (*melior causa possidentis; in pari causa turpitudines cessat repetitio*), y surgen las prestaciones restitutorias mutuas.

Existente y válido el negocio jurídico, si es de prestaciones correlativas y su naturaleza o el ordenamiento lo admite, en caso de cumplimiento o disposición a cumplir de una parte e incumplimiento o renuencia injustificada a cumplir de otra parte puede ejercerse la resolución del negocio jurídico para el cumplimiento de la prestación *in natura* o del subrogado pecuniario con reparación de los daños (arts. 1546 C.C. y 870 del C.Co.) y, resuelto, vuelven las cosas al *statu quo ante*, emanando las prestaciones restitutorias inter partes<sup>91</sup>. Así mismo, existiendo y

<sup>89</sup> Se previenen hipótesis de nulidad derivada o refleja del negocio, *v. gr.* la nulidad de los actos previos sustentatorios de la celebración del negocio, y otras situaciones atañederas a la legitimación negocial pasiva (recepción de los efectos del negocio, p. ej., violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades) o a aspectos que pueden constituir verdaderas hipótesis de fuerza (abuso de poder). Por las causas 1, 2 y 4 del art. 44, Ley 80 de 1993, el repre-sentante de la entidad estatal debe «dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre» (art. 45 [2], *ibidem*), es decir, se introduce la terminación previa por acto administrativo de un negocio jurídico nulo, circunstancia confusa e inconveniente.

<sup>90</sup> Una importante precisión conceptual de estas figuras realizó la Corte Suprema de Justicia en Cas. Civ., sentencias de mayo 13 y mayo 20 de 1968, M. P.: F. Hinesrosa, en *Casación Civil, Jurisprudencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pp. 232 ss. Sin embargo, en lo civil, la juris-

prudencia tradicionalmente ha confundido estas figuras, tratando la inexistencia dentro del régimen de la nulidad. Sólo la ausencia de elementos esenciales, es decir, necesarios e imprescindibles para la creación, constitución o nacimiento de un negocio jurídico o de forma solemne origina la inexistencia. La *essentialia negotia* se disciplina en concreto para cada una de las categorías negociales, se comprende en su concepto y definición, y no se regula de manera general y abstracta a diferencia de la invalidez que se predica por unas mismas causas (incapacidad, transgresión de normas imperativas, orden público, ilicitud de objeto o causa) para todos los negocios, y por otras específicamente aplicables a algunos tipos (p. ej., omisión de insinuación de la donación). Es también usual referir a la capacidad de las partes la licitud del objeto y de la causa y el consentimiento exento de vicios como elementos esenciales cuando son presupuestos de validez cuya omisión entraña no la inexistencia sino su nulidad.

<sup>91</sup> El recíproco o mutuo incumplimiento de las partes no legitima el ejercicio de la

siendo válido, si desde su celebración, en los tipos negociales pertinentes, se estructura desequilibrio económico prestacional dentro de la tarifa legal (lesión enorme o desequilibrio posterior no tarifado que lo justifique (imprevisión), hay lugar, no siendo factible el reajuste, a su rescisión, cuyos efectos implican, en ciertos casos y bajo ciertos respectos, retrotraer las cosas al estado anterior.

En las prestaciones restitutorias (nulidad, resolución de negocio jurídico, reivindicatoria, etc.) se impone volver al *statu quo ante* como si no hubiere existido, con la salvedad de las cosas o efectos jurídicos no deshacibles por su naturaleza (arts. 1545, 1546, 1746 ss. C.C., 870, 871, 902 ss. C.Co.)<sup>92</sup>. La corrección se comprende dentro de la restitución al estado precedente, efecto ulterior a la nulidad o resolución del negocio jurídico. En la rescisión por lesión enorme no ha sido admitida y tampoco en la resolución del contrato de compraventa cuando existe mora<sup>93</sup>.

## XII. LAS PRESTACIONES INDEMNIZATORIAS Y LA ACTUALIZACIÓN MONETARIA

EL DAÑO, *rectius*, detrimento, menoscabo o lesión inmotivada de un derecho o interés ajeno, debe repararse en su integridad y de manera cabal. Sin embargo, entre su ocurrencia y su indemnización podrá experimentar mutaciones subjetivas u objetivas, esto es, predicadas del sujeto a quien se causa o de los factores económicos inherentes a la moneda con la cual debe indemnizarse, es decir, podrá agravarse o atenuarse o los signos monetarios entre su causación y oportunidad del resarcimiento podrán perder o aumentar su valor adquisitivo.

Desde esta perspectiva, admitida la actualización monetaria<sup>94</sup>, la jurisprudencia

acción resolutoria ni de suyo constituye negocio infirmatorio. En principio, frente al incumplimiento mutuo de las partes, cualquiera de éstas puede solicitar el cumplimiento del negocio en virtud de su carácter impenitativo (norma o precepto contractual, *lex contractus, pacta sunt servanda, lex privata* y de lo dispuesto en los arts. 1602 y 1603 C.C. y 871 C.Co.), principio genérico director de su fuerza obligatoria. Nada se opone, empero, a la posibilidad de pretender la terminación, la cual, con todo, es dudosa, a diferencia del cumplimiento, pues todo negocio obliga a éste mientras no se infirme por las partes o por los jueces (art. 1625 C.C.). En uno u otro caso, el incumplimiento recíproco excluye la prestación indemnizatoria

<sup>92</sup> Juicioso análisis de los distintos pronunciamientos de la Corte en A. E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *El incumplimiento recíproco del contrato y la corrección monetaria, La Jurisprudencia colombiana, 1978-1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992. La Corte Suprema de Justicia, en sentencias de diciembre 1º de 1936, *G. J.*, T. XLVI, p. 452 y de marzo 24 de 1983, reiteró el principio en los fallos de nulidad con referencia al índice anual del costo de vida.

<sup>93</sup> Cfr. CSJ, Cas. Civil. Sentencias de

agosto 20 de 1985, *G. J.*, T. CLXXX, p. 322 y de abril 19 de 1989; en Sent. de marzo 21 de 1995, M.P.: Pedro Lafont Pianetta, Exp. N° 3328, interpretó en máxima exégesis el art. 1932 C.C., concluyendo sin fundamento aceptable la restitución del precio sin actualización al comprador incumplido. En contra, salvamento de voto, F. HINESTROSA y J. TAMAYO J. En rigor, declarado nulo o resuelto el contrato de compraventa, tanto el precio cancelado por el comprador cuanto el pago de frutos deben restituirse con su respectiva actualización.

<sup>94</sup> La admisibilidad de la actualización se reconoce expresamente por el Consejo de Estado; cfr., entre otros fallos de su Sala de lo Contencioso Administrativo: diciembre 9 de 1970, *Anales*, T. LXXIX, p. 310; diciembre 17 de 1982, *Anales*, T. CIII, p. 656; abril 20 de 1981, *Anales*, T. C, p. 412; marzo 27 de 1981, T. C, p. 403; octubre 20 de 1978, *Anales*, T. XCI, pp. 462 y 463; noviembre 17 de 1967, *Anales*, T. LXXIII, p. 276; febrero 22 de 1966, *Anales*, T. LXX y LXXI, p. 795. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia, *ab initio*, es reacia; cfr. al respecto, entre otros fallos: Cas. Civ. noviembre 30 de 1942, *G. J.*, T. LIV bis, p. 290; Sala de Negocios Generales, julio 22 de 1959, *G. J.*, T. XCI, p. 283; Cas. Civ., mayo 11 de 1970,

ha sentado pautas bastante aceptables para su reconocimiento, planteándose, empero, dificultades en la precisión de los métodos o sistemas actuariales, el patrón de referencia y respecto del momento a partir del cual debe aplicarse, particularmente, en tratándose de condenas impuestas en sentencias culminatorias de juicios de responsabilidad.

En torno de la reparación del daño es unánime su reconocimiento<sup>95</sup>, aun cuando existe inconveniente al determinar la fecha de su evaluación que se considera desde la causación del perjuicio, solución justificada en épocas de estabilidad económica pero no de depreciación donde el tiempo es vital e incidente<sup>96</sup>.

Tratándose de obligaciones dinerarias primarias u originarias, el reconocimiento de la corrección monetaria actúa desde la ocurrencia de la pérdida del valor real del dinero con el cual deben cumplirse, y no a partir del incumplimiento o de la mora del deudor<sup>97</sup>; y a propósito de las hipótesis agrupadas en la noción de “deudas de valor” y, dentro de éstas, la prestación indemnizatoria del daño resarcible por responsabilidad “extracontractual”, el ajuste opera a partir de la lesión inmotivada<sup>98</sup>, debiéndose, en ambos casos, hasta el cumplimiento íntegro<sup>99</sup>.

En efecto, se ha sostenido, en punto del período de la indización, que frente al “incumplimiento” de obligaciones dinerarias se aplica desde su origen<sup>100</sup> y tratándose de deudas de valor desde la ocurrencia del daño<sup>101</sup> hasta el pago total y efectivo de la reparación.

De análoga manera, según lo indicado, con base en la distinción entre deudas dinerarias y deudas de valor, la procedencia de la actualización monetaria se ha subordinado en las de pagar suma cierta de dinero al incumplimiento de la relación obligatoria y, específicamente, a la *mora debitoris*, admitiéndose, sin más, en las últimas. Así, la prestación indemnizatoria derivada de la denominada responsabilidad civil extracontractual<sup>102</sup> constituiría deuda de valor y, en éstas, cabría la actualización monetaria.

G. J., T. CXXXIV, p. 133; diciembre 5 de 1951, G. J., T. LXX, p. 957. En fallo de marzo 5 de 1942 (S. de Neg. Gen., G. J., T. LIII, p. 559) empezó a admitirla y, luego, la ha reconocido progresivamente; cfr. entre otros, Sala de Neg. Gen., enero 31 de 1952, G. J., T. XII, p. 194; septiembre 27 de 1951, G. J., T. LXX, p. 652; octubre 31 de 1950; G. J., T. LXIX, p. 496; Cas. Civ., marzo 30 de 1984, en *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XIII, p. 252; octubre 5 de 1982; septiembre 21 de 1983; noviembre 9 de 1979; C. de E., septiembre 15 de 1983.

<sup>95</sup> El art. 16 de la Ley 446 de 1998 disciplina: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”

<sup>96</sup> Cfr. F. A. MANN. *The legal aspect of money*, 4ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 63: «Cuando el Juez está llamado a fijar los daños, ha de guiarse por el principio de que, para compensar al demandante la pérdida que ha sufrido, ha de asignarle un valor a esa pérdida y que dicho valor ha de apreciarse atendiendo al momento actual».

<sup>97</sup> La doctrina y jurisprudencia aplican la corrección a partir del incumplimiento o de la mora y no desde el momento de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, tesis censurable porque, conforme a lo dicho, sin incumplimiento y sin mora la desvalorización monetaria es un hecho evidente e indiscutible. La corrección monetaria no está subordinada a la responsabilidad contractual o extracontractual, si bien opera en ambas, ni presupone incumplimiento o daño. Distinta es la situación de la reparación del valor del daño. Cfr. Cas. Civ., marzo 30 de 1984, *cit.*; Sala de Neg. Gen., septiembre 27 de 1951, G. J., T. LXX, p. 651; octubre 31 de 1950, G. J., T. LXIX, p. 496; C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, marzo 27 de 1970, *Anales*, T. LXXIX, p. 310.

<sup>98</sup> Cfr. C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, febrero 16 de 1979, año LIV, T. XCVI, pp. 515 ss.

<sup>99</sup> Cfr. CSJ, Cas. Civ., noviembre 19 de 1979, *cit.*; agosto 4 de 1981, *cit.*

<sup>100</sup> Cfr. CSJ, Cas. Civ., marzo 30 de 1984.

<sup>101</sup> C. de E., Cont. Adm., febrero 16 de 1979, año LIV, T. XCVI, p. 515.

<sup>102</sup> SANTOS BRIZ dice: «El pago de una

En las obligaciones dinerarias, según esta doctrina, por el contrario, no cabría la corrección monetaria, excepto en situaciones de incumplimiento o de mora y por virtud del deber de reparar los daños causados, particularmente cuando no se cumple dentro del término establecido en la sentencia, convirtiéndose en deuda de valor al vincularse a la responsabilidad indemnizatoria.

Este criterio es incorrecto e inexacto, por cuanto la actualización no constituye, *strictu sensu*, daño ni perjuicio, obedece a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y en nada concierne al incumplimiento ni a la mora del deudor<sup>103</sup>, de la cual pueden deducirse consecuencias importantes para la determinación del monto indemnizable y la traslación de los riesgos obligatorios (arts. 1608 y 1616 C.C.).

En el contencioso administrativo, la actualización de la condena se efectúa desde la ocurrencia del daño y no desde la fecha de la sentencia que la imponga, lo cual es acertado<sup>104</sup>.

Respecto del patrón de referencia a indemnizar, en materia contenciosa administrativa se disciplina la utilización del índice de precios al consumidor o al por mayor (art. 178 C.C.A.).

Sin embargo, otros métodos utilizados, no sólo para la actualización sino para la determinación del cuántum máximo del daño, atañen al oro<sup>105</sup> —que se aplica inclusive al daño moral<sup>106</sup>, aspecto criticable en exceso, equívoco y erróneo<sup>107</sup>—.

indemnización por resarcimiento de daños tiene el carácter de deuda de valor, y entonces deberá tenerse en cuenta la devaluación de la moneda, para señalar una suma económicamente superior en la proporción debida».

<sup>103</sup> Cfr. Cas. Civ., diciembre 5 de 1951, *G. J.*, T. LXX, p. 957; noviembre 19 de 1979; marzo 30 de 1984, diciembre 7 de 1982, marzo 24 de 1983. Cfr. J. TAMAYO J. *La corrección monetaria en las obligaciones mercantiles*, cit., pp. 454 ss., quien sostiene que la “depreciación monetaria no es daño diferente”.

<sup>104</sup> Sobre este aspecto y la responsabilidad estatal, cfr. por todos el significativo aporte al conocimiento de la jurisprudencia administrativa en J. C. HENAO PÉREZ. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, Evolución Jurisprudencial, 1864-1990*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, T. I. (Vols. I y II) y T. II, 1991. *Vid.* art. 178 C.C.A.

<sup>105</sup> Así, los arts. 106 y 107 C. P.; 1835 y 1881 C. Co., para determinar el cuántum máximo de la reparación de daños materiales y morales causados por el punible y de la responsabilidad del transportador aéreo.

<sup>106</sup> Cfr. C. de E. Febrero 9 de 1978.

<sup>107</sup> La jurisprudencia del contencioso aplica el patrón oro para la fijación del daño moral resarcible en cuantías de un mil y dos mil gramos oro tratándose de muerte y en su caso lesiones de la víctima. Sin embargo, la utilización de este parámetro de referencia

carece de toda relación y simetría con el daño y, especialmente, con el moral, es inequitativo e injusto y, a todas luces, inconstitucional e ilegal. Así, la Corte Suprema de Justicia en auto de agosto 4 1981 (*Juris. y Doctrina*, Bogotá, T. X, p. 774) acertadamente puntualizó: «En la especie de esta litis, la Corte no puede prohijar, en punto de bases para regular el daño moral, la tesis acogida últimamente por el Honorable Consejo de Estado, porque teniendo como piso fundamental el precio del gramo de oro, resulta evidente que por las frecuentes desmedidas y sorpresivas fluctuaciones de su valor, las indemnizaciones resultan ser mayores o menores, según el precio de ese metal, lo que nada tiene que ver con la intensidad del daño [...] Teniendo, pues, muy presente que el precio del oro no guarda simetría con el valor adquisitivo del peso colombiano; que las fuertes alzas y bajas del valor de aquél no guardan correspondencia con el continuo decrecimiento de nuestra moneda, el patrón oro no resulta base segura para estimar el *pretium doloris*». Con todo, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido la aplicabilidad de los topes máximos consagrados por la legislación penal para la reparación del daño moral y, por auto de agosto 4 de 1981, estimó para entonces que eran de cien mil pesos indizados, reconociendo hoy una suma máxima de \$12.000.000.00. En verdad, la evaluación del perjuicio moral es difícil pero no imposible con base en las circunstancias del daño, la

También se aplica para la actualización la referencia a monedas extranjeras<sup>108</sup>, a la Unidad de Poder Adquisitivo Constante<sup>109</sup>, al índice de precios al consumidor<sup>110</sup>, a tasas de interés<sup>111</sup> y al valor de reemplazo o de sustitución del interés, cosa, bien o derecho por otro de iguales caracteres, calidad, extensión<sup>112</sup>.

De otra parte, la indización se establece al momento del pago de la reparación partiendo del instante de la ocurrencia del daño y no al de la presentación de la demanda o de la lesión, pues la pérdida del poder adquisitivo, de por sí, se presenta entre la época del detrimento y la de su resarcimiento efectivo.

La indexación concierne a toda clase de daño y no se limita al daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), comprendiendo el daño moral, a la vida de relación y condiciones materiales de existencia, a los bienes de la personalidad, etc. Respecto del daño moral derivado del punible, el estatuto penal establece un límite máximo de mil gramos oro y, por consiguiente, mantendría —con las sutilezas e inconvenientes del patrón oro— su actualización al convertirse en pesos al instante del pago. Cuando se establece a la época de la ejecutoria de la sentencia, si el cumplimiento es posterior, es evidente que la actualización debe extenderse hasta el momento del pago total y completo.

posición y calidad de las partes, las particularidades del hecho y, en este, aspecto, si bien, el ordenamiento civil y el contencioso administrativo nada regulan sobre el particular, el *arbitrio iudicis*, no puede ser tan mentecato ni mezquino, a punto, por supuesto, que el daño moral resulta de mayor relieve y significado que el patrimonial.

<sup>108</sup> En especial a las divisas o monedas duras, como el dólar americano, cuyo valor depende de las fluctuaciones de mercado interno e internacional, de la política monetaria respecto de la devaluación o revaluación de la moneda interna y, por ello, al igual que el patrón oro, no consulta la realidad ni la intensidad del daño.

<sup>109</sup> El Upac no refleja el valor adquisitivo de la moneda ni la inflación, es discriminatorio e inequitativo.

<sup>110</sup> Es aceptable, recomendable, usual y cuando menos consulta factores ponderados del costo de la vida, la “canasta familiar”, el salario mínimo legalmente vigente, y a éste refiere el art. 178 C.C.A. En veces, no obstante, su fijación política está por debajo del índice real de inflación y, en esa hipótesis, el juzgador, partiendo de los datos de su determinación, podrá ajustarlo a los índices reales.

<sup>111</sup> El cálculo de la tasa de interés contiene el de la devaluación y, por ello, en puridad, corrección e intereses no son compatibles, pues su acumulación equivale a un doble reconocimiento. El Consejo de Estado, en la liquidación de las condenas, reconoce un interés de devaluación del último año del 18% y un interés lucrativo o puro del 6%.

<sup>112</sup> El valor de reemplazo o de sustitución

consulta la exacta dimensión del daño tratándose de cosas o de servicios, pues se da un valor exacto, idéntico o próximo al de la lesión. Así, si, *v. gr.*, se destruye un vehículo, la indemnización se repara con otro de iguales caracteres y valor, o por su costo al instante de la concreción del daño; la aseguradora puede pagar el siniestro mediante el valor de reemplazo. Este criterio también puede utilizarse igualmente tratándose de la reparación de daños vinculados a la incapacidad laboral de un sujeto jurídico y a la ponderación exacta de los ingresos salariales de la víctima con base en la asignación correspondiente al mismo cargo o empleo al instante de la sentencia o del pago de la condena. La Corte Suprema de Justicia, con acierto, lo aplicó en septiembre 27 de 1951 (Sala de Neg. Gen., septiembre 27 de 1951, *G. J.*, T. LXX, p. 652) concretando: «Finalmente tampoco merece observación alguna la providencia recurrida en cuanto a la forma como fue determinada la renta de Salamanca Aguilera para efecto de fijar el monto total de la indemnización, cuando incluyó todos los aumentos de sueldo que han tenido los sucesores de Salamanca Aguilera en el cargo de administrador mensajero aéreo, de acuerdo con la certificación del Ministerio de Correos sobre el particular. En efecto, este sistema ha sido consagrado en numerosos fallos de esta Corte, como quiera que se guía por un criterio de mayor certeza». Por el contrario, podría ser discutible frente a los ingresos de profesionales independientes, los cuales, por circunstancias disímiles, no son iguales ni los mismos.

En punto de las prestaciones derivadas del contrato de seguro, acontecido el siniestro el asegurado tiene derecho a la indemnización del daño amparado, cuyo valor al momento de su celebración, de ocurrencia del siniestro y del pago, puede aumentar o disminuir, planteándose la procedencia o improcedencia de la actualización monetaria no sólo de la cobertura sino del monto indemnizable. Se admite la actualización de los topes máximos de los seguros y de la suma indemnizatoria, desde el incumplimiento y a partir de la mora en el pago del siniestro con los restantes daños adicionales o suplementarios, y se discute en situaciones normales e inclusive su compatibilidad con los intereses moratorios<sup>113</sup>.

A propósito de la interpretación del artículo 1096 del Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reiterada ha señalado que en virtud de su naturaleza imperativa, de orden público, de restrictiva aplicación e interpretación, cuando la aseguradora cancela el siniestro pasa a ocupar la misma posición o situación jurídica del asegurado y se subroga (*rectius, cessio legis*) en los derechos y acciones contra el autor del daño.

Esta *subrogación*, ha indicado, opera *per ministerium legis*, esto es, por expreso mandato del legislador, mas no implica prerrogativas ni privilegios, y por esto la aseguradora habrá de iniciar la acción pertinente y demostrar los supuestos fácticos de sus aspiraciones normativas, no siendo automática por cuantía<sup>114</sup> ni yendo más allá del “importe” efectivamente pagado<sup>115</sup> con exclusión de intereses moratorios<sup>116</sup> y de la corrección monetaria de la suma pagada<sup>117</sup>, posición

<sup>113</sup> Cfr. J. TAMAYO JARAMILLO. *La corrección monetaria en las obligaciones mercantiles*, cit., pp. 485 a 491.

<sup>114</sup> En sentencia de marzo 17 de 1981 (G. J., T. CLXVI, N° 2407, p. 370), dice: «El asegurador que se subroga en los derechos del asegurado, para que el responsable de un siniestro sea condenado a pagarle la misma suma pagada al asegurado, debe demostrar en el respectivo proceso que el daño sufrido por éste y de cuyo pago es responsable el demandado tiene valor superior o, al menos, igual a la suma que el asegurado recibió de él. No está pues exenta la compañía aseguradora del deber de aportar la prueba del monto del perjuicio sufrido por el asegurado y, por ende, con la sola demostración de haberse pagado el seguro no queda acreditado el cuántum del daño resarcible a cargo del responsable del siniestro».

<sup>115</sup> En sentencia de octubre 9 de 1980, G. J., T. CLXVI, p. 149, señaló la Corte: «... cuando por presentarse el siniestro la compañía aseguradora cubre el valor de la respectiva indemnización, por ministerio de la ley, o sea, sin concurrencia de las partes contratantes, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño, pero sólo hasta el valor de la suma pagada, comoquiera que al respecto establece la ley: “el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por

ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro” (arts. 1096 y 1121 C. de Co.) [...] Como ha sido principio rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (art. 1088 C. de Co.), es apenas natural que circunscriba el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño, apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior».

<sup>116</sup> En casación de agosto 6 de 1985, G. J., CLXXX, p. 229, puntualizó: «Ahora en orden a precisar los alcances de la subrogación legal que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio, ha de tenerse en cuenta que la indemnización que paga el asegurador estará determinada por el valor del daño derivado del siniestro, evaluado al momento de su ocurrencia e indemnizado en términos del contrato, lo que excluye, desde luego, los intereses o perjuicios moratorios que el artículo 1080 impone al asegurador, en su caso, pues éstos desbordan el concepto de daño asegurado». Esta posición se reiteró en sentencia de diciembre 13 de 1988 (*Jurisprudencia Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia*, Editora Jurídica de Colombia, II Semestre de 1988, pp. 213 ss.).

<sup>117</sup> En sentencia de enero 22 de 1991

reiterada<sup>118</sup> y censurable, ya que carece de fundamentación lógica y normativa y se sustenta en interpretación de máxima exégesis de la preceptiva.

(*Jurisprudencia y Doctrina*, T. XX, N° 231, p. 208), casó una sentencia por interpretación errónea del artículo 1096 del C. de Co., al haber reconocido corrección monetaria.

<sup>118</sup> En sentencia de septiembre 23 de 1993, Exp. 3961, *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XII, N° 265, p. 1051), señaló la Corte: «... para determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma en cuenta únicamente el valor de lo pagado por el seguro, con independencia de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto asegurado y de circunstancias posteriores al pago, como son su deterioro monetario, improductividad financiera, etc. Luego, se trata de un límite cuantitativo fijado por la ley que, a la vez que satisface los intereses privados del asegurador y el asegurado, también da seguridad jurídica al monto exacto a reclamar y garantiza certeramente derechos de terceros y, concretamente, los del autor del daño. Por eso, prescribe el art. 1096 del Código de Comercio que la subrogación legal del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable tiene como límite la suma pagada de acuerdo a lo asegurado, que por naturaleza debe entenderse para los efectos cuantitativos, porque esa es la clara intención inequívoca del precepto, y que, por lo tanto, no permite extender o completar su sentido de tal manera que desborde dicho límite. Y por la misma razón se ha dicho que es necesario, además, que en el proceso respectivo se determine la cuantía de los perjuicios causados por el tercero. En efecto, ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación: «El asegurador que se subroga en los derechos del asegurado, para que el responsable de un siniestro sea condenado a pagarle la misma suma pagada al asegurado, debe demostrar en el respectivo proceso que el daño sufrido por éste y de cuyo pago es responsable el demandado tiene valor superior o, al menos, igual a la suma que el asegurado recibió de él. No está pues exenta la compañía aseguradora del deber de aportar la prueba del monto del perjuicio sufrido por el asegurado y, por ende, con la sola demostración de haberse pagado el seguro no queda acreditado el cuántum del daño resarcible a cargo del responsable del siniestro» (Sentencia de marzo 17 de 1981, G. J., T. CLXVI, N° 2407, p. 370). Por

consiguiente, reitera la sala su doctrina en el sentido de la improcedencia de corrección monetaria e intereses sobre el derecho subrogado legalmente y fundado en la suma pagada por concepto de seguro; lo que, por tanto, hace impróspero el cargo. Ello significa, entonces, que la indemnización pagada por el asegurador y en la cual se subrogaba en los derechos de la víctima asegurada contra el tercero responsable aquí demandado se determina por el valor del daño derivado del siniestro al momento de su ocurrencia, avaluado a esa época y limitado al importe de la suma pagada al asegurado, pues como lo ha dicho esta Corporación, en cuanto hace a la corrección monetaria, recabada por las demandantes, no es del caso imponerlas porque la relación negocial que obliga a la sociedad demandada se deriva exclusivamente del contrato de transporte, dejando a un lado, para esos efectos, el contrato de seguros [...] (Sentencia 202, junio 16 de 1988, Ordinario de Compañía Agrícola de Seguros S. A. y La Nacional de Seguros S. A. contra la Sociedad Empresa de Transporte Cogra Ltda.). En cuanto al pago de intereses comerciales sobre la suma de dinero pagada al asegurado por concepto de indemnización y de cuya negativa a reconocerlo e imponer condena a cancelarlos por la parte demandada, se duele la recurrente casación, observa la Corte que, conforme a la preceptiva contenida en el artículo 1096 del Código de Comercio, la subrogación legal que allí se establece a favor del asegurador contra el tercero responsable del daño se encuentra limitada al importe de lo efectivamente pagado sin que pueda extenderse a otros conceptos, pues, como ya dijo esta Corporación, al precisar los derechos del asegurador-subrogatario, “la norma que tal derecho le otorga es el artículo 1096 del Código de Comercio, norma que conforme a su tenor literal, que es claro, le permite al asegurador reclamar hasta concurrencia del importe de lo que pagó a título de indemnización, sin que ni aún de sus palabras se infiera que permite reclamar intereses de la suma que pagó” (Sentencia de diciembre 13 de 1988, Ordinario de Suramericana de Seguros S. A. contra Arango y Cia. Transporte E. Cuartas S. C. A.)».