

La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca (*)

SUMARIO

- 1.—Consideraciones generales.
- 2.—El Derecho económico.
- 3.—Los «planes de ordenación económica».
- 4.—La «cooperación económica internacional».
- 5.—La ordenación económica española.
- 6.—La estabilización económica en el Derecho privado.
- 7.—Las cláusulas de garantía monetaria y el nominalismo.
- 8.—La doctrina frente al nominalismo.
- 9.—Posición de la doctrina española.
- 10.—Posición de la Jurisprudencia.
- 11.—Conclusiones en orden al problema de la cláusula estabilizadora.
- 12.—Los módulos estabilizadores.
- 13.—Las cláusulas de estabilización en la hipoteca.
- 14.—Naturaleza de la hipoteca con cláusula de *valuta*.
- 15.—La hipoteca en moneda extranjera.
- 16.—Requisitos de las cláusulas estabilizadoras.
- 17.—Problemas en orden al módulo estabilizador.
- 18.—Ejecución hipotecaria.
- 19.—Hipotecas de amortización.

1.—CONSIDERACIONES GENERALES.

La novísima reforma del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 17 de marzo de 1959 establece en el art. 219 una importante novedad, la regulación de las cláusulas de estabilización

(*) Sobre este mismo tema puede consultarse mi conferencia pronunciada en el Curso Académico de 1960, organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

de valor en los préstamos hipotecarios. El preámbulo que precede al Decreto destaca la innovación, en el apartado XII, al decir: «La regulación de las cláusulas de estabilización de valor es problema fundamental que preocupa a la doctrina nacional y extranjera. Todos los países, sin excepción del nuestro, han dictado disposiciones en defensa de su moneda y han previsto, a la vez, la del crédito. Buena prueba fueron las leyes del desbloqueo, en época de emergencia, de gran sentido jurídico y económico a un mismo tiempo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina registral admitieron las cláusulas de estabilización...»

El nuevo Reglamento resolvió, pues, un hondo problema de carácter económico-jurídico, en momentos en que España, después de veinte años de grandes esfuerzos en pro de su recuperación económica, iniciaba su salida al exterior, transformando su economía *cerrada*, en una economía *abierta* (1).

El problema de las cláusulas de estabilización es, pues, ante todo, un problema de *política económica*, con proyecciones jurídicas, pues trata de resolver la cuestión de la depreciación del dinero, de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el comercio jurídico. Dichas cláusulas son una garantía para mantener la equivalencia de las prestaciones en las obligaciones dinerarias.

Las crisis económicas que se han producido en el siglo xx afectaron a casi todos los Estados mundiales y tuvieron su causa en guerras, revoluciones, transformaciones políticas, etc. cuyas calamidades produjeron alteraciones muy profundas en la vida normal de los pueblos. La moneda se ve afectada, en su poder adqui-

(1) El punto número 47 del informe de la O. E. C. E. sobre nuestra economía, dice: «España ha entrado desde hace cuatro o cinco años en una fase de expansión económica, lográndose resultados tangibles en el campo de la producción, el empleo y las inversiones. Sin embargo, en muchos aspectos la economía está atrasada en relación con la de los países industrializados de la Europa Occidental. Los intercambios económicos con los países vecinos lo mismo que con el resto del mundo, fueron muy reducidos durante mucho tiempo, y uno de los objetivos de la política española consiste precisamente en ampliarlos. Esta transformación tan deseable de una economía cerrada en una economía abierta se encuentra todavía en sus inicios y requiere cambios profundos en la estructura y en el funcionamiento. La asociación de España con la O. E. C. E. es prueba de este deseo de acercamiento con la economía europea... (Contestaciones al cuestionario económico del Gobierno, publicado por la Oficina de Coordinación y Programación Económica de la Presidencia, Madrid, 1959.)

sitivo, produciéndose en la misma una depreciación frente al alza continua de los precios. Preocupación primordial del Estado, en la vida moderna, es la de lograr la estabilización monetaria, por razones de política económica y social.

Pero la estabilización económica de un país es larga y de resultados que no se pueden ponderar, mientras tanto el comercio jurídico, por razones de equidad o de equivalencia de intereses contractuales, tiene que resolver el grave problema de la depreciación monetaria, que tiene su manifestación en el momento en que han de cumplirse las obligaciones dinerarias.

La literatura jurídica sobre el problema monetario es extensa, pero ocasional, ya que surge en los momentos devaluatorios. En los países más afectados por las últimas guerras: Alemania, Francia, Italia, etc., se ocupan los especialistas del derecho privado (2). En España ha constituido preocupación en los dos últimos decenios. Lo han estudiado aparte de los tratadistas, profesionales del derecho, en monografías, artículos y conferencias (3).

La jurisprudencia de todos los países es copiosa. Francia se inclina, desde antiguo, a su nulidad (4). En Italia, a partir del año de 1940 se orienta a su validez (5). España mantiene una doctrina indecisa, pues hasta la sentencia de 4 de julio de 1944 no se establece de una manera clara la posición del Tribunal Supremo en esta materia, llegando a la progresiva solución de admitir la validez de las cláusulas de estabilización en los contratos (6), con la sentencia de 4 de enero de 1951.

(2) Una extensa bibliografía, casi con carácter exhaustivo, puede consultarse en el estudio de BONET CORREA sobre *Los arrendamientos con cláusula de escala móvil*, publicado en el «Anuario de Derecho Civil», año de 1955, páginas 89 y sigs. Y por lo que respecta al Derecho italiano, la última publicada por T. ASCARELLI: *Obbligazione pecuniaria* (en comentario al Código civil de SCIALOJA-BRANCA, ed. Foro it., Bologna-Roma, 1959).

(3) Por lo que respecta al Derecho español, véase, además del estudio de BONET, cita (2), LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959. Y ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1960.

(4) Véase VASSEUR: *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1952.

(5) Véase ASCARELLI: Op. cit., y del mismo, *Studi giuridici sulla moneta* Milano, 1952.

(6) La interesante sentencia de 4 de julio de 1944 fué debida a la ponencia de don Manuel de la Plaza. Se refería a la ejecución de un contrato celebrado en el año de 1930, y sienta, en resumen, la siguiente doctrina: a) Vigente como estaba un pacto, en que, por modo general, y habida cuenta del tracto

Sin embargo, hemos de advertir que del examen de las sentencias del Tribunal Supremo no puede deducirse una clara posición en pro o en contra, ya que casi todas miran a resolver o revisar pagos verificados en zona marxista.

En anterior sentencia de 2 de marzo de 1943, el Tribunal Supremo, sienta una doctrina contraria (7). Se manifiesta, por tanto, en la jurisprudencia cierta timidez o cautela, y lo mismo en la doctrina española o extranjera, en la admisión de las cláusulas de estabilización. La razón de esta prudencia está en ese carácter político-económico de la legislación mentaria, por ser algo que afecta en todo momento a la soberanía del Estado, al Derecho público.

2.—EL DERECHO ECONÓMICO.

Al mediar el siglo xx—como dice el profesor HEDEMANN—el mundo se sitúa en una economía distinta de aquella que mantu-

relativamente largo en que la obligación de pagar el precio podía cumplirse, se había tenido en cuenta el anormal evento, y convenido previsoramente que al hacer el pago se tuviera en cuenta la depreciación. b) Al sustentar esta tesis, no hace el Tribunal otra cosa sino aplicar a un caso calificadísimo por las circunstancias en el concurrente, doctrina casi general a propósito de las consecuencias del llamado nominalismo monetario; pues si en homenaje a la seguridad de las relaciones jurídicas precisa de ordinario atenerse a la concepción nominalista..., el principio debe de ceder en momentos graves... c) Esta situación es distinta de la que inspiró la Ley de Desbloqueo, que al margen de esos pactos, y para resolver, con mayor equidad, un agobiante problema económico, adoptó un criterio de sano eclecticismo en defensa de la economía española, que en el supuesto de obligaciones extrabancarias tenía en consideración, unas veces, la fecha de los contratos, y otras, la de su cumplimiento...; abstracción hecha de cualquier pacto apropiado y específico, al que precisa atenderse. d) Aparte de las consideraciones expuestas, no son menos atendibles las que derivan de la necesidad de cohesión y armonizar los contrapuestos intereses, en presencia de una situación anormal, cuya gravedad no hay que encajear; porque, aun en el supuesto de que la cláusula suscitase dudas..., la reciprocidad de intereses, que es norma de interpretación de las obligaciones contractuales, aconsejaría entenderlo en el sentido de que los de ambas partes quedasen equitativamente atendidos, de suerte que no se frustrase el pacto de posible cumplimiento.

(7) Se sigue en esta sentencia una interpretación muy restrictiva de la legislación especial sobre actos realizados bajo la dominación roja, ya que no revisa el pago hecho por el deudor con dinero de la zona marxista, aplicando el artículo 1.170 del Código civil, y al no haberse pactado cláusula especial valor cro o plata, en el supuesto de que se operase una fuerte depreciación monetaria (de esta sentencia fué ponente don Celestino Valledor). Son interesantes, además, las sentencias de 2 de marzo de 1943, 27 de febrero de 1945, 25 de abril, 12 de marzo, 5 de junio y 25 de noviembre de 1946, y 9 de enero de 1950.

viera en el siglo XIX. El Estado *rige* la Economía. El Derecho económico sale del marco del Derecho privado para entrar en el área del Derecho público, y sus disposiciones se proyectan sobre las relaciones contractuales de orden privado. Los súbditos, dice Hedemann, pueden conservar mucha libertad, pero sin que por eso dejen de estar sometidos al régimen del Estado. Y en este sentido una importante cuestión del Derecho político actual es la de investigar si no se ha modificado fundamentalmente el aspecto del Estado con esta fuerte inserción de la Economía en su campo de actividad (8).

En efecto, en lo económico se mezclan, se entrecruzan, elementos de orden público y privado. Si el pasado siglo XIX estaba alentado por la idea del *mercado libre*, del *laissez faire, laissez passer*, el siglo XX es el siglo de la *Economía planificada*, ordenada, dirigida por el Estado. Y aunque la tendencia actual sea una *Economía graduada*, la libertad se ordena de tal forma que en las crisis económicas el Estado da normas en orden a la fijación de precios, y, sobre todo, en orden a la defensa del signo monetario.

3.—LOS PLANES DE ORDENACIÓN ECONÓMICA.

Si al particular le preocupa el problema de la depreciación monetaria, más le interesa al Estado, en orden a resolución de un problema de tipo económico y social. De ahí que, con ocasión de las crisis económicas, surjan los llamados *planes de ordenación económica*. Los estudios económicos de los últimos veinte años han facilitado esta tarea. Si antes la Economía era una ciencia un tanto bizantina, encerrada en consideraciones de orden teórico, hoy ha descendido al terreno práctico (9).

Distintos programas se han elaborado en Europa. Recordemos el plan Vanoni en Italia, el plan Monnet en Francia (10), el in-

(8) HEDEMANN: *El Derecho económico*, en «Revista de Derecho Privado», 1943

(9) PRADOS ARRARTE, JESÚS: *La economía española en los próximos veinte años*. Madrid, 1960.

(10) El plan Vanoni, en Italia, atiende principalmente al problema del desempleo. El plan Monnet, en Francia, atiende a la reparación de los daños de guerra, y a la modernización de la industria (PRADOS, ob. cit.). En 30 de septiembre de 1958 se constituyó un Comité presidido por Jacques Rueff, que emitió dictamen en breve tiempo, aconsejando: la devaluación del franco, en

forme Radcliffe en Inglaterra (11). España se inició en el año 1959, como luego veremos, el plan de ordenación económica. Todo ello nos muestra que la materia económica, con sus múltiples y complejos problemas, es ante todo, un *asunto de Estado* que gira en torno del problema monetario y de la estabilización de la divisa nacional.

4.—LA COOPERACIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL.

La estabilización de los signos monetarios preocupó a partir de la primera guerra mundial, sobre todo en Alemania con la caída del marco. Es entonces cuando la doctrina jurídica alemana empieza a ocuparse, con verdadera intensidad, de los problemas monetarios, y las repercusiones que la depreciación de la moneda tenía en la ejecución de los contratos (12). Lo mismo en Francia y en Italia (13). La segunda guerra mundial produjo todavía más hondos problemas, que afectaron a países beligerantes y neutrales. Ante la desaparición del patrón oro, en la mayoría de los países se impuso entonces el sistema de la *cooperación internacional*, lo que llevó a los Estados a agruparse en «super-estados económicos». La idea política de la «Unión Europea» podría llegar a una realidad por imperiosas necesidades de orden económico. La aconsejaba Briand en la Sociedad de Naciones. Lo mismo Churchill, en Zurich, en 1946. El general Marshall pronunció en el año 1947 su histórico discurso en la Universidad de Harvard, creando el «plan» de su nombre. La administración del plan para

función del dólar y del oro; la creación del franco fuerte, equivalente a 100 francos viejos; la convertibilidad del signo monetario francés para los no residentes; liberalización del comercio exterior con los países de la O. E. C. E., en un 90 por 100, y en un 50 por 100 con Estados Unidos, etc. Todo lo cual se puso en marcha a fines del año 1958, y al comenzar el año de 1959 Francia iniciaba una nueva era con la puesta en marcha del Mercado Común.

(11) En 1957 se formó una comisión—presidida por Lord Radcliffe—con el fin de estudiar el sistema monetario en Gran Bretaña. El informe se terminó en el año siguiente, constituyendo una magnífica aportación al estudio de la moneda y el crédito en el Reino Unido. El informe aconseja establecer un alto estable nivel de empleo; estabilidad de la libra esterlina: desarrollo económico, para aumentar el nivel de vida; contribuir al aumento del nivel económico de los países subdesarrollados; aumento de las reservas en divisas extranjeras, etc.

(12) NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*. Trad. española, 1929.

(13) TULLIO ASCARELLI: *Studi giuridici sulla moneta*. Milano, 1952.

Europa dió nacimiento a la «Organización Económica de Cooperación Europea», conocida por la O. E. C. E., que, agrupando importantes Estados europeos, fué a la unificación de casi todas las economías del occidente de Europa (14).

El ministro francés Schuman tuvo por entonces la iniciativa de crear la Comisión Europea del Carbón y el Acero (C. E. C. A.) que la formaron seis países: Francia, Italia, Alemania Occidental, y los tres países del *Benelux*. En la reunión de Mesina, estos últimos propusieron una cooperación más amplia, que dió nacimiento, en el año de 1957, al llamado Mercado Común, por el acuerdo de Roma. Su objetivo principal es la unión aduanera de los estados miembros; fijación de arancel común; libre circulación entre los mismos de personas, servicios y capitales; coordinación de la política económica de los miembros; fomento de la agricultura, etcétera (15).

Por dicho acuerdo, cada Estado miembro practicaría en cada país la política económica necesaria a su balanza de pagos, y dictaría las medidas que creyera necesarias para mantener la estabilidad de los precios, y la defensa de su moneda.

Paralelamente a los acuerdos de Roma, la O. E. C. E. estudió la creación de un *área de libre cambio*, integrada por siete Estados que no formaban parte del Mercado Común (Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Suiza, Austria y Portugal) (16). Entre ambas organizaciones económicas se ha tratado de llegar a una coordi-

(14) Forman parte de la O. E. C. E., en el año 1959, dieciocho miembros: Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Alemania Occidental, Inglaterra, Portugal, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, Suiza, Grecia, Turquía, Irlanda, Islandia y España.

(15) Al ponerse en marcha el Mercado Común se disolvió la Unión Europea de Pagos (27 de diciembre de 1958), que era el organismo que realizaba la compensación multilateral de los saldos en el comercio internacional para Europa. Es sustituida por el «Acuerdo Monetario Europeo», que es el organismo monetario de la O. E. C. E., cuyo funcionamiento en cuanto a la compensación multilateral de saldos es análogo a la organización disuelta, pero con la ventaja de que los países miembros no tienen obligación de liquidar sus saldos en cada periodo, como consecuencia de la convertibilidad de las monedas, que las sitúa en un plano análogo al del dólar U. S. A.

(16) Como consecuencia de la creación del «área de libre cambio», «European Free Trade Area» o Asociación Europea de Libre Comercio, llamado el grupo de los «Siete», frente al de los «Seis»—Mercado Común—de los países miembros de la O. E. C. E., sólo quedaban fuera, al finalizar el año de 1959, Turquía, Grecia, Islandia, España e Irlanda. Al comenzar el año 1961 se habla de la posibilidad de la entrada de Grecia en el Mercado Común.

nación económica, sin grandes resultados, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del Mercado Común europeo en 1 de enero de 1959 (17). En esta fecha se produce un hecho monetario de gran importancia. Los seis países del Mercado Común, Gran Bretaña y las Naciones Escandinavas establecen la convertibilidad de sus divisas (18). Se vuelve a la situación previa a la segunda guerra mundial, en que las monedas de los grandes países eran convertibles. La convertibilidad monetaria, como es sabido, es la facultad de poder cambiar dentro del país la moneda nacional por otra extranjera, que, a su vez, sea convertible. Esto se establece en algunos países limitándolo sólo a los no residentes.

5.—LA ORDENACIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA.

Declarada la convertibilidad monetaria por los países miembros de la O. E. C. E., en 27 de diciembre de 1958, el Gobierno de España se vió en la necesidad de consultar a los organismos y entidades económicas del país (19), cuyas respuestas fueron unánimes en el sentido de que España tenía que ordenar su economía con planes de estabilización, estableciendo contactos con las organizaciones internacionales. España, a este respecto, participaba en los problemas de la agricultura desde el año 1955 en la O. E. C. E.,

(17) El intento de una coordinación entre el grupo de los «Seis» y de los «Siete» no tuvo éxito en el año 1959. Pero la necesidad de llegar a un acercamiento persiste. Los primeros aspiran a la creación de un bloque económico con arancel único, mientras los segundos sostienen el criterio de extender la cooperación a todos los miembros de la O. E. C. E. y mantener su autonomía en la esfera comercial, pudiendo concertar acuerdos comerciales con terceros países, pudiendo mantener frente a éstos los aranceles que tengan por conveniente.

(18) En el año de 1959 habían declarado la convertibilidad: Dinamarca, Suecia, Noruega, los países del Benelux, Austria, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido, Grecia, Fuera de Europa, Australia, Birmania, Ceilán, India, Irak, Jordania, Libia, Marruecos, Nueva Zelanda, Pakistán, Sudán, Túnez, Sudafrica. Y varios países asociados al Fondo Monetario Internacional (Canadá, Cuba, Méjico, Estados Unidos, Venezuela, etc.) mantienen la convertibilidad.

(19) Los organismos consultados fueron: Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; Organización Sindical; Banco de España; Confederación Española de las Cajas de Ahorro; Consejo Superior Bancario; Instituto de Estudios Agrosociales; Instituto Nacional de Industria; Instituto de Estudios Políticos; Facultad de Ciencias Económicas y el Consejo de Economía Nacional. («Contestaciones al cuestionario económico del Gobierno». Madrid, 1959.)

asociándose a la misma en esos trabajos el 10 de enero de 1958.

De gran importancia fué el ingreso de España en el Fondo Monetario Internacional, en 20 de julio de 1958, porque imponía ciertas normas a su política económica (cambio único de moneda, estabilidad en los signos monetarios, y liberalizar, en lo posible, su comercio internacional). Esta aproximación de España a los organismos internacionales dió lugar a que tanto la O. E. C. E. como el Fondo Monetario hicieran un detenido estudio sobre la situación económica española, y después de las conversaciones sostenidas con esas organizaciones, España fué admitida, como miembro décimooctavo de la Organización Económica de Cooperación Europea, en 21 de julio de 1959. Con esta misma fecha se dicta el importante Decreto-Ley de «Ordenación Económica», y con fecha 17 del mismo mes y año se había dictado otro Decreto, de acuerdo con la resolución del Consejo de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional, por el que se fijaba el cambio de la peseta a 60 pesetas dolar, y se fijaba su peso específico oro en cerca de 15 miligramos oro fino (0,0148112) (20).

No es objeto de este trabajo hacer un análisis de la ordenación económica española. Sólo destacaremos lo siguiente: 1) España ingresa en las organizaciones económicas internacionales asumiendo ciertos compromisos. 2) Liberaliza parte de su comercio exterior. 3) Se autoriza al Gobierno para establecer la convertibilidad de la peseta cuando lo estime conveniente. 4) Se fija un valor oro a la peseta papel por un peso específico. Se establece, por tanto, una paridad monetaria oro. Lo cual significa un hecho de gran importancia, que tendrá su repercusión en el problema de las «cláusulas de estabilización del valor», objeto de este estudio.

6.—LA ESTABILIZACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO PRIVADO.

Hemos dicho que mientras el Estado, por su poder soberano, estabiliza su moneda, la esfera privada busca soluciones al fenó-

(20) Es interesante el preámbulo del Decreto-Ley de 21 de julio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* en el día siguiente. En 27 de julio del mismo año 1959 se publica un Decreto en el que se fija el premio del oro para los derechos de arancel de importación y exportación (*Boletín Oficial del Estado* de 1 de agosto).

meno de la depreciación en el campo contractual, sobre todo en aquellos de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo.

La doctrina ha ideado fórmulas ingeniosas para restablecer el equilibrio de las prestaciones, sin necesidad de que las partes garanticen las mismas con «cláusulas estabilizadoras». No vamos a entrar en el estudio de las mismas. Son bien conocidas, y, principalmente, han sido: la *cláusula rebus sic stantibus*; la doctrina de la *presuposición* (Windscheid); la de las *circunstancias* o base del negocio jurídico (Oertmann), y la de la *equivalencia de intereses y prestaciones* (Krückmann).

Las cuatro doctrinas no son sino normas interpretativas de la voluntad de los contratantes, en función de la existencia, en su ejecución, de ciertas «circunstancias». En pro de la aplicación de estas normas es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944, que, en síntesis, dice: «El principio de la autonomía de la voluntad que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite ciertas restricciones por razones de la buena fe de la contratación, y más concretamente por razón de justicia objetiva, implícito en la causa de los contratos, de tal suerte que en algunas ocasiones la Ley permite al juzgador acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes...», y añade: «no obstante los reparos de algún sector doctrinal, es preciso modificar el contrato, sin que ello se eleve a rango de principio general, pues la Ley establece como rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por la que con gran cautela habrá de hacerse uso de esa facultad modificadora». La sentencia de 5 de junio de 1945 confirmó ese criterio prudente en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (21).

(21) En la sentencia de 5 de junio de 1945 fué ponente don Manuel de la Plaza, y es importante por la doctrina que sienta en orden a la cláusula *rebus sic stantibus*, afirmando que se ha señalado la conveniencia de construir en el ámbito del derecho vigente la cláusula *rebus sic stantibus*, como medio de restablecer el equilibrio de las prestaciones, si lo demandasen circunstancias muy calificadas (casos muy especiales que la situación de guerra crearon), sin embargo, proclama la cautela que en esta materia debe de obrarse, ya que con su generalización pudiera padecer la seguridad jurídica...

De la cláusula *rebus sic stantibus* se ha ocupado DUALDE, en *Temas varios de Derecho público y privado del Colegio Notarial de Barcelona*, 1943 (páginas 25 a 38).

7.—LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA MONETARIA
Y EL NOMINALISMO MONETARIO.

Pero independientemente de las disposiciones emanadas del Estado para estabilizar la moneda y de las normas de interpretación que por razones de «justicia objetiva» apliquen los Tribunales, en atención a concretas «circunstancias», las partes contratantes, con el fin de lograr el equilibrio de las prestaciones, pueden pactar cláusulas de estabilización o de «garantía monetaria» (22). La doctrina española y extranjera se han ocupado de la validez de estas cláusulas, sobre todo cuando la Ley silencia la posibilidad de su aplicación.

El problema de la eficacia de estas cláusulas está intimamente ligado al problema del *nominalismo monetario*. En realidad, este nominalismo, o valor oficial del dinero, domina en casi todas las legislaciones. Es el Estado el que emite la moneda y le asigna un valor oficial. En España este principio está sancionado en el artículo 1.170 del Código civil, que dice: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda plata u oro que tenga curso legal en España.» El artículo 1.753—para el préstamo mutuo—y el artículo 312 del Código de Comercio, son consecuencias del principio nominalista.

El mundo romano, en los momentos de la mayor floritura de su jurisprudencia, se orientaba a la concepción nominalista (23). En la Edad Media el dinero es una medida de valores en función del metal que contiene. La emisión de moneda es un derecho del príncipe (*regalia*). Los glosadores elaboraron la teoría *metalística*, considerando que la moneda era como una mercancía (glosa de la palabra *quantitas*, Paulo, *Digesto*, XVIII, I, 1) (24). El siglo XIII y XIV significa la reacción al medievo, con la obra de Oresmius.

(22) «Cláusulas de garantía monetaria» las llama MESSINEO. Véase *Derecho civil y comercial*. Buenos Aires, 1954, traducción española.

(23) Véase ASCARELLI: op. cit., nota (5).

(24) Aparece en la glosa de ACURSIO, mas como una exigencia económica, que, como un punto de partida para una nueva sistematización jurídica como ha puesto de relieve GUSTAVO HARTMANN, en su estudio sobre la moneda. Citado por ASCARELLI, op. cit.

La moneda no es una mercancía, sino un instrumento de cambio. El concepto «poder adquisitivo» de la moneda era desconocido. La distinción entre valor interno y externo es de creación canónica, y se encuentra en ENRICO DI GENT, citado por MILLER (25), el que distingue el valor «nominal» del valor «metal». El concepto del nominalismo monetario se afirma en Francia en el siglo XVII, por influencia de la obra de MOLINEO, que encuentra su fundamento en la glosa «numisma» (26). Se extiende por Europa. Se formula en el Código de Napoleón en el artículo 1.895. Pasa al Código civil italiano de 1865 (art. 1.821), y se extiende a casi todas las legislaciones.

Ya hemos dicho que el artículo 1.170 del Código civil español recoge este principio nominalista. No obstante, hay autores, como ROCA SASTRE (27), que manifiestan que nuestro Código sólo «atisba» el principio, puesto que la redacción del artículo está pensado para otro tiempo ya añejo, limitándose a prever que, al tiempo de pagarse la deuda, hubiera desaparecido la moneda pactada, debiéndose de pagar en la de curso legal. Por el contrario, BONET CORREA (28) afirma el carácter nominalista del Código civil, ya que, aunque se refiera a moneda metálica, oro o plata, que era la moneda circulante cuando se publicó el Código, lo importante es la declaración de «curso legal». Desaparecido el curso oro, o plata, del dinero, por la Ley de 9 de noviembre de 1939, el curso forzoso de la moneda papel viene impuesto por el artículo 1.º de dicha Ley: «Los billetes del Banco emisor son preceptivamente medio legal de pago, con pleno poder liberatorio.» Reproduce este precepto la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, y los Estatutos del Banco de España de 24 de julio de 1947.

No cabe duda, pues, que nuestra legislación sigue el principio nominalista, o valor oficial del dinero. Con mayor claridad, el artículo 1.277 del Código civil italiano vigente de 1942 lo proclama, al decir: «Las deudas en dinero se extinguen con moneda que tenga curso legal en el Estado al tiempo de pago y por su valor

(25) ASCARELLI, op. cit.

(26) En torno a la discusión sobre la obra de MOLINEO, y su influencia sobre el nominalismo de la moneda, véase nota (87), pág. 28, ASCARELLI, op. cit.

(27) ROCA SASTRE: *Eficacia de la cláusula «valor oro»*, en «Revista de Derecho Privado», 1950, pág. 1.

(28) BONET CORREA: Ob. cit., nota (2).

nominal. Si la suma debida estaba determinada en una moneda que no tiene ya curso legal en el momento de pago, éste debe de hacerse en moneda legal equiparada por su valor a la primera» (29).

8.—POSICIÓN DE LA DOCTRINA FRENTE AL NOMINALISMO.

Lo interesante a efectos de este estudio es si el valor legal del dinero puede derogarse por la voluntad de los particulares. En todos los países donde se ha planteado el problema—que hoy puede decirse es de ambiente universal—la doctrina ha discutido extensamente este problema, sin encontrar una solución decisiva, precisamente porque las «cláusulas de estabilización» afectan al Derecho económico, como hemos afirmado anteriormente (30).

Las posiciones dogmáticas pueden resumirse en tres grupos: los que niegan la eficacia de las cláusulas derogatorias del nominalismo; los que son partidarios de la validez de las mismas, y las posiciones eclécticas, que tienden a dar cierta eficacia a las cláusulas en determinadas circunstancias.

A) La doctrina del *dinero inalterable* encuentra en NOGARO un extraordinario defensor, al decir que es el Estado el que tiene la potestad de emitir la moneda; derecho regaliano de carácter absoluto, y, por tanto, la facultad de ordenar el sistema monetario, sin que los particulares puedan modificar el orden económico para sus fines particulares. Ya antes KNAPP, en Alemania, había sustentado esta doctrina del nominalismo «absoluto». La moneda es un signo, una unidad, que no puede variarse en su valor legal por los particulares, porque es obra del Estado, una norma inalterable del Derecho público.

B) Frente a la teoría del *dinero inalterable*, del nominalismo absoluto, se alzó en Alemania la teoría *valorista*. Ante el hecho frecuente y trágico de la depreciación monetaria—pérdida del poder adquisitivo de la moneda—no se puede mantener la «ilusión» de una permanencia en su valor nominal. La necesidad de equi-

(29) Sobre el comentario del artículo 1.277 y siguientes del Código civil italiano. Véase ASCARELLI, ob. cit.

(30) Véase epígrafe 2.º de este trabajo.

librar las relaciones comerciales, haciendo posibles las «cláusulas estabilizadoras», revalorizando el dinero depreciado, se manifiesta ya en KRESS, pero la construcción de la teoría llamada «valorista» está principalmente en ENNECCERUS (31), el que afirma que el objeto de la deuda pecuniaria no es la entrega de determinados signos monetarios, sino el «valor de la cantidad» que se debe. Las deudas de dinero son deudas de valor: De aquí se derivan varias consecuencias: a) El que promete una cantidad de tantos y cuantos marcos, o coronas, no promete pagar precisamente en piezas de a marco, en piezas de a corona, sino que sólo quiere deber, y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor en dinero. b) Si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en determinada especie, como se hace frecuentemente añadiendo la palabra «efectivo», a la denominación de la especie pecuniaria, deberá de interpretarse, sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido. Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad. Si al tiempo del pago esa especie monetaria no está en circulación, pagará en dinero curso. La orientación «valorista» es seguida en Alemania por BLOMEYER, ESSER, LEHMANN, MOLITOR, LARENZ y HOCHÉ (32).

C) En el último decenio se observa en la doctrina alemana e italiana la tendencia a considerar derogable el nominalismo monetario, distinguiendo entre deudas de valor y de dinero (CARNELUTTI, MOSCO, FERRARI, DUDEN, etc.), siempre que la Ley no lo prohíba expresamente (33).

Igualmente la doctrina francesa, en los últimos años reacciona contra el absoluto rigor del nominalismo, defendiendo la admisión de las cláusulas derogatorias, sobre todo después de la depreciación sufrida por el franco al finalizar la segunda guerra mundial. Ya GENY, con ocasión de la enorme devaluación de la moneda francesa, después de la primera guerra mundial, había

(31) Véase ENNECCERUS: *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., II, 1, pág. 36.

(32) Citado por BONET, op. cit, pág. 93.

(33) Los autores italianos parten, generalmente, de la distinción entre deudas de valor y de dinero. El nominalismo monetario se aplica solamente a las obligaciones pecuniarias puras, no a las de valor. Esta distinción sutil abrió el camino para la aplicación de las cláusulas de estabilización.

sostenido la validez de la cláusula oro, en contra de NOGARO, diciendo que si bien el Estado tenía el poder o monopolio de emitir la moneda, no puede hacerlo sin olvidar las leyes económicas del signo monetario, que hacen de la misma una mercadería sometida a las leyes del comercio, pues lo contrario sería otorgar al Estado una facultad arbitraria que trastornaría las economías privadas (34).

9.—POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

En España se siguen diversas tendencias, aunque, por regla general, la doctrina tiende a su admisión, ROCA SASTRE, en su documentado estudio, defiende la licitud de las cláusulas, dando una extensa argumentación jurídica para demostrar que nuestro ordenamiento jurídico no tiene precepto prohibitivo que impida la aplicación de las «cláusulas valor oro», y que tampoco se opone a la moral y orden público. Según el mismo, en el Código civil no existe precepto alguno que afirme el principio nominalista, lo cual es significativo, dada la fuerte influencia del Código francés; tampoco el Código de Comercio (art. 312), pues, a pesar de que aquí se afirma el nominalismo más claramente, con todo ese precepto del artículo 312 (35) no da pie para sostener que quiere establecer el principio en sentido inderogable. Además, ese artículo sólo se aplica a las puras deudas de dinero, no a las deudas de valor, es decir, deudas en que el dinero funciona como medio de pago, no como medida de valores. No pugna la «cláusula» con la Ley de 9 de noviembre de 1939, pues esta Ley tuvo por objeto implantar como única moneda el billete de Banco. Retirada la moneda oro y plata (Leyes de 1937 y 1939), y suspendida la convertibilidad del billete a metálico (como proclamaba la convertibilidad el artículo 181 del Código de Comercio), aquella Ley de 9 de noviembre de 1939 fué resultancia lógica. ROCA SASTRE termina afirmando la

(34) GENY: Cit, ROCA SASTRE, pág. 1, ob. cit.

(35) Artículo 312 del Código civil: «Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviera la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiera pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiera experimentado será en daño o beneficio del prestador». Sobre la interpretación de este artículo, véase GARRIGUÉS: *Curso de Derecho Mercantil*, II, 1, pág. 229.

validez y eficacia de la cláusula «valor-oro» en España. Siguen la misma orientación FONCILLAS (36), DUALDE, y con algunas variantes, PELAYO HORE (37).

VALERIANO DE TENA (38), en un artículo publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en el año 1950, se extiende en un documentado estudio sobre el valor de la cláusula de «estabilización», para llegar a la conclusión de que cuando se trata de deudas pecuniarias, pueden contradecir a la Ley, la moral y el orden público. Existen consideraciones—dice—que ponen de manifiesto cómo las cláusulas de estabilización en general pugnan no ya contra el orden público, sino también contra el crédito público o del Estado, porque llevan en su esencia el germen que, de difundirse, contaminarían dicho crédito con tal virulencia que lo destruiría.

No vamos a hacer un examen detenido de la doctrina española en torno al problema de las «cláusulas de estabilización de valor». Los estudios de ROCA SASTRE, VALERIANO DE TENA, y últimamente el de BONET CORREA, en el «Anuario de Derecho Civil», año de 1955 (39), ofrecen al lector una amplia exposición en esta discutida materia. Para este último, el nominalismo lo que trata de garantizar es que la moneda aceptada sea una unidad de cuenta en el pago de las obligaciones (siguiendo la distinción entre deudas de valor y las de dinero); el valor del dinero también oscilará constantemente. Por tanto, la función del nominalismo es mantener esa unidad de cuenta (la peseta como instrumento liberatorio de pago), sin que a la esfera privada trascienda otra cosa que la mayor o menor libertad que las partes pueden tener para señalar la cantidad de unidades que percibirían cada una como contrapartida del valor real de las cosas.

(36) Véase FONCILLAS, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1933, página 428.

(37) Véase PELAYO HORE: *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 1944.

(38) Véase TENA, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, pág. 705.

(39) BONET: Op. cit., pág. 89.

10.—POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya hemos apuntado, se inclina, en cierto modo, a la validez de las cláusulas estabilizadoras. En una *primera fase* la validez de la cláusula se reduce a la sentencia de 18 de marzo de 1929 y 23 de abril del mismo año, que es intrascendente a estos fines, puesto que la produjo un pago en marcos papel de escasisimo valor. Las restantes sentencias de esta primera etapa (2 de marzo de 1943, 4 de julio de 1944, 27 de febrero de 1945, 12 de marzo de 1946 29 de abril y 16 de junio del mismo año, y las de 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948, 9 de enero de 1950, etc.) están motivadas por revisión de pagos en zona roja, qe fueron realizadas con devolución de la misma especie y calidad de moneda, según prescribe el artículo 1.753 del Código civil, pero no en la moneda que tuviera curso legal en España, a tenor del artículo 1.170 del mismo Código, ya que el pago, al ser en zona roja, lo fué en la moneda circulante en la zona marxista.

En una *segunda fase*, la validez de la cláusula oro, con carácter general, la establece la sentencia de 4 de enero de 1951, que resolvió el problema de una cláusula *pago oro o plata con exclusión de billetes*. El comprador pretendía pagar por el valor nominal de lo pactado (a tenor de la Ley de 9 de noviembre de 1939), y el vendedor exigía el pago en billetes por el tipo de cotización que el oro o la plata tuvieran en el momento del pago, declarando dicha sentencia que no se infringe la Ley de 9 de noviembre de 1939, ni el artículo 1.170 del Código civil, por la aplicación de la cláusula contractual que imponía el pago, por la equivalencia del oro o de la plata, en billetes del Banco de España de curso legal, pues tal tesis no declara la depreciación de los billetes de banco, ya que también sería válida a la inversa (baja del oro o de la plata); la depreciación no puede producir «incalculables consecuencias», temidas por el comprador, pues la depreciación de la moneda, aun la de oro y plata, es un fenómeno constante de todos conocido, estudiado de antiguo por los economistas (40). Claro es que en

(40) Véase la sentencia en «Revista de Derecho Privado», 1951, pág. 412.

este supuesto se trataba de una deuda de «valor» y no de dinero, y así viene a reconocerlo la sentencia, al decir que en el contrato no se hablaba de «moneda», sino que el pago habría de hacerse en oro o plata, y al estar fuera del mercado estos metales, debería de pagarse por su equivalencia en billetes del Banco de España.

11.—CONCLUSIONES EN ORDEN AL PROBLEMA DE LA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN.

Resumiendo podemos afirmar: a), que la doctrina en el último decenio es partidaria de la validez de las cláusulas de estabilización, con ciertas limitaciones, en función de que no se vulneren las leyes relativas al orden económico; b), que la Jurisprudencia española, en una segunda fase, se inclina, con carácter general, a la admisión de las «cláusulas», aunque referida, en la sentencia apuntada, en cuanto a deudas de valor, y a una determinada época de contratación (contratos celebrados antes de la Guerra de Liberación).

A nuestro juicio el problema de la admisión de las cláusulas de estabilización es un problema arduo y complejo. Dijimos anteriormente que el sistema monetario se rige por leyes y normas de carácter político-económico. El sistema monetario es uno de los más importantes factores del orden económico. Cuando se trata de precisar si una cláusula es o no lícita dentro del ordenamiento jurídico, no se puede razonar solamente en función del Derecho positivo, será necesario, además, un examen de las normas que se refieran directa o indirectamente al sistema monetario, para ver si en el momento de la aplicación de «las cláusulas» éstas vulneran o no dicho orden jurídico económico. En el momento histórico español de los últimos veinticinco años, se perciben claramente tres etapas a efectos de la validez de las cláusulas: la *primera*, hasta la Ley de 20 de enero de 1939, en que se retiró la plata de la circulación, y, más concretamente, a partir de la Ley de 9 de noviembre de 1939, en que se estableció el curso forzoso del papel moneda; la *segunda*, desde esa fecha hasta la Ley de ordenación económica de 21 de julio de 1959, y la *tercera*, a partir de esa Ley.

a) *Primera fase: cobertura metálica.*

No cabe duda que los problemas se plantearon, generalmente en España, del tránsito de la primera a la segunda fase (o tercera), es decir, cuando el contrato se celebra en la primera etapa, época normal, y la deuda pecuniaria se ha de pagar en la segunda o posterior—momentos de depreciación y devaluación monetaria—. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en general, aborda los momentos críticos del paso de la primera fase a las posteriores. En ese primer período las cláusulas de garantía monetaria, por regla general, son eficaces, y en la lectura de las sentencias del Alto Tribunal late, además de los razonamientos jurídicos, un deseo de equidad, evitar un enriquecimiento injusto—como dice Ascarelli refiriéndose a la italiana—. Y estas razones de equidad son las que llevaron a sentar la doctrina de las cláusulas *rebus sic stantibus* (sentencia de 5 de junio de 1945) como norma de interpretación de contratos carentes de cláusulas de garantía monetaria.

b) *Segunda fase: depreciación monetaria.*

El problema que plantea la eficacia de las cláusulas es más arduo cuando la prestación y contraprestación tiene lugar en la segunda etapa, que por ser situación especial de emergencia, habrá que examinar, en orden a la validez de la cláusula, cada caso concreto, sin poder atribuir reglas de carácter general. Desde luego no somos nosotros partidarios de que en ese momento económico se pudiera sostener, de una manera general y absoluta, una cláusula de garantía monetaria, pues en el fondo del problema se entrecruzan normas del derecho público y privado, se manifiesta una colisión de intereses entre el Estado y los particulares, triunfando el primero por razón de política económica (*imperium*). Es bien conocida la profusa legislación del Estado en los últimos veinte años, en materia monetaria, tasas, subsistencias, mercaderías, importaciones y exportaciones, etc. En este período la admisión de la «cláusula» será posible si en el caso concreto no contradice el orden económico, o interés general, que está por encima de los intereses particulares.

c) *Tercera fase: devaluación y paridad oro de la peseta.*

La tercera fase, su momento inicial está en julio de 1959, con los decretos de Ordenación económica, y en esta nueva etapa se producen variaciones importantísimas en el sistema monetario español, como antes expusimos. El Estado español ingresa en los organismos internacionales (F. M. I. y O. E. C. C.), lo que le obliga: a) Fijar un cambio único para la peseta. b) A modificar el cambio cuando el momento lo requiera. c) A dar una paridad oro a la peseta, lo que se verificó por el decreto de 17 de julio de 1959. d) A ordenar su economía para la estabilización de los precios y del signo monetario. e) A establecer la convertibilidad de la peseta.

A nuestro juicio, en los momentos actuales las cláusulas de garantía monetaria en los contratos podrán ser admitidas, por regla general, refiriéndose al peso específico oro de la peseta papel, ya que la paridad monetaria oro es una importantísima novedad de la política monetaria española de los últimos sesenta años. Bastará dar el paso definitivo con la convertibilidad para que la *paridad-oro* constituya el módulo regulador perfecto y justo en las relaciones contractuales.

12.—LOS MÓDULOS ESTABILIZADORES.

La doctrina ha estudiado las distintas cláusulas que la práctica jurídica ha construido como medidas o módulos de «estabilización de valor». Son éstas: la cláusula oro, o valor oro; la cláusula pago en moneda extranjera; cláusula pago en especie; y cláusula de escala móvil.

A) *La cláusula valor oro* no es lo mismo que la «cláusula oro». En aquélla el metal áureo funciona como un módulo (o parámetro, como dice MESSINEO), y en la otra como mercancía (Véase sentencia de 4 de enero de 1951). Pero lo interesante es la diferencia entre «monedas de oro» y «cláusula valor oro», y, aunque aparentemente son iguales, su diferencia está en que la «moneda oro» es la moneda acuñada, y estas monedas constituyen el objeto

de la obligación. Por el contrario, en la cláusula «valor oro», las monedas de oro no constituyen el objeto específico de la obligación, sino que sólo desempeñan el papel de módulos a efectos de verificar el cálculo de las unidades a pagar en moneda de «curso legal». A pesar de esta distinción, clara y precisa, muchos autores, y la misma jurisprudencia, con frecuencia las equiparan, lo que pone de relieve Roca Sastre en el estudio antes citado.

Ya hemos dicho que el art. 1.170 del Código Civil establece que el pago de las deudas debe de hacerse en la especie pactada, y que, no siendo posible, en la de oro o plata de curso legal. Los Decretos de 14 de marzo de 1937 y 20 de enero de 1939, retiraron la moneda plata y oro de la circulación. Y conforme el Decreto de 9 de noviembre de 1939, sólo el papel moneda tiene poder liberatorio. Pactado el pago de moneda oro, la cláusula será inoperante, ya que sólo el papel moneda tiene poder liberatorio en los pagos de dinero. Distinto será el caso de que se pacte «valor oro», ya que entonces el oro servirá de módulo estabilizador. Pero la doctrina se pregunta si esto será válido, dentro del nominalismo monetario.

BONET Y CORREA hace una detenida clasificación y examen de las posturas en los distintos países: 1) Entre las legislaciones que declaran la nulidad de las cláusulas oro—dice—están los Estados Unidos de Norteamérica con su específica *Joint Resolution Act*. Forma parte de este grupo de legislación del Canadá. La legislación griega lo prohibió en el año 1932. Lo mismo la legislación de Egipto, del Brasil, etc. La legislación francesa no tiene una ley especial sobre la materia, pero resulta la prohibición de la ley que estableció el curso forzoso (de 5 de agosto de 1914). Los autores se dividen en torno a su admisión, pero la jurisprudencia se inclina generalmente a la nulidad. Paralelo al francés, está el italiano, mientras la jurisprudencia vacila en torno a su admisión, la doctrina generalmente acepta la validaz de la cláusula. 2), Entre las naciones que reconocen su validez—sigue diciendo BONET—están Bélgica y Holanda, salvo ciertas limitaciones. En Alemania están admitidas por la legislación, aunque se advierta cierta tendencia a su prohibición. 3) Por último, países que lo admiten abiertamente están Suiza e Inglaterra.

Refiriéndonos a la posición española en la admisión de las cláusula «valor oro», la discusión doctrinal nos llevaría a lo expuesto

anteriormente. Es decir, que no se opone a su validez ni el nominalismo del art. 1.170 del Código Civil ni la legislación especial en materia de moneda, pero que habrá que distinguir el momento especial en que se aplica la cláusula, y si vulnera normas de orden económico. No compartimos, pues, el criterio de ROCA SASTRE y estamos más cerca de la posición intermedia de BONET, que dice: «que el problema se reduce a ver si por efectos de leyes especiales subsiste la libertad de estipular «cláusulas valor oro».

Pero lo importante en esta cláusula oro, o valor oro (ya que el Tribunal Supremo las equipara), es el módulo regulador. Antes del Decreto-ley de 17 de julio de 1959 había que acudir a la legislación especial en materia de Aduanas. Ese mismo criterio se sigue en el art. 219 del Reglamento hipotecario, como veremos posteriormente. El Decreto de 27 de julio de 1959, consecuente con el contenido oro de la peseta, fija el recargo en 1.860 por 100, o sea a razón de 18,60 pesetas por peseta de curso legal. Pero este recargo queda en suspenso, aplicándose el de 615 por 100, y para casos especiales el de 1.272 por 100 (41).

Lo interesante, a efectos de esta cláusula, es que la peseta oro se valora en 19,60 pesetas papel en curso legal. A esta fijación se llegó teniendo en cuenta el valor de la moneda «Troy» en el mercado de Nueva York—que se cotiza a 35 dólares—, pasando por la moneda oro española de 100 pesetas, y previa fijación del cambio del dólar en 60 pesetas, en virtud del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, y que fué el paso para la entrada de España en la Organización Económica de Cooperación Europea (O. E. C. E.) y en el Acuerdo Monetario Europeo, que, como hemos dicho, substituyó a la Unión Europea de Pagos.

B) *Cláusula moneda extranjera*.—Es interesante cuando la cláusula se pacta por el módulo «valor moneda extranjera». Pero dentro de esta cláusula hay que distinguir cuando se pacta el pago

(41) Después de pronunciada la conferencia, se publicó la Ley Arancelaria de 1 de mayo de 1960 (B. O. del día 14), que sigue la aplicación de derechos *ad valorem*, justificando la reforma, en el preámbulo en razón al desarrollo económico y a la cooperación internacional. Por esta Ley se deroga expresamente la Ley de Aduanas de 20 de marzo de 1906, la Ley de Pago en Oro de Derechos Arancelarios de igual fecha, la Ley de 22 de abril de 1922, etc.

El nuevo Arancel de Aduanas es de 30 de mayo de 1960 (B. O. de 31 de mayo y 1, 2, 3, 4 de junio).

con moneda extranjera y cuando se pacta por el «valor de dicha divisa». En el primer caso, el contenido de la obligación es la divisa extranjera, en el segundo el valor de la misma. A tenor de los arts. 1.170 y 1.173 del Código Civil y primer apartado del art 219 del Reglamento hipotecario, es posible pactar en moneda extranjera (*in obligatione*).

ASCARELLI dedica gran extensión al estudio de esta cláusula en su *Estudio jurídico sobre la moneda*. En general, la doctrina se ocupa con extensión de la misma. Por regla general, distinguen, en cuanto a la «moneda extranjera», según que se contrate en la esfera internacional o en la nacional. En el ámbito internacional, la cláusula tiene perfecta validez; pero se pone en duda en el orden interno (o nacional), pues todo depende de la legislación monetaria, muchas veces prohibitiva, en función de la protección del signo monetario. En España la Ley de 4 de mayo de 1948 impone la necesidad a los españoles residentes de declarar y ceder las divisas extranjeras al Instituto Español de Moneda Extranjera (I. E. M. E.). El Decreto de 21 de julio ratifica esas medidas, pues en el art. 6.º obliga a los residentes a venderlas en el mercado español.

Distinta es la cláusula «valor moneda extranjera». Este módulo en el fondo es una cláusula valor oro, sobre todo cuanto se trata de una moneda «fuerte» y convertible. Su eficacia es discutida, llegándose por la doctrina a conclusiones análogas a la «cláusula valor oro».

Nosotros creemos que si se admite aquélla, no hay inconveniente en admitir la de valor moneda extranjera como patrón regulador. Y a este respecto, después de fijarse el valor o cotización de la peseta en función del dólar, no habría inconveniente en admitirlo para esta divisa, pues indirectamente se llegaría a los mismos cálculos numéricos que con la peseta paridad-oro. En este sentido podríamos llegar a una cláusula «valor dólar».

En cuanto a las demás divisas extranjeras, es de tener en cuenta que el art. 5.º del citado Decreto-ley, autoriza al ministro de Comercio para ir a la convertibilidad en los casos y condiciones que estime conveniente. Pero ir a la convertibilidad de la divisa española no quiere decir que se vaya a un «mercado libre de di-

visas», pues por regla general, la convertibilidad se concede sólo para los no resistentes en el país.

Esto nos lleva a la conclusión que el futuro español—quizá próximo—, cuando la convertibilidad de la peseta sea un hecho (42), podrá ser válida la clausura valor «moneda extranjera convertible».

C) *Módulo en especie*.—Vamos a examinar la cláusula que tiene por objeto hacer el pago en «especie». ROCA SASTRE la critica, pues con ella se vuelve a un sistema primitivo, el de la permuta. VALERIANO DE TENA dice que es característica de una vieja tradición española en la economía rural. Y PELAYO HORE, que es propia de economías rudimentarias de escasa circulación monetaria. Se aplicó de antiguo en el pago de rentas censales, y en los arrendamientos rústicos.

La admisión de esta cláusula en Derecho español (como módulo) está fuera de toda duda. La doctrina española y extranjera la admiten en forma más absoluta que la cláusula «valor oro». En Italia la admite la ley y la jurisprudencia en los arrendamientos rústicos.

D) *Cláusula trigo*.—Dentro del módulo en especie, hay que distinguir que se pacte la «especie» o su «valor». A efectos de lo que la doctrina conoce por «cláusulas de escala móvil», el *valor* es lo que interesa. Se aplica en España en los arrendamientos rústicos en régimen normal. No se opone a ella el Código Civil, ya que el art. 1.555 dice que las partes pueden convenir el pago de la renta como tengan por conveniente. La Ley de 23 de julio de 1942 dice en su art. 3.º: «Para los futuros contratos de arrendamiento de fincas rústicas la renta que deba de satisfacer el arrendatario se fijará, necesariamente, en una determinada cantidad de trigo, que las partes señalarán libremente; pero su pago deberá efectuarse en dinero de curso legal, estableciendo la equivalencia a razón del precio de tasa vigente para el trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día que la renta deba de ser satisfecha.»

(42) Lo será si España ingresa en algunas de las organizaciones (Mercado Común, o Área del Libre-cambio), ya que sería necesario, para dicho ingreso, la convertibilidad monetaria.

Según algunos comentaristas de la ley, no se resolvió con ello un problema de elevación o reducción de renta, sino de «traducción de valores». Ante el gran aumento de los productos del campo se había creado una situación de injusticia, que trató de resolver la ley. ROCA SASTRE, PELAYO, BONET, dicen que fué impuesto dicho patrón trigo, como cláusula estabilizadora, y para aliviar la situación de los propietarios de fincas rústicas ante la baja del poder adquisitivo de la moneda. VALERIANO DE TENA, cree que el motivo fué de tipo social, el evitar que se resolvieran los contratos de arrendamiento entonces vigente (así lo explica el Preámbulo de la Ley de 1942).

Para el profesor HERNÁNDEZ GIL (43), comentando el Decreto-ley de 15 de junio de 1949, que introduce algunas modificaciones en el art. 3.º de la Ley de 1942, la finalidad de la Ley es la estabilidad de una de las prestaciones: la de la renta. En el mismo sentido se manifiestan FUENMAYOR (44), NART y otros (45).

Creemos, en efecto, que la cláusula trigo es un verdadero módulo estabilizador en el régimen de arrendamientos rústicos, dictado por dos razones: una, de «política económica», que se refiere al incremento de la producción, y otra de «política social», protegiendo de un lado a los arrendatarios contra la resolución de los contratos, y, de otro, al arrendador en la percepción de una equitativa renta, proporcional al valor de los frutos.

E) *Las cláusulas de escala móvil.*—Hemos aludido a estas cláusulas al referirnos a la cláusula trigo, porque el «valor trigo» constituye una modalidad de estas cláusulas de «escala móvil» o de «cláusula de variación según índice», que con ésta y otras denominaciones se conoce en la doctrina, aunque en la práctica es conocida por las de «escala móvil».

La cláusula de «escala móvil» es el módulo elegido por las partes contratantes que determina la cantidad a pagar en función de la variación de determinados «índices económicos». Estos índices pueden estar referidos a determinados artículos, que son de carác-

(43) HERNÁNDEZ GIL: *Apuntes del Curso Académico*, 1953-1954, Conferencia 36, pág. 1.

(44) FUENMAYOR: *La equivalencia de las prestaciones en la Ley Especial de Arrendamientos*.

(45) NART. *Ex arrendamientos*, «Anuario de Derecho civil», 1951.

ter general en el consumo, o al «índice general» del costo de la vida que fijan instituciones oficiales de estadística.

Esta cláusula ha tenido ardientes defensores entre la doctrina francesa, que se ocupa de la misma en los últimos decenios. En términos generales, encuentran su fundamento en la justicia conmutativa, en la equidad que debe regir en las relaciones contractuales entre prestaciones y contraprestaciones. Y es—dicen—la más justa, porque restablece la armonía o equilibrio, ante el fenómeno de las alteraciones de los precios y las alteraciones monetarias. El precio—cantidad a pagar—se fija por el «índice», y éste no es otra cosa que el valor asignado a las mercancías de uso general en el mercado, o por la resultancia del tipo medio de lo que significa el «coste de la vida».

Se ha discutido cuáles son las causas de las variaciones del «índice». El problema es de índole económico y social, y por tanto complejo. El que suban o bajen los precios, o la moneda sea «débil» o «fuerte», es intrascendente. Al jurista le interesa fundamentalmente el hecho de la baja del poder adquisitivo de la moneda; la falta de equilibrio entre el «índice general de precios» y el signo monetario, contemplado en los momentos de las prestaciones y las contraprestaciones. Cuando en el período de transición entre uno y otro se produce la alteración económica—inflación o deflación—será necesario aplicar los módulos correctores por medio de la cláusula de escala móvil, estipulada por las partes.

Se ha discutido si estas cláusulas—como en general todas las de estabilización—provocan la inflación. Los autores franceses se extienden en consideraciones, llegando a la conclusión de que las «cláusulas de escala móvil» son absolutamente inoperantes (RIPERT, VASSEUR) en el fenómeno económico inflacionistas. Pero es lo cierto que las mismas encuentran recelos en el sector público. Esto nos lleva al problema de la licitud de las cláusulas de escala móvil. En España, PELAYO HORE afirma que rozan el campo de lo lícito en cuanto atentan al prestigio y crédito de la moneda. ROCA SASTRE (46), dice que el problema de su licitud—excluido el de arrendamientos rústicos—es el de toda cláusula de estabilización, ya que todas responden a un mismo designio, que es eliminar

(46) ROCA SASTRE: Op. cit., «Revista de Derecho Privado», 1950.

de los pagos el signo monetario oficial. VALERIANO TENA (47) no se muestra partidario de su admisión, puesto que es la forma más característica de encubrir la desconfianza en la solidez del valor de una moneda. Se da, además, la particularidad—dice—que mediante esta cláusula el elemento estabilizador pasa a ser el estabilizado. Por ejemplo, cuando se toma como «medida de cuenta» una mercancía. Por ésta podrá después encarecer o abaratarse, independientemente de que la moneda se deprecie o revalorice. Son muchos y complejos los factores, extraños al valor del signo monetario, que influyen en el fenómeno económico de los precios.

Refiriéndonos todavía a la posición doctrinal española, BONET CORREA (48) sostiene que las cláusulas de escala móvil no son contrarias a las leyes fundamentales de nuestro ordenamiento positivo y, además concuerdan con los principios tradicionales del Derecho civil. Por un acto de autonomía de la voluntad, las partes introducen, en virtud de su propio acuerdo y autoridad, una cláusula móvil en el contrato. Las variaciones del contrato resultan alterables en los límites impuestos por dicha cláusula índice o de escala móvil. Se respetan así los arts. 1.091, 1.258 y 1.273 del Código Civil. En resumen, la cláusula de escala móvil obedece a todas las reglas de los contratos y supone el respeto a la palabra dada y a un mínimo de libertad contractual. El límite negativo impuesto por las leyes especiales supondrá tan sólo el marco en que se encuadra dicha autonomía. Y concluye diciendo, que estas cláusulas se mueven dentro de la línea general del equilibrio en las prestaciones y de ofrecer las partes cierta seguridad para el porvenir. Y que dentro de su técnica intervienen otros factores que la hacen lícita o válida, tales como: a) El que se base en los índices oficiales. b) Que es correlativa con el movimiento de precios. c) Que no es usuraria ni especulativa, sino conmutativa y equitativa. d) Que no se trata de un fraude de la ley, puesto que supone una garantía lícita, frente a la insuficiencia nominal, al ser la aplicación de una regla proporcional paralela a las variaciones reales de los precios.

Por nuestra parte, creemos que este módulo estabilizador es, desde el punto de vista de la equidad, o justicia conmutativa, el más

(47) TENA: Op. cit.

(48) BONET: Op. cit.

lícito y moral, sobre todo si el valor índice se fija en función oficial (como ocurre con el trigo en España, a los datos que en orden al índice del costo de la vida se fija por el servicio de Estadística). Pero una cosa es que sea equitativo y lícito, con fines de evitar enriquecimiento injusto, y otra que sea jurídicamente válido. Consecuentes con nuestra posición, anteriormente expuesta, creemos que el problema de su validez afecta a si vulnera o no el «orden económico» establecido por las leyes y normas jurídicas que lo rigen. En principio no se opone a los preceptos del nominalismo monetario (Código Civil y leyes especiales citadas), que regulan el curso forzoso de la moneda, pero las cláusulas pueden ir contra las «normas». Y razones de política económica y social pueden significar qué normas, relativas a la producción, distribución o el consumo, pueden quedar afectadas con las cláusulas de escala móvil. Es decir, lo que se dice para este módulo es igual a lo que se diría para las cláusulas de estabilización en general. Las situaciones de emergencia son las que interesan a efectos de la aplicación de las cláusulas y son precisamente en esas situaciones críticas cuando el Estado debe de proteger su economía para evitar el alza de los precios. Se manifiesta entonces, como ya hemos dicho, una colisión entre el Estado y los particulares que debe de triunfar el primero por razón de soberanía y orden público.

Pero la cuestión del «momento» en que puede ser válida o no la cláusula estabilizadora, así como la determinación del «orden económico» que puede, o no, ser vulnerado, no puede ser razonado por principios generales. Será necesario examinar cada caso concreto, pues dada la complejidad del problema económico, generalizar lleva, como hemos visto, a la doctrina a soluciones totalmente opuestas. Por lo que se refiere a España, el problema hay que centrarlo, en las tres etapas a que antes hicimos referencia al tratar del nominalismo monetario. No cabe duda que la tendencia actual es hacia la admisión de las cláusulas estabilizadoras, y que dentro de los módulos estabilizadores, ésta de la escala móvil es de las más justas. Sin embargo, el hecho real de que la peseta tenga hoy insita una paridad monetaria oro, y de que ésta esté en función del dólar por el citado decreto de 1959, nos lleva a considerar que quizá sea el valor oro de la peseta el módulo más admisible en las cláusulas estabilizadoras.

13.—LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN DE VALOR EN LA HIPOTECA.

IMPORTANCIA DE LA REFORMA.

Objeto principal de nuestro estudio es el de la «cláusula de valuta» en los préstamos hipotecarios. Las anteriores consideraciones, de índole económica y jurídica, son, como veremos, fundamentales en orden al comentario que la novísima reforma reglamentaria nos merezca.

El párrafo tercero del artículo 219 del nuevo Reglamento Hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, admite las cláusulas de estabilización de valor en la hipoteca, regulando los requisitos que las escrituras de préstamo han de contener a efectos de su validez. Con esto se soluciona la debatida cuestión en orden a la admisión de estas cláusulas en Derecho español.

En el régimen anterior a la reforma era de muy dudosa aplicación. Hemos señalado anteriormente que, no obstante, un sector de la doctrina española tendía a su admisión en el campo español, y, concretamente, ROCA SASTRE, al referirse a las cláusulas valor-oro en la hipoteca, decía que podría inscribirse por no oponerse al principio de especialidad, siempre que se estableciera la equivalencia de pesetas con el oro. VALERIANO DE TENA afirmaba lo contrario, no sólo por ser ilícitas en el orden civil, sino complejas en el orden hipotecario.

La Dirección General de los Registros se ocupó de dos casos iguales en las resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952.

En ambas resoluciones la Dirección, con revocación del auto presidencial, declaró no ser inscribible el pacto de una escritura pública de hipoteca que establecía una cláusula «valor trigo» como regulador del capital que habría que reintegrarse en su día, confirmando la nota del Registrador que había sido denegatoria de la inscripción de la cláusula. Las resoluciones declararon la doctrina siguiente: 1) Que no se concreta la forma de determinar la depreciación monetaria que daría lugar al juego de la condición ni la cuantía en que habría de desvalorizarse para que el pacto produzca efecto. 2) Que las cláusulas de estabilización de valor son miradas en general con prevención por las legislaciones extranjeras, por ser contrarias al nominalismo que inspira la mayoría de los Códigos,

en especial el régimen del contrato mutuo que se rechazan por la jurisprudencia de algunos países por contrapuestas al principio que informan los sistemas monetarios, sobre todo en las épocas de curso forzoso del papel moneda, cuyo pleno poder liberatorio pueden atacar, aunque no se prohíben expresamente por la Ley, y este criterio coincide con gran parte de la doctrina al sostener, además, que se oponen a la moral, como exorbitantes, y por beneficiar sólo al acreedor, y al orden público, en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad. 3) Que no cabe desconocer que el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, singularmente en la sentencia de 4 de enero de 1951, puede estimarse, en cierto modo, favorable a su admisión, si bien es necesario destacar que el caso juzgado se refería a un contrato de arrendamiento con opción de compra, otorgado antes de la implantación del curso forzoso del papel moneda, y que la doctrina y argumentos no parecen aplicables íntegramente al préstamo, de características distintas y tratados con criterios nominalistas en los artículos 312 del Código de Comercio, 1.895 del Código civil francés, 1.277 del italiano y 244 y 245 del alemán. 4) La escritura no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley y 219 del Reglamento Hipotecario, por no determinar la manera exacta la responsabilidad real, que interesa en general a cuantos terceros adquirentes se apoyen en el Registro, por lo que es necesario evitar ambigüedades para corresponder al principio fundamental de la especialidad, defecto que podría haberse subsanado señalando un máximo de responsabilidad y constituir una hipoteca de seguridad, para cuya ejecución no se puede pactar ni la extrajudicial, inaplicables para hacer efectivas las deudas líquidas, excepto lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

Las importantes resoluciones, cuyos principales considerandos acabamos de relacionar, fueron objeto de un especial comentario por GINÉS CÁNOVAS en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en el año que se dictaron (49).

La reforma hipotecaria, por el citado artículo 219, tiene un gran alcance, no sólo porque se anticipó en unos meses al Decreto

(49) EN REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, pág. 581.

de Ordenación económica, vislumbrado el giro del Estado en la política económica, sino, además, porque con ello fortalecía lo que es fundamental en un perfecto sistema hipotecario: el *crédito territorial*. Recordemos a este respecto que la siempre tan ponderada Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861—cuyo centenario está próximo—tenía como preocupación máxima la ordenación del suelo con vistas al crédito territorial, al decir: «que en un sistema hipotecario perfecto los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, y el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, con lo que se activará la circulación del dinero y nacerán nuevas fuentes de riqueza».

La revalorización del solar y del agro español son fines de gran importancia en la economía española. Todos sabemos la necesidad que existe de canalizar el ahorro, tanto para la construcción de viviendas y, sobre todo, para la industrialización del campo. Con razón se ha dicho que España tiene una economía al «aire libre», y hoy día se habla insistentemente de una «vuelta al campo», buscando en el mismo la verdadera renta nacional, de tal forma que la industria básica mire a la agricultura.

En el informe económico sobre España de la O. E. C. E. se pone de manifiesto esa tendencia, al decir: «En España, a pesar del desarrollo industrial de los últimos años, el sector agrario sigue siendo el de más importancia en su economía. Más o menos, la mitad de la población activa siguen trabajando en la agricultura, la cual abastece el país para sus necesidades esenciales.» Y sigue diciendo en otro de sus puntos del informe: «El desarrollo agrícola ha sido lentísimo. Hubo que esperar al año 1951 para lograr el nivel medio de cosecha del año 1931 al 35. La lentitud obedece, por un lado, a las condiciones climatológicas, que son difíciles, y de otro, a que las inversiones en el campo de la agricultura por el Estado no representan más del 15 por 100 de las inversiones del sector público.»

La mecanización del campo, en efecto, es algo fundamental en la nueva etapa económica. El profesor PRADOS ARRARTE (50) pone de relieve la urgente necesidad de la mecanización del campo. El promedio de hectáreas que corresponde a cada tractor es de 605

(50) PRADOS: Op. cit.

en España, contra 18 en el Reino Unido y Alemania Occidental, y de 193 en Italia.

Con esto llegamos a la conclusión de que la agricultura precisa del ahorro privado para modernizar el sistema de cultivo, ya que las inversiones del sector público son insuficientes, y es bien notorio que el sector privado desdeñó en los últimos años toda inversión que no esté garantida ante la depreciación monetaria. Por tanto, con las cláusulas de estabilización de valor en la hipoteca se devolverá la confianza a esas inversiones en beneficio de la agricultura, en lo cual radica, a nuestro juicio, la importancia de la reforma.

14.—NATURALEZA DE LA HIPOTECA CON CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN.

Es bien sabido que, conforme al artículo 1.861 del Código civil, la hipoteca puede constituirse para garantizar toda clase de obligaciones, y el artículo 104 de la Ley Hipotecaria lo extiende incluso a las obligaciones de hacer, y el artículo 142 a las que tengan por objeto garantizar una obligación futura. Pero en función del principio de especialidad, la hipoteca sólo garantiza las obligaciones en dinero. Así, el artículo 12 de la Ley Hipotecaria dice: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado.»

Concordante con el artículo 12 de la Ley, el Reglamento, en el párrafo primero del artículo 219, dispone: «El importe de la obligación asegurada, o la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada deberá ser fijado en moneda nacional, o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en el signo monetario de curso legal en España.» Este primer párrafo constituía el contenido del referido artículo en el Reglamento de 14 de febrero de 1947.

Lo interesante a los efectos de la hipoteca es que sólo garantiza obligaciones dinerarias, en moneda española, y siendo en moneda extranjera, fijándose su equivalencia en pesetas. Y esto es fundamental en todo perfecto sistema hipotecario, ya que, a efectos de registro, se requiere la «determinación del crédito» que la finca garantiza con la hipoteca. Y siendo uno de los caracteres de la hipoteca el de ser un derecho real de realización de valor que

concede derecho a su titular, cuando la obligación resulte incumplida, a promover la venta del inmueble gravado (*ius distrahendi*), es lógico que conste en el Registro el importe en dinero nacional por la que toda hipoteca responde.

Es corriente la clasificación por los tratadistas de Derecho hipotecario, en hipotecas normales u ordinarias, y de seguridad. En las primeras, crédito e hipoteca están en el asiento perfectamente definidos y hermanados, de tal forma que el asiento hace de aglutinante entre crédito y derecho real de garantía; en las de seguridad el crédito se define de una manera hipotética, por lo que, hasta su realización, la hipoteca está unida al crédito por un importe aparente. Una variante de las hipotecas de seguridad es la de máximo, así denominada porque se fija de antemano el «máximo» de responsabilidad de que debe responder la finca hipotecada. El artículo 219 del Reglamento alude a las hipotecas de «máximo», precisamente en el artículo en que regula la hipoteca con cláusulas de estabilización. El carácter de estas hipotecas con «cláusula» es, pues, la de ser de *máximum*, dentro de las de *seguridad*. Así lo entiende la doctrina, y la misma jurisprudencia hipotecaria, en las resoluciones que antes hemos comentado.

15.—LA HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA.

Consecuente con el artículo 1.170 del Código civil, el artículo 219 del Reglamento presupone que la hipoteca puede garantizar deudas en moneda extranjera. Y a efectos del curso forzoso, y de los principios del sistema, por razón de la especialidad, dispone que habrá de señalarse la *equivalencia* de las divisas extranjeras en el signo monetario español.

Para examinar bien los problemas que plantea la hipoteca en moneda extranjera, haremos un breve análisis relativo a su naturaleza, personas que pueden constituirla y los efectos.

a) La característica especial de esta hipoteca es que garantiza una deuda de valor, que se convierte en dineraria por imperativo del artículo 219 a efectos de la especialidad. Conviene distinguir, a estos efectos, el contrato, de la hipoteca. El contrato tiene *in obligatione* e *in solutione* la divisa extranjera. La hipoteca tiene

por contenido una deuda dineraria. Con razón observa don JERÓNIMO GONZÁLEZ (51) que en esta clase de hipotecas en moneda extranjera la divisa es mera mercancía.

Una resolución de 15 de febrero de 1926 no admitió la inscripción de una hipoteca en libras esterlinas, dando los siguientes razonamientos: 1) Que es necesario distinguir la garantía real que sujeta *erga omnes* y especialmente frente a terceros, una parte del valor de las fincas al cumplimiento de las obligaciones contraídas, de los efectos ejecutivos que el mismo título lleva aparejados por ministerio de la Ley; 2) Que el conocimiento exacto de la carga real interesa tanto a los adquirentes y a los cesionarios del crédito hipotecario, como a las personas a favor de las cuales haya de constituirse un derecho real cualquiera, y, en general, a los terceros que se apoyen en el Registro; por el cual motivo la Ley se preocupa, en primer término, de determinar el crédito asegurado en forma que evite ambigüedades y corresponda a los principios fundamentales de la publicidad, especialidad y determinación en que descansa esta parte del sistema inmobiliario español; 3) Que el permitir la determinación del importe del crédito en moneda extranjera, sin fijar la equivalencia en las especies españolas, traería consigo las dificultades consiguientes al reconocimiento de fuerza liberatoria a las divisas carentes de curso legal, si se entendía que el pago de la deuda, las consignaciones de los interesados y la venta en pública subasta debieran hacerse con sujeción al artículo 1.170 del Código civil en la especie pactada, es decir, en libras esterlinas; 4) Que a los efectos del artículo 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria es indispensable, según el artículo 130, que en la escritura de constitución de hipoteca conste el precio que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, y al fijarse en libras esterlinas el importe de la responsabilidad, o se reputa la moneda como verdadera *mercancía que se cotiza*, en cuyo caso para hacer la computación a metálico ha de seguirse un procedimiento análogo al desenvuelto en el artículo 1.436 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que no tiene su paralelo en el procedimiento sumario, o, por el contrario, conceder a la moneda extranjera una función que iría en contra del Decreto de 19 de octubre

(51) J. GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*, págs. 259 y sigs.

de 1868 (la que estableció el bimetalismo en España), que sólo mediante la autorización del Gobierno se permite la circulación de moneda oro o plata de cuño extranjero.

Termina la importante resolución considerando que los anteriores razonamientos no se oponen a la hipoteca de moneda extranjera, pero determinando el máximo de la responsabilidad hipotecaria en moneda de curso legal.

De lo expuesto se deduce que el artículo 219 del Reglamento de 1947 no hizo sino recoger la doctrina sentada por la referida resolución de 1926.

b) En principio, esta clase de hipotecas en moneda extranjera pueden constituir las toda clase de personas capaces de obligarse y que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 138 de la Ley Hipotecaria). Sin embargo, será necesario examinar las disposiciones en materia especial monetaria, a efectos de la capacidad. El Decreto-ley de Ordenación económica de 21 de julio de 1959, en su artículo 6.º, sigue manteniendo la prohibición de poseer divisas extranjeras a «los españoles residentes en España y a las personas jurídicas de nacionalidad española». Asimismo lo establecía la Ley de 4 de mayo de 1948. Lo cual quiere decir que un contrato de hipoteca con moneda extranjera sólo podrá celebrarse entre aquellas personas a las que la legislación monetaria no les prohíba expresamente la posesión de las mismas.

c) Es interesante en esta clase de hipotecas el problema de los *efectos jurídicos*. Conviene distinguir a este respecto entre la hipoteca y el contrato. A los efectos de la hipoteca, ya hemos visto la necesidad de fijar una equivalencia en pesetas, por lo que respecto de terceros sólo les afectará por la cantidad de pesetas por la que la finca responde. Estos terceros pueden serlo por razón de cargas de rango posterior, por razón de compra de la finca hipotecada, etc. En cuanto a las partes contratantes, LA RICA (52) sostiene que el pago deberá hacerse por la equivalencia pesetas, en contra de PELAYO HORE Y ROCA SASTRE, que dice deberá hacerse en la moneda extranjera contratada.

(52) LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1948; véase nota, pág. 217.

A nuestro juicio, conviene distinguir entre la hipoteca misma y el contrato. No cabe duda que la ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria lleva consigo, conforme al artículo 130, la de la tasación de la finca gravada a efectos del procedimiento, y por tanto, el acreedor no podrá hacer más reclamación que la del importe asegurado en pesetas. En este caso es intrascendente la obligación de pagar en moneda extranjera. Sin embargo, distintos son los efectos que el contrato lleva consigo, el cual obliga al deudor al cumplimiento de lo pactado. La existencia de la hipoteca no transforma el carácter de la obligación. El acreedor, como reconoce la misma resolución antes relacionada, podría seguir el procedimiento por vía ordinaria, por el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento civil, al fin de reclamar el pago de la divisa contratada, y aplicarse, en este supuesto, lo dispuesto en el artículo 1.170 del Código civil, y practicar la liquidación del débito en divisa extranjera al cambio oficial en pesetas del día del vencimiento del crédito. Una sentencia de 10 de marzo de 1925 aplica para una indemnización de daños y perjuicios el cambio que la divisa extranjera tuviera determinado día.

Y es que, en definitiva, estamos en el supuesto de la sutil distinción entre deudas de valor y deudas dinerarias puras. Esta hipoteca es el caso tipo de una deuda de valor. Se dirá, por tanto, que una hipoteca que no contiene cláusula estabilizadora se convierte indirectamente entre las partes en hipoteca de «valuta», pero es que una y otra son completamente distintas. En la hipoteca de moneda extranjera no se trata como en la de «cláusula» de restablecer un equilibrio monetario, sino en pagar una deuda de moneda devolviendo la misma especie recibida, o su equivalente en pesetas, conforme al artículo 1.170 del Código civil. Se trata de una obligación específica regida por el artículo 1.166 del Código civil, que se transforma en genérica, frente a tercero y en la ejecución hipotecaria.

16.—REQUISITOS DE LAS CLÁUSULAS ESTABILIZADORAS.

Refiriéndonos a la hipoteca con cláusulas de garantía monetaria, el apartado tercero del artículo 219 determina los requisitos o circunstancias que han de concurrir para que una escritura de préstamo hipotecario con cláusulas de estabilización de valor surta efecto. Las circunstancias que han de concurrir son tres: A) Fijación de un plazo; B) Fijación de un módulo estabilizador; y C) Fijación de un máximo de responsabilidad por el capital del préstamo.

A) *Fijación de un plazo*.—Dicho artículo distingue lo que pudiéramos llamar préstamos a corto, medio y largo plazo.

Los préstamos a *corto plazo*, o sea, los inferiores en duración a tres años, no podrán garantizarse con cláusula estabilizadora. Como consecuencia de esta limitación se excluyen, igualmente, las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Eso es consecuencia del carácter mercantil que, por regla general, tienen los préstamos que esas hipotecas garantizan. Operaciones de gran rapidez en la vida comercial.

Los préstamos a *plazo medio* son los que tienen una duración que no exceden de diez años. Y a *largo plazo* los que exceden del plazo de diez. Sólo estas dos clases de préstamos son los que la reforma reglamentaria admite con cláusula de estabilización monetaria.

B) *Módulo estabilizador*.—Dispone el Reglamento, en el referido artículo, que la escritura de préstamo hipotecario determine la estabilización con referencia a uno de los módulos o tipos siguientes: a) Valor del trigo fijado a efectos de rentas por el Ministerio de Agricultura; b) Índice general ponderado del costo de la vida, fijado por el Instituto Nacional de Estadística; c) Premio del oro en las liquidaciones de los derechos del Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda. Y añade: en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura.

Vemos, pues, que se recogen tres módulos: a) *El valor trigo*;

b) *El valor «índice»*; y c) *El valor oro*. Vamos a examinarlos separadamente.

a) *Cláusula valor trigo*.—El valor trigo, como hemos visto, es una medida de valoración autorizada para pago de renta en los contratos de arrendamientos rústicos en momentos de emergencia en la economía nacional. Si España se está encaminando a una perfecta ordenación de su economía, el trigo será lo que fué en otros tiempos, una mercadería, y más todavía si ese fruto entra en el variable juego del libre cambio. Por tanto, la eficacia del valor trigo será muy problemática para el futuro, y nula desde el momento en que oficialmente no se determine el valor del mismo.

b) *Cláusula de escala móvil*.—Es la del índice general ponderado del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y es técnicamente el más perfecto, pero tiene el inconveniente, a pesar de lo justo y equitativo, de que en la esfera privada se le mire con prevenciones y recelos, quizá por el «simplismo» de los contratantes, que no ponen mucha fe en los cálculos matemáticos. No obstante, dada la perfección y alta técnica que en España alcanza la formación de la *estadística*, es de esperar que en el futuro sea un medio de valoración de gran importancia.

c) *El premio del oro del arancel de Aduanas*.—Cuando se publicó la reforma del Reglamento Hipotecario, en marzo de 1959, quizá se considerara que el «premio oro arancelario» es el que habría de tener más importancia. Pero para el futuro la prima del oro del arancel tendrá escasa aplicación, debido a que la nueva Ley arancelaria de 1 de mayo de 1960 (*Boletín Oficial del Estado* del 14) establece un sistema de liquidación por derechos *ad valorem*, es decir, sobre la base del valor de las mercancías importadas, a cuyo efecto seguirá las normas seguidas por el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas (53).

Por otra parte, hemos dicho anteriormente que la divisa española tiene, después del Decreto de julio de 1959, un contenido oro, o paridad-oro, en función con el mercado del oro en Nueva York, y con el valor dólar USA a razón de 60 pesetas, por lo cual se llega

(53) En la nota (41) se detalla la nueva reforma Arancelaria y la supresión de la Ley de Pago Oro de los Derechos Arancelarios de Aduanas de 1906.

a los mismos resultados aplicando la prima oro del arancel, que calculando el valor de la peseta oro: en ambos casos igual a 19,60 pesetas papel.

C) *La responsabilidad hipotecaria.*—Es el tercer requisito para la validez de estos préstamos con cláusula de estabilización de valor. El Reglamento exige «que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, que no podrá exceder aparte intereses y costas, del importe del principal, mas un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años, o un 25 por 100 en los demás casos».

La reforma ha separado, acertadamente, los créditos a medio y largo plazo para la cifra de revalorización. Los préstamos a plazo medio (un mínimo de tres años y un máximo de diez) podrán revalorizarse en un 25 por 100. En cambio, los contratos a largo plazo (de más de diez años) podrá pactarse una revalorización del 50 por 100 del capital del préstamo.

Si estamos conformes con el criterio marcado con el legislador en la revalorización fijada para los primeros, no lo estamos en el fijado para el segundo. La cifra del 50 por 100 para éstos es quizá un tanto tímida; a ello alude, sin duda, el Preámbulo que precede al Reglamento Hipotecario, al decir que «quizá se tache de tímida la reforma». En efecto, si examinamos el valor de nuestra peseta en los últimos treinta años, vemos: que en enero de 1930 la peseta oro equivale a 1,44 pesetas papel, por la prima del arancel de Aduanas. En diciembre de 1943 una peseta oro es igual a 3,57 pesetas papel. La anterior a la vigente equivale a 7,15. Y por los Decretos vigentes (Decretos de 17 y 27 de julio de 1959), la peseta oro se valora en 19,60 pesetas papel.

Es decir, que en treinta años la peseta se ha *devaluado* catorce veces aproximadamente, o lo que es lo mismo, que en el año de 1930 la peseta valía oficialmente 14 veces más que en la actualidad. Por tanto, hay que considerar que la cifra tope fijada es pequeña.

Hubiera sido de desear una cifra de revalorización más flexible dentro de una escala más amplia. Sin embargo, no se nos oculta que el legislador realizó la reforma en unos momentos en que se acababa de producir la convertibilidad monetaria europea, la

puesta en marcha del Mercado Común, Area de libre cambio, etc., y que el Gobierno había formulado consultas a los organismos nacionales e internacionales sobre la ordenación económica y monetaria en nuestra patria, desconociéndose cuál iba a ser la posición del Estado en esta importante materia, y, sobre todo, si se iba a una paridad oro del signo monetario español. Por estas causas, al anticiparse a la ordenación económica la reforma del Reglamento Hipotecario quedó rápidamente anticuada. No obstante, se sentó un importante punto de partida en la tan debatida cuestión de la admisión de las cláusulas de estabilización monetaria.

Es de advertir que las cláusulas estabilizadoras sólo se aplican al capital del préstamo, no a los intereses pactados, que se satisfarán por el nominal asegurado.

17.—PROBLEMAS QUE SUSCITA LA DETERMINACIÓN DEL MÓDULO ESTABILIZADOR.

La aplicación de los módulos, determinados en el segundo inciso del apartado 3.º del artículo 219, plantea dos problemas interesantes: 1) Si puede pactarse en la escritura de hipoteca más de un módulo estabilizador. 2) Si pueden estipularse otros módulos distintos de los reglamentados por dicho artículo.

A) Dada la redacción del artículo 219, al decir que «se hará referencia a *uno* de los tipos o módulos»... y «que en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigente...», parece deducirse que el criterio del legislador es contrario a que se pacte más de un módulo estabilizador. Sin embargo, dadas las dificultades que se pueden originar pactándose uno de los módulos entonces vigentes, y que en el momento de aplicarse no lo esté, sostenemos la opinión de que en la escritura de hipoteca con cláusula de estabilización puedan pactarse los módulos que se crean convenientes entre los reglamentados, por un orden de preferencia; de tal forma que la imposibilidad de aplicar el primero pueda aplicarse el que por el orden pactado le siga. La redacción del precepto no puede ser contrario a lo que sustentamos, puesto que lo pretendido por el legislador será que sólo se aplique un módulo, o cláusula

la estabilizadora, al practicar (en el momento del pago) la liquidación del préstamo.

B) En cuanto a la segunda cuestión de si pueden pactarse cláusulas por módulos distintos de los tres que se establecen, la contestación debe de ser negativa. El legislador, al señalar esos módulos, ha querido rodear de ciertas garantías de honestidad la liquidación del importe del préstamo, en el supuesto que se produzca desequilibrio entre la prestación y la contraprestación, no sólo en interés de las partes, sino por razones de interés general. Sin embargo, a los pocos meses de publicado el Reglamento Hipotecario se produjo la *ordenación económica*, y con el nuevo Arancel de Aduanas, desaparecerá prácticamente la cláusula por el «premio del oro». El «patrón trigo», por otra parte, le seguirá igualmente su turno, en un día no lejano. Por lo que, de los tres módulos, quedará con carácter permanente el de la «escala móvil» de la estadística.

Por estas consideraciones nos atrevemos a considerar que podría aplicarse válidamente la cláusula «valor oro» de la peseta, y ello por dos razones: a) Porque aplicar el valor oro de la peseta es igual a la del premio oro del Arancel. b) Porque a pesar de que no esté incluido en el artículo 219, por ser la disposición que lo estableció posterior al Reglamento Hipotecario, su aplicación sería la más exacta y equitativa, para determinar el valor del dinero en los momentos clave de celebración del contrato, y la del pago del capital del préstamo. No se nos ocultan las dificultades que este criterio puede plantear desde el punto de vista registral, dada la enumeración cerrada del artículo 219. Sobre esto sería interesante la postura que adoptaría el Centro Directivo, si la cuestión se planteara.

Relacionado con el problema de la admisión de nuevas cláusulas distintas de las reglamentadas, está el de la admisión del «valor moneda extranjera», como cláusula de estabilización de valor en la hipoteca. El peso específico oro de la peseta está calculado, como es sabido, en función del «dólar USA». Consideraciones de índole moral y jurídica harían lícita una «cláusula valor dólar» en un contrato de préstamo fuera del campo hipotecario.

El pacto no iría contra el orden económico, ya que el Estado

lo tiene admitido por la «legislación monetaria». Dijimos anteriormente que, desaparecido el patrón oro en la mayor parte de los países, se sustituyó por el de la «cooperación internacional» a efecto de la compensación multilateral de saldos, por lo que en el día no lejano, en que España declare la convertibilidad de su divisa, la peseta tendrá una medida exacta en función de las «convertibles». Entonces sería posible la aplicación de la cláusula «moneda convertible». Sin embargo, a efectos hipotecarios, no creo que en el momento pudiera aplicarse, dados los términos del artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

18.—EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

El artículo 219 ha reglamentado la ejecución de los préstamos hipotecarios con cláusula de estabilización, al decir que: «A los efectos del procedimiento de ejecución, regulado en el artículo 131 de la Ley, que podrá pactarse en la escritura, será necesario: 1.º), que en el requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor, en su caso, se determine la cantidad exacta que se reclame, de conformidad con los tipos o módulos aplicados; 2.º), que con la demanda se acompañe el documento o documentos oficiales en que consten los valores tipo vigentes en las fechas de otorgamiento y del vencimiento del préstamo. Si el deudor se opusiere a la determinación de la cantidad hecha por el acreedor, se estará a lo dispuesto en los párrafos 6.º y 7.º del artículo 153 de la Ley.»

El artículo 153 a que se alude, es el que regula la hipoteca en garantías de cuentas corrientes de crédito.

19.—HIPOTECAS DE AMORTIZACIÓN.

El penúltimo párrafo del artículo 219 regula la cláusula de estabilización en las llamadas hipotecas de amortización, que es corriente en ciertas entidades bancarias, como el Banco Hipotecario de España. Dice el referido artículo: «Cuando se hubiere pactado que la amortización del préstamo hipotecario se hiciere mediante pagos periódicos de cantidades comprensivas de capital

e intereses, el tipo o módulo de estabilización se aplicará en cada uno de los respectivos vencimientos periódicos, con referencia exclusiva a la parte de capital que se comprenda en la cantidad fija a pagar.»

Precepto justo porque acomoda la finalidad económica de las cláusulas estabilizadoras al carácter especial de estos préstamos de devolución del capital en forma periódica. Se limita la aplicación de la estabilización al capital, y, no a los intereses, lo que con carácter general estaba ya dispuesto por el mismo artículo, y cuya repetición va en aras de la claridad.

PABLO MARTÍNEZ DE LA CUEVA.

Registrador de la Propiedad.