

La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos

IV

LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA (*)

Estipulación de pago en moneda extranjera.

En ciertos contratos se estipula que el pago debe ser hecho en una moneda extranjera que, con frecuencia, es la del país donde habita el acreedor o del que proviene las mercancías vendidas; pero, al recurrir a esta estipulación para cubrirse de la depreciación de la moneda nacional, se especula al alza de la moneda extranjera.

Fuera de un período de curso forzoso, estas estipulaciones, en defecto de un texto prohibitivo, son perfectamente válidas y ejecutorias; la moneda extranjera, en efecto, es generalmente considerada como una mercancía que puede ser objeto de un contrato válido de igual manera que lo son las demás mercancías que están en el comercio jurídico y, por lo tanto, es lícito convenir que una prestación consistirá en dólares o en libras esterlinas, y estas estipulaciones son obligatorias, puesto que el artículo 1.167 de nuestro Código civil dice que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que le es debida, aunque el valor de la que se le ofrece sea igual o mayor todavía; además, según el artículo 1.170 de igual Código, el pago de las

(*) Véase el número anterior.

deudas de dinero deberá hacerse en la «especie pactada», y de otra parte, el Código de comercio español declara la validez de estas cláusulas en materia de letras de cambio, cuando expresamente dice en su artículo 489 que las letras de cambio deberán pagarse en la moneda que en las mismas se designa.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 15 de Febrero de 1926 refuerza la validez de esta estipulación en el Derecho español. Ya el Presidente de la Audiencia *revocó* la nota del Registrador, *en cuanto denegaba* la inscripción, por no expresarse en moneda española la responsabilidad por capital e intereses y por no haberse valorado las fincas en la misma moneda; pero la *confirma*, en cuanto se deniega la inscripción por no cifrarse en moneda española la responsabilidad *para costas*, por tratarse entonces del interés del Estado por el reintegro del papel que se invierta, y la Dirección general, después de argumentar ampliamente para decidir que la responsabilidad de las fincas hipotecadas no puede hacerse en moneda extranjera, dice que los anteriores razonamientos que emplea no se oponen a que las obligaciones aseguradas con hipoteca puedan tener por objeto las más variadas prestaciones o referirse a las más desconocidas divisas, así como tampoco impiden a los contratantes el dejar a una futura liquidación o subordinar a especiales condiciones la fijación del importe asegurado; pero siempre con la condición de que se determine el máximo de la responsabilidad hipotecaria en moneda que tenga curso legal en la Nación, y no se pacte el procedimiento judicial sumario para hacer efectivas deudas ilíquidas.

Por lo tanto, antes de un período de curso forzoso toda discusión sobre la validez de las cláusulas de pago en moneda extranjera es totalmente superflua; como dice Planiol (ob. cit., tomo II, núm. 424): «Una convención especial puede imponer al deudor la obligación de liberarse en una moneda extranjera determinada. La convención es válida, puesto que la moneda es una mercancía que puede ser objeto de una promesa lícita.» E igual opina, por no citar más autores, Aubry et Rau (ob. cit., t. IV, número 318). Donde la cuestión se presenta es cuando se plantea la validez de estas cláusulas en período de curso forzoso.

En Francia, donde estas cuestiones han sido tan estudiadas, vemos que hasta el año 1926 la jurisprudencia no parecía hostil en

principio a las cláusulas de pago en moneda extranjera; pero a partir de esa fecha, las decisiones jurisprudenciales han sido contrarias a la validez de esa estipulación, como contraria al orden público, en razón de las disposiciones sobre el curso legal y forzoso del billete de Banco, cuando el contrato concluido entre franceses era ejecutorio en Francia, o sea que se decreta la nulidad de la cláusula cuando el pago no tiene el carácter de una reglamentación exterior.

Por contra, se ha decretado la validez de la cláusula cuando el pago presenta este último carácter; así, las conclusiones presentadas por Matter, Abogado general, ante la Cour de Cassation reservaban la validez de las cláusulas de pago en moneda extranjera cuando resultaban de contratos de carácter internacional, y estimaba que, para decidir la validez de una cláusula-oro o en moneda extranjera no era preciso tener en cuenta la nacionalidad de las partes, sino que lo importante era la naturaleza de la convención, y las consecuencias que hubiera de producir sobre dos países diferentes. Para Matter, la cláusula-moneda extranjera sería válida si el contrato produce como un movimiento de flujo y de reflujo por encima de las fronteras y con consecuencias recíprocas en un país y en otro, y daba como ejemplo de ello el contrato de venta comercial de importación, el contrato de préstamo de un país extranjero sobre Francia, el contrato de transporte o tránsito internacional regido por la Convención de Berna y el contrato de trabajo en el extranjero, pero por cuenta de un empresario francés.

En resumen: la jurisprudencia francesa mantiene sobre esta cuestión tres tendencias:

Primera. Para la Cour de Cassation (17 Mayo 1927 y 14 Enero 1928), la nulidad se impone para todo pago de moneda extranjera hecha en Francia por una persona residente en ella.

Segunda. Para la mayor parte de los Cours de apelación y de los Tribunales es la naturaleza internacional del contrato, productora de un cambio por encima de las fronteras, la que permitirá reconocer la validez.

Tercera. Para algunos Tribunales, la nulidad del pago en moneda extranjera, a falta de un texto prohibitivo, no puede ser deducida más que de la idea del fraude de la ley sobre el curso forzoso.

Enfrente de las divergencias de la jurisprudencia francesa, la mayoría de los autores se declaran partidarios de la validez de esta cláusula, que ningún texto prohíbe.

Así, Demogue escribía el año 1921 en el *Journal des Notaires* (1) que el curso forzoso no impediría estipular válidamente un pago en París de moneda-oro extranjera. «Un pago en moneda extranjera—dice—no es más que un pago en mercancía.» Todavía Demogue se pregunta (2) si estipular en moneda extranjera sin motivo legítimo no constituiría un acto ilícito, un abandono de esa especie de bandera que es la moneda nacional, en una palabra, un abuso del derecho, y concluye diciendo: «Se puede sostener esto; pero sería muy delicado el fijar los límites de este abuso.»

Jeze (3), en el interesante estudio que consagró a la moneda en los pagos, declara que el máximo de efectos que el jurista puede producir con una ley sobre el curso forzoso es que los individuos no puedan establecer diferencias entre sus monedas nacionales, y, en defecto de prohibición expresa, acepta la validez de la cláusula en moneda extranjera.

Mestres y James (4) estiman igualmente que los contratos en moneda extranjera son válidos en Derecho francés; Geny y Rousseau se inclinan a la misma opinión (5), y Schkaff la considera, por último, jurídicamente válida (6).

El argumento esencial del que resulta la validez de las cláusulas de pago en moneda extranjera es que éstas no han sido tenidas en cuenta ni directa ni indirectamente por las leyes que se acostumbran alegar en su contra.

Curso legal y curso forzoso, incluso a la par del billete de Banco y las monedas extranjeras, se mueven, en efecto, sobre dos planos diferentes.

(1) *Le Journal des Notaires*: «Le cours forcé du billet de Banque et ses effets», 1921, p. 140.

(2) *Journal des Notaires*: «De quelques clauses tendant à se prémunir contre les variations de valeur du franc», 1923, p. 101.

(3) Jeze: *Rev. de Science et de Leg. Financières*: artículo ya citado.

(4) Mestres et James: «La clause-or en droit français», París, 1926, página 17.

(5) Geny: Ob. cit.

(6) Schkaff: Ob. cit., p. 135.

La base de nuestra organización económica actual es la libertad de las convenciones; todo lo que no está prohibido está permitido, y ninguna ley ni ningún reglamento prohíbe la cláusula de pago en moneda extranjera, incluso en las transacciones interiores.

El legislador expresamente no ha establecido prohibición alguna ni en nuestro país ni tampoco en países donde la legislación producida por la depreciación monetaria ha sido numerosísima.

Reconocida la validez de la cláusula en moneda extranjera, queda la cuestión importante de la fecha de la conversión, a lo cual vamos a dedicar nuestra atención brevemente.

La doctrina se halla dividida sobre la cuestión de la conversión. Algunos autores, como Bedarride (1), Alauzet (2), Demangeat (3), Audinet (4) y Thaller, piensan que el deudor puede liberarse en la moneda del lugar del pago, puesto que suministra, según el curso del cambio, el equivalente de la suma estipulada. Otros autores, como Bravard Veyrières (5), Lacourt (6), estiman que el acreedor no puede oponerse a la conversión cuando existe una cláusula formal, como, por ejemplo, «pagable en moneda extranjera, y no en otra».

Otros autores, como Lyon Caën et Renault (7), Nouguier (8), Thaller (9), sobre la base del artículo 143 del Código de comercio francés, dicen que siendo este precepto, en materia de letra de cambio, una disposición excepcional, no es más que la excepción a la regla general de que los pagos deben efectuarse en Francia, en moneda francesa.

En Alemania el derecho de conversión o de sustitución está previsto en el artículo 244 del B. G. B.; en Italia, en el artículo 39 del Código de comercio, y en Rumania, en el artículo 41, también.

(1) Bedarride: *De la lettre de change*, t. II, núm. 384.

(2) Alauzet: *C. de com.*, t. IV, núm. 1.394.

(3) Demangeat: *Dt. com.*, t. III, núm. 321.

(4) Audinet: *Dt. intern. privé*, 2.^a edi., núm. 758.

(5) Bravard Veyrières (Demangeat): *Dt. com.*, t. III, núm. 321.

(6) Lacourt: *Dt. com.*, núm. 1.272.

(7) Lyon Caën et Renault: *Traité de Droit commercial*, t. IV, núm. 301..

(8) Nouguier: *Lettre de change*, 4.^a ed., t. I, núm. 946.

(9) Thaller et Perceru: *Traité élémentaire de Droit commercial*. París, 1923, núm. 1.251.

del Código de comercio. Por lo tanto, en ausencia de un texto expreso el acreedor puede exigir la cosa prometida, la moneda extranjera efectiva y no puede obligar a recibir otra, aunque sea de un valor igual o superior.

En la práctica, la jurisprudencia francesa admite, en general, en favor del deudor, el derecho de conversión y decide que el pago se hará o podrá hacerse en francos, al curso del cambio, con el agio a la carga del deudor (1).

Admitido el principio de la conversión, es preciso determinar la fecha en que deba hacerse, cuestión de interés práctico considerable, ya que en período de inestabilidad monetaria el curso de los cambios varía cada día, y a veces en grandes proporciones.

Las soluciones han sido diversas, y se han decidido, según los casos, por las fechas de la exigibilidad, por la de incursión en mora, por la del nacimiento de la deuda, por la de la sentencia y, por último, por la del pago efectivo, cuya fecha, en realidad, es la verdaderamente lógica.

La doctrina ha buscado, como siempre, la unidad entre el cúmulo de fechas propuestas como propias para la conversión; según Mlle. Rozis (ob. cit., p. 125), se pueden adoptar las siguientes soluciones: si el deudor está en falta y el cambio ha subido, la conversión será al curso del día del pago efectivo; si la falta es del acreedor o es caso de fuerza mayor, será al curso del día del vencimiento el que será tomado en consideración.

El gran principio que debe dominar en nuestra materia—dice la anterior escritora—es que el acreedor debe recibir lo que le es debido; esto excluye, evidentemente, un curso ulterior al vencimiento, lo mismo que un curso anterior. Pero este sistema no puede aceptarse, puesto que lo debido es la moneda extranjera.

En cuanto a Matter, después de haber reconocido que el enunciado corriente en doctrina es que la conversión debe hacerse el día del pago, declara que esta opinión no está confirmada por nin-

(1) La cuestión había recibido solución en el anteproyecto de ley sobre la letra de cambio y billete a la orden discutido por la Conferencia Internacional de La Haya de 1910; el proyecto preveía en su artículo 50 que el pago podía tener lugar en la moneda del país, a menos que el acreedor no hubiera estipulado expresamente el pago en moneda extranjera efectiva.

guna decisión de la jurisprudencia (ob. cit., p. 270), lo cual, según dice Hubrecht, es inexacto. Y Matter pretende edificar una teoría sobre el artículo 1.153 del Código civil francés: «Cuando se razona exclusivamente sobre el derecho civil—dice—, la obligación de pagar una moneda extranjera no es más que una obligación de pagar en mercancías.» Luego, y excepcionalmente, esta obligación debe ejecutarse por la prestación de la mercancía o de un título que la represente. Y por contra, y en regla general, la obligación se convierte en pago propiamente dicho, es decir, en suministro de una suma de dinero en la moneda nacional, y en este caso el solo texto aplicable para determinar la fecha de la conversión dice Matter es el artículo 1.153 dicho, equivalente al 1.108 del resultantes de la mora, si no hay pacto en contrario, consistirán en el pago de una cantidad de dinero los daños y perjuicios resultantes de la mora, si no hay pacto en contrario, consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, y estos daños y perjuicios son debidos, sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida, y no son debidos más que desde el día de la obligación de pagar, y el acreedor al cual su deudor en retardo causado por mala fe causa un perjuicio, independientemente de este retardo, puede obtener daños y perjuicios distintos de los interescos moratorios.

La regla, por tanto, que, según Matter, se deduciría de ese artículo sería la siguiente: En principio, la deuda en moneda extranjera se convertiría el día de la exigibilidad; los intereses legales correrían desde el día de la mora, sin que el acreedor tuviera que justificar ninguna pérdida; y en cuanto a la mala fe o a la falta del deudor que haya causado un perjuicio al acreedor, el deudor debe ser condenado a título de daños y perjuicios a convertir su deuda al curso más desventajoso para él. El sistema presentado por Matter es inaceptable; nada hay más peligroso que confundir la ejecución de las obligaciones, conversión, daños y perjuicios, valorización, etc.

Nosotros estamos aquí en materia de ejecución de obligación y no en materia de daños y perjuicios, y, por lo tanto, ese precepto no puede invocarse, puesto que no nos enseña ni cómo debe ejecutarse una deuda en moneda extranjera, ni cuál será la fecha en que la conversión deba hacerse; solamente dice que en ma-

teria de deudas de sumas de metálico los daños y perjuicios están limitados a los intereses legales, salvo perjuicio especial y mala fe del deudor.

De otra parte, si se admite, con Matter, que la moneda extranjera no es más que una mercancía, debemos concluir que dicho artículo, que se refiere a sumas de dinero, no es jamás aplicable a las deudas de monedas extranjeras.

Para resolver la fecha en que la conversión debe ser hecha es preciso, ante todo, concretar qué es lo debido, cuál es el objeto de la obligación, cuál es la prestación que ha sido convenida y querida por las partes. Esta es, únicamente, una cierta cantidad de moneda extranjera; como ya escribía Scaccia, a final del siglo XVII (1), y como se ha repetido a menudo después, la reglamentación en moneda nacional no es *in obligatione*, sino solamente *in solutione, in facultate solutionis*.

El acreedor tiene derecho a reclamar en justicia, directamente, el pago en moneda extranjera, y ninguna ley le obliga al Tribunal a sentenciar exclusivamente en moneda nacional.

Así, Nussbaum (2) dice que la práctica de los diversos cursos de conversión adoptados por las sentencias no tienen a menudo otro origen que la asignación hecha en este sentido por el demandante; lo que el acreedor puede demandar a sus Jueces es aquello a que el contrato le da derecho, es decir, moneda extranjera y no moneda nacional. Por lo tanto, el derecho de sustitución, que no está reconocido por ley, ni en derecho francés ni en derecho español, no puede ser más que una facultad admitida por la comodidad del deudor; pero de todas maneras el acreedor debe recibir, ni más ni menos, lo que le es debido.

Así, cuando el acreedor concierta un pago en moneda extranjera, nada impide al Tribunal abonar directamente las divisas; y si, por tanto, se quiere convertir la deuda en moneda nacional, es preciso que esta conversión permita al acreedor procurarse la cantidad de moneda extranjera que le es debida, y, por tanto, se impone la conversión en el momento de la reglamentación efectiva, y, en resumen, la conversión debe hacerse según el curso del día.

(1) Scaccia: *De Comm. et cambiis*, etc., II, V, núms. 185, 188.

(2) Nussbaum: Ob. cit., p. 218.

de la reglamentación, salvo acuerdo expreso o tácito sobre otro curso (1).

CLÁUSULAS DE ESCALA MÓVIL

Para garantirse contra las fluctuaciones de la moneda nacional y conservar el equilibrio querido entre sus prestaciones recíprocas los contratantes pueden, sin recurrir a las estipulaciones de pago en oro o en divisas extranjeras, conseguir un resultado análogo, insertando en sus conversiones una cláusula en virtud de la cual el montante de la cantidad a pagar variará según el curso de una moneda extranjera o del precio de un género, o más generalmente, según el índice de los precios ; y así se ha visto cláusulas de escala móvil cuya base era el curso de la libra o del dólar, el precio del pan, del quintal de trigo, del metro cuadrado de obras o del índice general de los precios.

Contra ello se ha objetado con el requisito de que en la venta el precio ha de ser cierto y determinado ; pero al fin de los artículos 1.447 a 1.449 del Código civil español es que las partes se hayan entendido sobre el precio o sobre la manera de determinarlo, y que en ningún caso este elemento esencial pueda ser fijado por la voluntad unilateral de uno de los contratantes. Pues bien : con la cláusula de escala móvil las partes se ponen precisamente de acuerdo sobre la consistencia real del precio y sobre la manera de calcularlo en moneda nacional, y si recurren a esta cláusula es precisamente porque el precio, es decir, la potencia adquisitiva transmitida por el comprador al vendedor permanezca fija y estable en el *quantum* que ellos quisieron. En período de inestabilidad monetaria el precio está mejor determinado por el empleo de una escala móvil que por la fijación de una suma en moneda inestable, que bajo una apariencia de fijeza no corresponde a la reglamentación y a la equivalencia querida por las partes.

Se ha argumentado también contra la escala móvil con el ar-

(1) Dada la importancia de la conversión al curso de los últimos años, la Conferencia de Viena de la Asociación Internacional de Derecho se ocupó de esta cuestión, y el 11 de Agosto de 1926 se dictaron las llamadas «reglas de Viena», a las que los contratantes pueden referirse en las conversiones.

título 1.753 del Código civil, en el cual jamás el prestatario está obligado a devolver en el préstamo de dinero más que otro tanto de la misma especie y calidad ; pero este artículo se olvida que es de carácter excepcional y de interpretación estricta ; no se refiere directamente más que al dinero u otra cosa fungible y que en todo caso no es ningún precepto de orden público, y, por tanto, será derogable por la cláusula de escala móvil, como corrientemente se le deroga con la cláusula de reembolso con prima en los préstamos obligatorios.

La doctrina, en su mayoría, admite la validez de estas cláusulas, y especialmente de la cláusula-índice ; así Geny, Mestre, James, Vilhem, Capitant y Demogue (1), se inclinan a no validar más que la cláusula-índice, e incluso Nogaro, hostil en general a las cláusulas de garantía, manifiesta una opinión moderada respecto a la cláusula-índice, que sería válida en principio y justificable en los contratos a largo plazo.

Se ha llegado, incluso en Francia, a estipular pagos basados sobre la renta francesa 4 por 100, 1925 ; ésta fué una emisión que el Estado francés lanzó, garantizando a los suscriptores un mínimo de interés del 4 por 100 anual, susceptible de aumento proporcional, si el curso de la libra esterlina pasaba de los 95 francos ; medida que hubo que tomar para garantizar a los suscriptores contra la depreciación ulterior eventual de la moneda y ante el ejemplo de Alemania, donde se reembolsaron empréstitos en moneda totalmente depreciada.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) *Journal des Notaires*, 1923, p. 164.