

## El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Las consecuencias del sistema económico de control de cambios en las obligaciones monetarias.—2. El ámbito normativo y la legitimidad del régimen de control de cambios.—3. La autonomía de la voluntad de las partes y la ley aplicable a la moneda de pago.—4. La influencia del régimen de control sobre los elementos de las obligaciones monetarias.—5. El cumplimiento de las obligaciones libremente pactadas en moneda específica.—6. El cumplimiento de las obligaciones afectadas por el régimen de control de cambios.—7. El incumplimiento de las obligaciones como consecuencia del régimen de control.—8. La llamada imposibilidad objetiva por falta de divisas: particular examen de la fuerza mayor.—9. La imposibilidad subjetiva por denegación de divisas: especial examen de la culpabilidad por incumplimiento de formalidades y por alegación de causa falsa.—10. Las diversas posibilidades subsidiarias de cumplimiento.—11. La ejecución de las obligaciones ante el sistema de control de cambios.—12. La conversión legal de la moneda.—13. La ejecución forzosa de bienes.

### I. LAS CONSECUENCIAS DEL SISTEMA ECONÓMICO DE CONTROL DE CAMBIOS EN LAS OBLIGACIONES MONETARIAS

Los dos grandes conflictos armados que se sucedieron en la primera mitad de nuestro siglo XX condujeron, a la mayor parte de las naciones que intervinieron como beligerantes, aliadas o neutrales, a practicar una determinada política monetaria, cual fué la del "control de cambios", que tenía por objeto fundamental el sometimiento de los particulares a las autoridades estatales en todo lo referente al cambio de divisas y a la importación o exportación de monedas nacionales o extranjeras. Este nuevo régimen monetario sustituía al de libre cambio, y a sus principios clásicos de la economía política, según el cual los deudores del exterior —prestatarios o comerciantes—, que necesitaban adquirir divisas extranjeras para cumplir sus obligaciones, podían hacerse con ellas recurriendo a cualquier institución bancaria, que se las vendía conforme a la cotización resultante de la balanza de pagos.

El sistema de "control de cambios" resultaba una arma más que aparecía con el nuevo sentido de la guerra total. Este instrumento económico tenía como fin inmediato salvaguardar la estabilidad de la moneda nacional a través de un control de las operaciones financieras que influyesen sobre la balanza de pagos; respondía, pues, a concepciones económicas según una técnica bancaria concreta.

Lo aparentemente paradójico es que en una época, como la antecedente a la nuestra, donde las relaciones internacionales comenzaron a ser más intensas, se produjera, casi como fenómeno general, el sistema de control de cambios, que supone la defensa de principios esencialmente nacionalistas que restringen grandemente el tráfico internacional. Entre la serie compleja de causas que contribuyeron a ello se destaca la bélica, al destruir la estructura crediticia internacional e impedir la transferencia de capitales con la creación de autarquías económicas. Sin embargo, al no haber disminuído las necesidades de transferencias de capitales, ni la demanda de productos extranjeros, tuvo que cambiarse de métodos, pues las divisas extranjeras constituyen el medio normal de pago de las deudas exteriores y de las importaciones, al convertirse en la mayor parte de los países en una materia de vital importancia para la administración de la economía nacional.

Fué el poder estatal, mediante una política económica dirigida, quien operó el cambio, al intervenir directamente sin dejar que se produjera una autodeterminación o nivelación de la balanza de pagos del intercambio comercial, como sucedió en el régimen liberal, para hacer frente a las obligaciones contraídas. Puede decirse con TODD (1) que son varios los factores que aparecieron para obstruir el proceso natural de reajuste: el aumento de control, la regulación de las industrias nacionales y la paulatina esterilización de las reservas áureas de los países acreedores, inmovilizaron cada vez más los movimientos del oro dentro del sistema económico nacional. También SCHACHT (2) ve cómo las naciones se enclaustraron en un fuerte nacionalismo económico: con las reservas de oro disminuídas y sin medios para obtener divisas extranjeras, gran número de países deudores del exterior recurrieron a la regulación oficial para proteger sus sistemas monetarios con el resultado de las prohibiciones de transferencias y el monopolio estatal de los cambios, adoptados como expedientes comunes para mantener las reservas de oro y de divisas. En una palabra, como dice el profesor VIRO (3), se trataba de encontrar y tener un instrumento que permitiese gobernar conscientemente la balanza de pagos y sustituir el sistema automático resultante de los movimientos del oro. Tal instrumento fué el "control de cambios", que se impuso universalmente.

En Alemania, el régimen de control (*Devisenbewirtschaftung*) fué

(1) TODD, *The mechanism of change*. London, 1917, pág. 131.

(2) SCHACHT, *German trade and german debts*, en *Foreign Affairs*, 13 (1934) 1 ss.

(3) VIRO, *Economia politica. La moneta, il credito e i sistemi monetari attuali*, 12.<sup>a</sup> ed. Milano, 1958, pág. 253.

instaurado poco después de la postguerra del primer conflicto armado, con objeto de hacer frente a la situación quebrada de su economía (4). Posteriormente, el régimen nacionalsocialista continuó y acentuó la política monetaria controlada, caracterizándose su régimen como de los más extremos, o sea, de los del tipo llamado rígido (5). El advenimiento del régimen democrático en la parte occidental de Alemania, correspondiente a la República Federal, supuso un nuevo giro en la política monetaria que, si bien fué rigurosa bajo el tiempo de ocupación, se liberaliza completamente una vez que adquiere su autonomía política (6).

Dada la complejidad y minuciosidad de disposiciones que se dictaron en materia de divisas, tanto en una época anterior como posterior, condujo a los sectores gubernamental y doctrinal a crear revistas especializadas que pusieran en claro las nuevas directrices y a recoger los fallos de los tribunales (7).

La política autárquica que Italia emprendió con el régimen fas-

(4) Cfr. LENNHOFF, *Privatrechtliche Probleme des Devisenrechts* (1932); BLAU, *Devisenrecht und Privatrecht*, en *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47 (1933) 201; MAYER, *Die Valutaschuld nach deutschem Recht* (1934).

(5) Cfr. SCHLESINGER, *Privatrechtliche Probleme bei internationalen Waren- und Verrechnungsgeschäften*, en *Schweizerische Juristenzeitung*, 37 (1935) 22; DIETRICH, *Die Internationalrechtliche Bedeutung des Devisenrechts*, en *Juristische Wochenschrift* (1955); WAHLE, *Die Wirksamkeit ausländischer und Devisensperren nach österreichischem Recht*, en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1935), 779; CASPARIUS, *Ungelöste Fragen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 86 (1936), 33; HUMBURG, *Einwirkungen des Devisenrechtes auf Privatrechtsverhältnisse*. Diss. Rostock-Berlin, 1936; PIATER, *Le contrôle des changes dans l'économie du III<sup>e</sup> Reich*. París, 1937; KOEPEL, *Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht*. Berlin, 1938; MÜLLER, *Grundriss der Devisenbewirtschaftung*. Berlin-Wien, 1938; TROGER, *Import und Export nach deutschem und ausländischem Devisenrecht*. Basel-Leipzig, 1939; MEYER, *Devisenbewirtschaftung als neue Währungsform*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 49 (1939) 415; LUCKAS, *Theorie der Devisenzwangswirtschaft*, en *Forschungen zur Finanzwissenschaft*, 6 (1940); LOSSOS, *Bilanz der deutschen Devisenbewirtschaftung*, en *Münchener Volkswirtschaftliche Studien*, 29 (1940); WENGLER, *Die Anknüpfung des Zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1941), 167.

(6) Cfr. GURSKI y SCHULZ, *Das Abkommen über deutsche Auslandsschulden mit seines Anlegen*. Köln, 1954; HOCKE, *Devisenrecht*. Hamburgo, 1954; DEBERTIN, *Währungen im Kurse im Zahlungsverkehr mit dem Ausland*. Köln, 1955; RITTERHAUSEN, *Internationale Handels- und Devisenpolitik*. Frankfurt/M., 1955; STRAUCH, *Devisenverkehr*. Frankfurt/M., 1955; DOLÉ *Information générale*, en *Le contrôle des changes*, París, s. a., pág. 124 y ss.; LIEPFERT, *Devisenhandel. Devisengeschäfte der Banken, Exporteure und Importeure*. Frankfurt/M., 1958; TUDEN, *Die Auswirkung von Änderungen der Valutakurse auf internationale Zahlungen*. Berlin-Tübingen, 1950; WESENBERG, *Devisenrecht und ordre public* en *Juristische Rundschau* (1951), 433; JAENTICKE, *Der Aufbau der Kontrollratgesetzgebung*. Berlin, 1952; LANGEN, *Kommentar zum Devisengesetz*. Heidelberg, 1959; JOERGES y KÜENE, *Devisenbewirtschaftungsgesetze und sonstige Vorschriften devisenrechtlichen Inhalts*. Köln, 1959; MANN, *Das Recht des Geldes*. Frankfurt am Main y Berlin, 1960.

(7) Se ocupan de esta materia dos revistas especializadas: "Das Devisenarchiv" (1936-1938) y actualmente "Deutsche Devisen Rundschau" (a partir de 1951).

cista le obligó a adoptar el sistema de control de cambios. Nace, pues, esta reglamentación en 1934 y sus textos más fundamentales son la Ley de 9 de enero de 1936, que convierte en Ley los Decretos-leyes de diciembre de 1934, el Decreto-ley de 7 de agosto de 1936, el Decreto-ley de 12 de marzo de 1938, el Decreto-ley de 5 de diciembre de 1938 y el Decreto ministerial de 14 de julio de 1943, sobre cesión obligatoria de divisas extranjeras. La evolución más reciente de este régimen es en el sentido de una atenuación del control con la reforma de 1946-1947, donde el monopolio de los cambios afecta únicamente al 50 por 100 de los créditos de los exportadores; a este efecto son de importancia el Decreto de 26 de marzo de 1946, número 139, los Decretos ministeriales de 5 de marzo y 13 de abril de 1946, el Decreto ministerial de 2 de septiembre de 1946, el Decreto de 28 de noviembre de 1947 y el Decreto-ley de 19 de septiembre de 1949. En 1934 se creó el "Instituto Nacional para los cambios con el extranjero", reemplazado en 1945 por la "Oficina italiana de cambios", con personalidad moral pública (8). Se trata de una institución mediante la cual el Estado ejerce su influencia en la vida económica. Tal carácter ha sido también resaltado por la doctrina, tanto en su primera etapa (9) como en la posterior (10).

(8) Cfr. *Information générale*, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 260 y ss.

(9) Cfr. VASALLI, *Sul pagamento dei debiti in denaro espressi in moneta estera*, en *Rivista del Diritto commerciale*, II (1922), 251; ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista del Diritto commerciale*, I (1936) 195; VALERI, *Diritto cambiario italiano*. Milano, 1936; RENZI, *Tecnica degli scambi con l'estero*. Milano, 1937; BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme volontarie straniere*, en *Giurisprudenza italiana*, I (1938) 865; ID., *Riconoscimento in Italia di leggi monetarie straniere*, en *Foro Italiano*, I (1938) 575; ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Foro Italiano* (1938) 855; ID., *Divisa e divisa estera*, en *Nuovo Digesto Italiano*, V (1938) 87; SCALFANI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista de Diritto Internazionale* (1942), 44.

(10) Cfr. DE LONGHI, *Debiti in moneta estera, provvedimenti restrittivi e clausole di garanzia monetaria*, en *Giurisprudenza della Cassazione civile*, I-2 (1946) 266; SALANDRA, *Prestito obbligazionario pagabile in diverse valute*, en *Foro Italiano* (1947), 195; SALCATERRA, *Il semi-monopolio dei cambi con particolare riferimento ai clearing*, en *Rivista Internazionale di Scienza Sociale* (1947); BOLAFFI, *Profili privatistici della legislazione valutaria*, en *Banca, Borsa e titoli di credito*, I (1950) 226; ID., *Legislazione valutaria e diritto privato*. Milano, 1950; LEINEN, *Legislazione valutaria dal 1917 al 1950*. Roma, 1951; PELLIZZI, *Clausola di pagamento all'estero in moneta straniera*, en *Foro Padano*, I (1951) 323; ASCARELLI, *In tema di finanziamenti rimborsabili all'estero*, en *Foro Italiano*, I (1951) 726; ID., *Messa fuori corso della valuta e debiti pecuniari*, en *Foro Italiano*, I (1953) 71; GRAZIANI, *Questioni in tema di obbligazioni stilate in valute italiana ed estero*, en *Studi di Diritto civile e commerciale*. Napoli, 1953; DE SIMO, *Diritto cambiario*. Milano, 1953; MAFFEI, *Libertà contrattuale e monopolio dei cambi*, en *Banca, Borsa e titoli di credito*, I (1954) 664; TRIFRIN, *Problemi attuali della convertibilità monetaria*, en *Moneta e credito* (1954), 65; SANTINI, *Congelamento di crediti all'estero e corso dei cambi*, en *Giurisprudenza della Cassazione civile* (1954), 64; CARLI, *L'evoluzione della legislazione italiana in materia di controllo degli scambi internazionali e disciplina del commercio dei cambi*, en *Risparmio* (1956), 1211; ZAPPA, *La tecnica dei cambi esteri*.

La segunda guerra mundial trajo a Francia el establecimiento del control de cambios (*contrôle des changes*) mediante el Decreto-ley de 19 de marzo de 1939 que prohibía la exportación de capitales, las operaciones de cambio y el comercio del oro (11). Complementan esta disposición el Decreto de 15 de julio de 1947, la Ordenanza de 30 de mayo de 1945 y la Ley de 2 de febrero de 1948 (12).

Los autores franceses ya habían considerado respecto de otros países el control de cambios y las influencias que traía consigo su adopción en el campo del Derecho internacional privado (13). A consecuencia de la implantación de tal régimen en Francia, los autores estudian su problemática (14) y se realizan una serie de notas en torno a la jurisper-

*Teoria e pratica dei pagamenti internazionali*, Roma, Milano, Napoli, s. a.; ORUSA, *Disciplina degli scambi valutari* (rass. giuriz. 1950-1957), en *Il Diritto dell'economia* (1959) 581.

(11) Cfr. *Journal Officiel* de 10 septembre 1939, prorrogado por el art. 178 de la Ley núm. 45-2154, de 7 octubre 1946.

(12) Cfr. *Information générale* por el Office Français des Changes, en *Le contrôle des changes*. París, s. a., pág. 192.

(13) Cfr. ANDREADES, *Les contrôles financiers internationaux*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, IV-5 (1924) 1 ss.; STRUPP, *L'intervention en matière financière*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, III-8 (1925) 1 ss.; GEORGIADIS, *Du paiement en monnaie étrangère*, en *Revue de Droit française* (1926) 26; BARRAULT, *Le droit monétaire française et les clauses de paiement en monnaies étrangères*, en *Recueil de Droit commercial* (1926), 72; DELCOURT, *Les procédés modernes de contrôle du change et leur application dans les pays anglosaxons*. París, 1936; NOGAROS, *Le article 143 Code Commerce et les stipulations en monnaies étrangères*, en *Semaine Juridique* (1927), 977; CAVITANT, *Les emprunts internationaux et le cours forcé*, en *Journal de Droit International* (1928), 561; BERGMANN, *Le régime des devises dans la pratique du droit international privé*, en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 35 (1936) 29; SIENRA, *Les restrictions monétaires et les divers régimes d'avoirs à l'étranger*. París, 1936; PRUD'HOMME, *De la loi monétaire du 2 octobre 1936 et les paiements internationaux*, en *Chunet*, 63 (1936) 1109; DOMKE, *L'influence des lois monétaires récents sur le droit international privé à la lumière de la jurisprudence comparée*, en *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, IV (1937) 7; ID., *La législation allemande sur les devises en droit international privé*, en *Chunet*, 64 (1937) 26; ID., *Nouveaux aspects des restrictions de transfert en droit international privé*, en *Chunet*, 64 (1937) 990; MESTRE, *Les lois étrangères sur le cours forcé devant les tribunaux français*, en *Gazette du Palais* (1937); MEZGER, *Les mesures de contrôle des changes et les principes du conflit des lois*, en *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, IV (1937) 57; BAUDOINT-BUGNET, *Le change*, en *Études pratiques de Droit commercial*. París, 1938.

(14) Cfr. TRAUB, *Le contrôle des changes*. París, 1939; LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux*. París, 1939; AGHTON, *Le contrôle des changes (Législation et économie comparées)*. París, 1939; HOLDE, *Les lois monétaires de 1937 et le droit international privé*, en *Revue critique de Droit international* (1937); SIXZ, *Le paiement en France des obligations en monnaie dirigée et contrôlée*, en *Chunet*, 66 (1939) 545; TENGGER y HALPERN, *Le contrôle des changes en France et en Grande-Bretagne*, en *Chunet*, 67-72 (1940-1945) 366; PLATER, *Contrôle des changes*. París, 1946; PLAISANT, *La codification de la réglementation des changes*, en *Chronique Dalloz* (1947), 173; PLATER y LACLAVERIE, *Le contrôle des changes en France*. París, 1948; LEROY, *Commentaire du contrôle des changes*, en *Semaine Juridique* (1948), 675; JEANTET, *Le contrôle des avoirs étrangers en France*, en *Chronique Dalloz* (1949), 49;

prudencia (15), donde se aprecia el carácter administrativo y penal del sistema implantado y la despreocupación o inadvertencia de las consecuencias que estas disposiciones pudieran tener en la ejecución de los contratos.

También en Bélgica se implanta la reglamentación de control de cambios en el año 1939. Los textos fundamentales son la Ley de 7 de septiembre de 1939 y los Decretos-leyes de 6 de octubre de 1944 y 10 de septiembre de 1944, relativos a la declaración de tenencia de oro y monedas extranjeras, la creación de un "Instituto de cambio" y la reglamentación de licencias. Como advierte el "Instituto Belga de Derecho Comparado" en su informe (16), las condiciones de elaboración de estos textos legales están de acuerdo con el Derecho común y se trata de disposiciones por las que el Estado ejerce su influencia sobre la vida económica de la nación. La doctrina belga se ha planteado la serie de problemas que la adopción de tal sistema lleva consigo, destacándose las consecuencias que para el campo obligatorio se producen (17).

El control de cambios se introduce el 3 de septiembre de 1939 en Inglaterra por una serie de Leyes llamadas "Emergency Powers (Defence) Act", modificadas ulteriormente por la "Supplies and Service (Transitional Powers) Act" de 1945, que, como medidas de guerra, fueron reemplazadas por una legislación permanente, la "Exchan-

---

Id, *La évolution du contrôle exercé par l'Office des Changes sur les relations financières franco-étrangères en 1950*, en *Chunet*, 77 (1950) 1272; REYMAN, *L'origine de l'Office des Changes, son fonctionnement et sa réglementation*, en *Gazette du Palais* (1950) 4; CHARUEL y MICHARD-PELLISSIER, *Guide pratique de la réglementation des changes en France* (1953); ANSELME-RABINOVICH, *La réglementation des changes et son influence sur les contrats internationaux*, en *Gazette du Palais*, abril y mayo (1955); ID, *La réglementation des changes en droit français et en droit international et le Statut du Fond Monétaire International*, en *Revue de la Banque*, 34 (1955) 317; HAMEL, BERTRAND, ROBLOT, *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*. París, s. a. [1955]; ROBLOT, *Les répercussions de la réglementation des changes sur la formation et l'exécution des contrats*, en *Droit social* (1957).

(15) Cfr. LEVY, en *Jurisclasser Periodique* (= J. C. P.) (1944), 11-2670; LEVY, en J. C. P. (1948), 11-714; MARÍN, en *Banque* (1949), 279; LEVY, en J. C. P. (1952), 11-7010; QUERMONNE, en *Dallos* (1952), 454; SARRAUTE y TAGER, en *Revue critique de Droit International Privé* (1952), 730; LOUSSOUARN, en *Revue critique de Droit International Privé* (1953), 386; MARÍN, en *Banque* (1954), 112.

(16) Cfr. "Information générale" del Institut Belge de Droit comparé, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 144; SELLESLAÏS, *Les contrôles des changes et les accords de paiements internationaux*, en *Revue de l'Université de Bruxelles* (1951-1952) 308; DE BEUS, *De wijzigingen in de wetgeving op de wissel*, en *Rechtskundig Weekblad* (1953-1954) 769; COLLIN, *Les banques et la réglementation du change*, en *Annales des Sciences Economiques appliquées* (1954) 6; DE KEPPER, *La poursuite des infractions du contrôle des changes*, en *Revue de la Banque* (1954) 689; DE KEPPER, *La transaction en matière d'infractions du contrôle des changes*, en *Journal des Tribunaux* (1955) 246.

(17) Cfr. PIRON, *Force majeure dans les dettes de somme en droit international privé. Effets et qualification d'un contrôle des devises*, en *Par ces Motifs*, (Liège) 9 (1935); VAN HECKE, *Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales*, en *Annales*

ge Control Act" de 1947 (18). Su actuación es dentro de la llamada zona de la esterlina, excluyéndose Canadá y Terranova, y tuvo por objeto conservar las reservas oro y divisas extranjeras en beneficio de la comunidad nacional.

Según el informe de MANN (19) el control de cambios no modifica el Derecho común en materia de contratos, salvo ciertas imposiciones a realizar y el entender adherida al contrato una condición tácita pendiente de la autorización necesaria que exige la "Exchange Control Act". La doctrina consideró ya el tema con anterioridad (20) y fué de nuevo tratado con minuciosidad, tanto en sus posiciones teóricas como jurisprudenciales (21).

Los Estados Unidos de América no han instituido el régimen de control de cambios, pues tan sólo han dictado una legislación concerniente al oro y a las cláusulas oro, ya con anterioridad a la segunda guerra mundial y que tuvo su origen en la crisis financiera sobrevinida en 1929. Pero están en relación con esta materia, según hace ver EDER (22), las leyes y reglamentos que se refieren a la propiedad enemiga (Alien Property Custodian) y el bloqueo de ciertos bienes, fondos y haberes de los ciudadanos de aquellos países ocupados o de los satélites del llamado telón de acero. O sea, que los problemas que pueden plantearse resultan al relacionarse algún ciudadano norteamericano con otro sometido al régimen de control de cambios. Los tribunales conocen dichos casos y sus decisiones se muestran en diversos sentidos, si bien se trata de excluir la fundamentación basada en principios de orden público (23). Sin embargo, y a pesar de la ausencia de una legislación de control de cambios, la doctrina aborda sus

---

*de Droit et de Sciences Politiques*, XIV-4 (1954), 53 y ss., y en *Revue de la Banque*, 12 (1953) 863.

(18) Cfr. MANN, *The Exchange Control Act, 1947*, en *Modern Law Review*, 10 (1947) 411; LEROY-BEAULIEU, *Informe générale*, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 208.

(19) MANN, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 205 ss.

(20) Cfr. WHITTLESEY, *Exchange Control*. London, 1932; EINZIG, *Exchange Control*. London, 1934; ELLIS, *Exchange Control in Central Europe*. Cambridge, 1934; HALL, *The Exchange Equalisation Account*. London, 1935; HARRIS, *Germany's Foreign Indebtedness*. Cambridge, 1935; PAISL, *The British Exchange Equalisation Fund*, en *Economica* (1935); EVITT, *A Manual of Forcing Exchange*. London, 1936; HARRIS, *Exchange Depreciation*. Cambridge, 1936.

(21) SWISS BANK CORPORATION, *Foreign Exchange Restrictions*. London, 1938; MANN, *The Legal Aspect of Money, with Special Reference to Comparative, Private and Public International Law*. Oxford, 1953; ELLIS, *Exchange Control in Germany*, en *Quarterly Journal of Economics* (1940); MANN, *Exchange Restrictions in England*, en *Modern Law Review*, 3 (1940) 202; HOWARD, *Exchange and Borrowing Control*. London, 1948; TSIMTKALIS, *The Effects of Change in the Value of Money, International Payments*, en *Revue Hellénique de Droit International*, 3 (1950) 82; WALTER, *The Law of International Payments*, en *Recueil des Cours de la Haye* (1951); HEJNER, *Foreign Exchange Restrictions and Private International Law*. Stockholm, 1957 (existe un resumen en inglés).

(22) EDER, en *Le contrôle des cheques*, cit., pág. 188.

(23) Cfr. NUSSBAUM, *Money in the Law*, sect. 39: "International controversies and agreements on exchange control". Chicago, 1938.

cuestiones fundamentales, especialmente las de carácter internacional (24).

En Canadá se instaura el sistema de control de cambios en 1939 por una disposición del Consejo de Estado de 15 de septiembre de 1939 ("Foreign Exchange Control and Regulations"), pudiendo hablarse de una segunda etapa a partir de 1946 al aparecer la "Exchange Control Act", 1946, que se mantiene hasta 1949. Según BAUDOIN (25), la reglamentación tiene un carácter riguroso y es compleja, pues en tiempos de guerra se realizó a base de actos administrativos totalmente, mientras que después una ley concedía poderes delegados al ejecutivo, salvo instrucciones de la Comisión a sus agentes. Si bien sus disposiciones no alteraban las de Derecho común, este autor nota cómo se restringe el principio de libertad contractual, de un modo indirecto.

En España se adopta el sistema de control de cambios desde el año 1928. La Ley de Ordenación Bancaria, en su base séptima, prescribía su establecimiento, que vino a confirmar el Decreto-ley de 25 de junio de 1928, al crear un Comité interventor del cambio extranjero (26). Por una Orden de 31 de agosto de 1930 se constituye el "Centro Oficial de Contratación de Moneda" que se enfrentará y tratará de contener una baja en la cotización exterior (27). Dentro de esta línea de política económica, el Alzamiento Nacional de 1936 establece en Burgos un "Comité de Moneda Extranjera" que por la Ley de 25 de agosto de 1939 se sustituye por el "Instituto Español de Moneda Extranjera", que funciona hasta la actualidad (27 bis). Dicho

(24) Cfr. OHLIN, *Mechanism and Objectives of Exchange Control*, en *American Economic Review* (1937); WEIDEN, *Foreign Exchange Restrictions*. New York, 1939; COHN, *Currency restrictions and the conflict of laws*, en *Law Quarterly Review*, 55 (1939) 552; ID, *Foreign Awards and Exchange Restrictions under German Law*, en *Journal Comp. Legisl. Intern. Law*, XXI (1939) 75; SOUTHARD, *Foreign Exchange Practice and Policy*. New York, 1940; RASHBA, *Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict Laws*, en *Michigan Law Review*, 41 (1943) 777 y 1089; TRIEFFIN, *National Central Banking and the International Economy*, *International Monetary Policies*. Washington, 1947; NUSSBAUM, *Exchange Control and the International Monetary Fund*, en *Yale Law Journal*, 59 (1950) 421; ID, *Money in the Law- National and International*. New York, 1950; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Fifth Annual Report on Exchange Restrictions*. Washington, 1954; KAHN-FREUND, *International Effect of Currency Restrictions*, en *Modern Law Review*, 3 (1939) 158; *The Treatment of Forcing Exchange Controls in the Conflict of Laws*, en *Virginia Law Review*, 34 (1948) 697; FRIEDMANN, *Exchange Control*, en *St. John's Law Review*, 26 (1951) 97; CABOT, *Exchange Control and Conflict of Laws: an Unsolved Puzzle*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 99 (1951) 476; MEYER, *Recognition of Exchange Controls after the International Monetary Fund Agreement*, en *Yale Law Journal*, 62 (1953) 867; MIKESELL, *Foreign Exchange in the post war world*. New York, 1954.

(25) BAUDOIN, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 151.

(26) Cfr. OLARIAGA, *La intervención de los cambios en España*. Madrid, 1929.

(27) Cfr. SARDÁ, *La intervención monetaria y el comercio de divisas en España*. Barcelona, 1936.

(27 bis) Cfr. VILLASANTE CEBRIÁN, *El control de divisas en España*. Madrid, 1943; DE MIGUEL, *Comercio de divisas. Su estructura y ordenación en Europa*.

Instituto, dependiente del Ministerio de Comercio, tiene una serie de facultades que se pueden agrupar en tres, principalmente: a) Facultad de intervención en el cambio extranjero; b) Centralización completa de todos los ingresos y pagos con el exterior y, como consecuencia, facultad de realizar las operaciones derivadas de ello; c) Facultades de autorización y reglamentación de las operaciones financieras que los particulares efectuarán con el exterior.

El régimen legal español es de los llamados flexibles y tiene un carácter fundamentalmente administrativo, según se deduce del modo de proceder el Estado en la reglamentación de sus normas y del contenido material de las mismas (28); complementariamente hay que ad-

---

Madrid, 1952; CASES y MARTÍNEZ DEL RINCÓN, *El régimen de control de cambios*, en *Las inversiones del capital extranjero en España*, Madrid, 1960, p. 227.

(28) La legislación fundamental dictada al efecto es la siguiente: Decreto-ley 14 marzo 1937, sobre cesión de moneda extranjera y valores; Orden 20 marzo 1937, sobre importación de divisas por extranjeros; Orden 12 enero 1938, sobre cesión de divisas procedentes de la venta de inmuebles sitos en el extranjero; Decreto 24 noviembre 1939, que aprueba los Estatutos del Instituto Español de Moneda Extranjera; Orden 31 marzo 1943, sobre el pago en pesetas a los exportadores del importe de sus aportaciones; Ley 31 diciembre 1944, sobre pagos en el extranjero y relaciones del Tesoro con el Instituto referido; Decreto-ley 21 febrero 1947, que hace depender al Instituto Español de Moneda Extranjera de la Subsecretaría de Economía Exterior; Orden 29 marzo 1947, que crea el Comité Permanente del Instituto Español de Moneda Extranjera; Orden 19 diciembre 1947, sobre venta de bienes y valores españoles en el extranjero; Orden 6 diciembre 1947, modificada por la de 30 enero 1948, sobre disponibilidades de divisas para el tráfico de viajeros a través de nuestras fronteras; Ley 4 marzo 1948, dando normas sobre cesión, depósito y disponibilidades de divisas, oro y valores de cotización internacional; Orden 12 mayo 1948, sobre rentas, valores y bienes de españoles radicantes en el extranjero; Decreto 3 diciembre 1948, sobre cambios especiales, exportación, importación, relacionándose con la Orden de igual fecha y de 5 enero y 7 octubre 1949; Decreto 21 julio 1950, sobre mercado libre de divisas, según Instrucción de 28 julio 1950; Orden 21 julio 1950, autorizando a los viajeros para entrar y salir del territorio nacional con las cantidades de billetes del Banco de España que en la misma se señalan; Decreto 21 julio 1950 e Instrucción 28 julio 1950, sobre creación y funcionamiento del mercado libre de divisas en la Bolsa de Comercio de Madrid; Orden 3 agosto 1951, sobre divisas para los españoles que salgan al extranjero; Decreto 27 junio 1952, sobre importación de productos básicos para la economía nacional, inversión de saldos en pesetas; Decreto 26 octubre 1951, sobre modificación del mercado libre de divisas; Decreto 5 febrero 1954, autorizando el mercado libre de divisas en las Bolsas de Barcelona y Bilbao; Decreto 5 abril 1957, sobre unificación de los cambios aplicables a la contratación de divisas extranjeras; Decreto 5 abril 1957, sobre funcionamiento del mercado de divisas; Resolución 12 abril 1957, nuevas normas para operaciones en el mercado de divisas y anula las anteriores; Decreto 14 noviembre 1958, disponiendo que los Ministerios, Corporaciones locales, organismos económicamente autónomos y empresas subvencionadas no podrán comprometer ni celebrar contratos de suministros, obra, servicios o de otra naturaleza que impliquen pagos en moneda extranjera, sin previa conformidad del Ministerio de Comercio; Decreto 4 junio 1959, por el que se amplía el artículo 1.º del Decreto 14-XI-1958 a todos los actos administrativos o acuerdos de los Ministerios, Corporaciones locales, entidades estatales autónomas y empresas nacionales que puedan originar pagos en divisas extranjeras; Decreto-ley 21 julio 1950, sobre normas ordenación económica y cambio de moneda; Decreto-ley 27 julio 1959, sobre normas de inversión de capital extran-

vertir su carácter penal, dadas las sanciones que impone a sus infractores (29). Se trata, pues, de normas que se dirigen a conseguir un resultado inmediato (contener la salida de divisas y moneda al extranjero) y un resultado final (la defensa de la balanza de pagos) en beneficio de la comunidad nacional. Estas medidas, que responden a una técnica bancaria de economía dirigida, repercuten indirectamente en la celebración de los negocios jurídicos y particularmente en la ejecución o cumplimiento de los mismos. Estudiada ya la primera cuestión (30), nos resta por ver la segunda, especialmente cuando en el negocio intervienen extranjeros, residentes o no en nuestro ámbito nacional.

El cumplimiento de las obligaciones y contratos dentro de un régimen de control de cambios plantea una serie de cuestiones y problemas. Como advierte SCHOO (31), si una obligación ha sido estipulada en moneda extranjera, le está prohibido al deudor procurársela, y si se trata de moneda nacional, las leyes no le permiten exportarla, ni siquiera librarla dentro del país a un extranjero, sin previa autorización. Entonces, dentro de un régimen de control de cambios, ¿cómo se satisfacen los servicios de los empréstitos internacionales?; además, si el pago sin previa autorización es ilegal, ¿debe admitirse la imposibilidad para cumplir la obligación por parte del deudor?; ¿se trata real-

---

jero en empresas españolas; Orden 30 julio 1959, normas sobre supresión de reserva de divisas; Decreto 30 septiembre 1959, para desarrollo de preceptos sobre inversión de capitales extranjeros; Decreto 17 diciembre 1959, que regula las sociedades a las que se refiere el artículo 9 del Decreto-Ley 21-VII-1959, sobre ordenación económica en cuanto a determinados beneficios fiscales; Decreto 24 diciembre 1959, sobre normas complementarias respecto a inversiones de capitales extranjeros; Orden 24 diciembre 1959, normas sobre adquisición por extranjeros de valores mobiliarios de sociedades españolas; Orden 10 febrero 1960, normas relativas al Registro especial de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros; Orden 12 marzo 1960, sobre prórroga de plazo para la declaración de acciones, participaciones y otros títulos de empresas españolas propiedad de extranjeros; Ley 12 mayo 1960, sobre obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que atribuyan a extranjeros el dominio u otros derechos reales; Orden 2 junio 1960, que modifica la de 21 julio 1950, autorizando a los viajeros a salir o entrar con determinadas sumas de dinero; Orden 16 septiembre 1960, sobre aplicación de los tipos de cambio en las liquidaciones a practicar por impuestos sobre sociedades, sobre las rentas del capital, sobre los rendimientos del trabajo personal y sobre emisión y negociación de valores mobiliarios cuando las bases impositivas sean en moneda extranjera; Decreto-Ley 15 diciembre 1960, sobre control monetario.

(29) Los delitos monetarios se sancionan por: Ley 20 febrero 1942, en cuanto a la competencia del Juzgado y Tribunal de delitos monetarios por evasión de capitales; Decreto 20 febrero 1942, que sanciona el fraude de divisas; Decreto 11 diciembre 1951, que ratifica el vigor de la Ley 24 noviembre 1938; Orden 25 abril 1952, que interpreta el artículo 7 del Decreto 20 febrero 1942; Decreto 27 junio 1952, que sanciona la importación de productos básicos con pago en pesetas; Ley 20 diciembre 1952, que da normas para redactar el texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 septiembre 1953.

(30) Cf. BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII-1 (1960) 262 ss.

(31) SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, Buenos Aires, 1940, pág. 854 ss.

mente de un caso de fuerza mayor ante el cual debe inclinarse el acreedor?; ¿tienen las normas sobre divisas carácter de derecho público y obligan únicamente dentro del territorio del país que las ha dictado?; ¿podrán los jueces extranjeros negarles toda influencia sobre las obligaciones de Derecho privado?; ¿es decisivo el Derecho de la jurisdicción al que se halla sometida la obligación, según las reglas de Derecho internacional privado vigente en él?; si los individuos o las personas jurídicas deudoras tienen bienes en el extranjero, ¿podrán sus acreedores embargarlos, o debe estarse a la legislación de la deudora?; a falta de pago del deudor, ¿podrá el acreedor perseguir el cobro de su crédito contra las garantías reales o personales que se encuentran en el extranjero y que le son, por tanto, más accesibles?; prohibida la importación de billetes de Banco, aunque conserven dentro del país que los ha creado su curso legal, ¿podrán los deudores extranjeros de esa moneda liberarse hacia sus acreedores al entregar o consignar dicha moneda en el exterior?; y en el supuesto de moneda extranjera, ¿podrán hacerlo para con sus deudores domiciliados fuera del país en divisas reglamentadas?

Como puede advertirse, las cuestiones son múltiples y varias, pero en todas ellas late una principal: la de si es posible que se realice el cumplimiento de la obligación al quedar sometido el deudor de un modo general a la prohibición de realizar transferencias en el caso de que no se obtenga la autorización. Ahora bien, para poder responder a esta cuestión principal y a las demás que se han planteado es necesario, en primer lugar, delimitar el ámbito normativo por el que se rigen las obligaciones y, en segundo lugar, la legitimidad del régimen de control, con objeto de poder comprender en toda su amplitud la problemática del conflicto de intereses y su solución más justa.

## 2. EL ÁMBITO NORMATIVO Y LA LEGITIMIDAD DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS

En el ámbito cultural del mundo de nuestros días hay que referirse a dos esferas normativas dentro de las relaciones jurídicas: la nacional y la internacional. Dentro de la primera, la autoridad del Estado, a través de sus órganos legislativos, administrativos y judiciales, trata de lograr la más eficaz convivencia social; en la segunda, mediante principios de Derecho natural, normas superiores de convivencia interestatal (principios reconocidos con validez universal, normas paccionadas, tribunales internacionales), se trata de poder llegar a una mejor convivencia humana. Pero no siempre se conforman y supeditan las normas nacionales en función de metas más universales, sino que tratan de defender puntos de vista particulares en conformidad con las necesidades nacionales; son normas de carácter político, económico y religioso que defienden posiciones concretas.

Entre las normas de carácter político y económico están las normas que afectan al establecimiento del control de cambios que tienen

como finalidad influir sobre la balanza de pagos. Tal carácter económico es universalmente reconocido por los autores, aunque se ha discutido su carácter político. KNAPP (32) ha examinado la cuestión de si realmente las disposiciones legales sobre divisas son de naturaleza política *strictu sensu* o no, y observa que toda ley que no tiene únicamente por fin reglamentaciones de cuestiones puramente técnicas presenta un lado político, puesto que forma parte de una legislación general que encuentra su fundamento en la organización misma del Estado. En este sentido, dice, el Código civil francés, como el suizo y como el soviético, tienen carácter político. Cuando hablamos de una ley o de una medida política comprendemos, en cambio, una ley o una medida directamente contraria a los principios de Derecho vigentes en el Estado que las ha sancionado. De aquí que este autor concluya que las leyes sobre divisas no pueden ser políticas y, por tanto, excepcionales, puesto que alcanzan a cualquier persona o Estado y forman parte del Derecho público regular del país que las ha sancionado. Aunque de esto no se sigue que los tribunales extranjeros deban tenerlas en cuenta, pues el orden público local puede oponerse a que se les dé validez.

Las normas sobre control de cambios, al ser dictadas por un Estado concreto, afectan principalmente a una comunidad nacional y, por tanto, su alcance está dentro de su soberanía territorial; ahora bien, su carácter gubernativo restringe para algunos autores el alcance de su aplicación. Frente a esta opinión, MEZGER (33), KNAPP (34) y SCHOO (35) creen que tal caracterización es muy vaga, puesto que muchas disposiciones civiles se explican por razones administrativas e políticas y se las aplica aun fuera del territorio en que se hallan vigentes. Además, el régimen de control al afectar a los ciudadanos nacionales residentes en el extranjero, así como a los extranjeros residentes o domiciliados en donde rija el control, ha de concluirse, con NUSSBAUM (36) y PERRAUD (37), que se trata de un moderno tipo de legislación completamente extraterritorial.

El control de cambios se basa en un interés nacional y la prohibición que se establece a los deudores locales de efectuar pagos a los acreedores extranjeros, sin tener los permisos o autorizaciones previas de cambio, constituye una característica esencial del sistema. Esto revela, por otra parte, cómo la política de un país en materia de control de cambios puede resultar incompatible con los intereses de otros países. Por eso, cuando ha surgido algún conflicto se ha invocado por los tri-

---

(32) KNAPP, en *Chunet*, 65 (1938) 967 n. 6, y también *La notion de l'ordre public dans les conflits des lois*, pág. 149.

(33) MEZGER, *Les mesures du contrôle des changes et les principes du conflit de lois*, en *Nouvelle Revue de Droit International privé*, IV (1937) 546.

(34) KNAPP, *op. cit.*, pág. 967.

(35) SCHOO, *op. cit.*, pág. 868.

(36) NUSSBAUM, *Money in the Law National and International*, cit., pág. 485.

(37) PERRAUD, *De l'extension extraterritoriale des lois de police comme conséquence de l'autonomie de la volonté*, en *Chunet*, 33 (1906) 34.

bunales (38) y la doctrina (39) el argumento de "orden público" que exime y prescinde de las normas establecidas por el sistema de control de cambios vigente en el extranjero.

Lo que sea "orden público", hemos de advertir con SCROO (40) y OBERSON (41) que es una de las nociones más complejas y menos delimitadas que existe en el ordenamiento jurídico, pues no está definida en ningún cuerpo legal y se puede decir que su carácter más relevante es la imprecisión. Su concepto se halla influido por las tendencias jurídicas de cada época que el juez aplica cuando una ley extranjera contradice abiertamente su honesta convicción jurídica fundada en su legislación y en los conceptos de Derecho que están en vigor. Para NUSSBAUM (42), el orden público es unilateral y automotivado; no hay ni inconsecuencia ni hipocresía en el hecho de que un tribunal no aplique las medidas extranjeras lesivas al foro, aunque éste haya dictado o sancione en el futuro medidas similares lesivas a otros. El concepto de orden público no tiene una estructura moral o ética. Sólo puede decirse que cuando los órdenes públicos chocan, el

(38) Para Francia, cfr. *Apel. Paris*, 20 julio 1939, en *Revue de Science et Législation Financières*, XXXVII (1939) 608. Para Italia, cfr. *Cass. it.*, 30 julio 1937, en *Foro Italiano*, I (1937) 203. Para Alemania, cfr. *Reichsgericht*, 3 octubre 1923, en *Reichsgerichtszeitung*, 108 (1924) 241, y NIEDERER, *Das Problem des ordre public in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts*, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 68 (1949) 274. Para Suiza, cfr. *Trib. Feder.*, 18 septiembre 1934, en *Amtliche Sammlung*, II (1934) 294, y GUTZWILLER, *Der Ordre Public im schweizerischen Internationalprivatrecht*, en *Mélanges G. Streit*, I (Athènes, 1939). Para Holanda, cfr. *Hooge Raad*, 26 mayo 1939, en *Niederlandische Jurisprudentie* (1939), 1386. Para Austria, cfr. *Supr. Cort.*, 10 diciembre 1935, en *Die Rechtsprechung* (1936), 22.

(39) Cfr. BARTIN, *Les dispositions d'ordre public*, en *Revue de Droit International et de Législation comparée* (1897), 392; FEDOZZI, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, en *Chunet*, 24 (1897) 497; RAPISARD-MIRABELLI, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*. Catania, 1908; FINK, *Die Prinzipien des internationalen Privatrechts und die Vorbehalts-Klausel*, en *Niemeyers Zeitschrift* (1913); SALVIOLI, *Causa illicita nei contratti e ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, VII (1914) 225; BRAND, *Die Schutzfunktion des Ordre Public in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, en *Deutsche Rechtszeitschrift* (1948), 377; VALLINDAS, *La réserve de l'ordre public en droit international privé*, en *Revue Hellénique de Droit International*, 3 (1950) 270, y en *Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, XVIII (1953) 1; WESENBERG, *Derivrecht und Ordre Public*, en *Juristische Rundschau* (1951), 433; PHILONENKO, *La notion de l'ordre public international*, en *Chunet*, 79 (1952) 780; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *L'ordre public en Droit privé interne*, en *Études de Droit civil à la mémoire de H. Capitant*, pág. 381; SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, en *Rivista di Diritto internazionale*, XXXVII (1954) 82; BARTOLOME, *Ancora sull'ordine pubblico nel diritto internazionale privato*, en *Il Foro Italiano*, LVVVI (1956) 553; OBERSON, *L'ordre public en matière monétaire*. Freiburg im der Schweiz, 1956; BELLINI, *Sul funzionamento dell'ordine pubblico quale limite all'efficacia in Italia di situazioni giuridiche estere, astratte o concrete*, en *Rivista de Diritto Internazionale*, XL (1957) 589

(40) SCROO, *op. cit.*, pág. 905.

(41) OBERSON, *op. cit.*, pág. 8.

(42) NUSSBAUM, *Money in the Law*, cit., pág. 489.

tribunal aplicará el orden público del foro con preferencia a cualquier otro.

Especialmente son los tribunales ingleses quienes son contrarios al uso del concepto de orden público y sus variantes, aunque en menor grado los tribunales americanos (43). A pesar de todo, los tribunales angloamericanos, en su mayor parte, han llegado al no reconocimiento de las restricciones extranjeras de cambios y han aplicado su propio derecho.

Los tratadistas, en general, creen que en esta materia no se puede ser exclusivista y unilateral (44). De aquí que sea de gran importancia al examen por el juzgador de las condiciones en que ha sido dictada una ley de control de cambios, el estudio de las circunstancias concretas del caso y, en particular, del perjuicio causado a los intereses de los ciudadanos de su propio país, para inferir de allí si ha habido o no violación del orden público local.

Es LEMKIN (45) quien plantea la cuestión en su verdadero terreno, al establecer, no la defensa del Derecho extranjero —las prescripciones de los Códigos civiles que declaran la nulidad de los contratos concluidos *in fraudem legis* sólo conciernen al Derecho nacional—, sino la protección del orden público de la *lex fori*, para lo cual debe comenzarse por establecer si tales convenciones son contrarias a la concepción de las buenas costumbres reinantes en el país del tribunal llamado a entender en un caso de esta naturaleza.

En cuanto al régimen de control de cambios español hay que señalar la legitimidad con que ha sido implantado y el correcto orden público internacional a que responde tanto en lo que atañe a la situación en que fué establecido (contener una baja de la moneda exterior) y mantenido (la falta de reservas oro, por saqueo internacional, y destrucción de la balanza de pagos por la guerra civil), como por el carácter general y no discriminatorio con que fué proclamado. Tenía una plena justificación, puesto que se inspiraba en la defensa de los intereses públicos y del bien común; respondía a la finalidad de mejorar la vida económica del país y atendía a la necesidad de mantener nuestra peseta con la dignidad de rango que hasta entonces se había caracterizado. Se trataba, pues, de unas medidas establecidas con alcance general para todos los españoles, domiciliados o re-

---

(43) Cfr. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1935); NUTTING, *Suggested limitations of the public policy doctrine*, en *Minnesota Law Review*, 19 (1935) 196; RASTHA, *Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict of Laws*, en *Michigan Law Review*, 41 (1943) 777, quien manifiesta que esta doctrina destruye los derechos adquiridos.

(44) Según NIBOYER, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, XXXI (1936) 859, "el orden público de cada país, depende rigurosamente del Juez". También KUTTLER, *Zur Frage der Beschränkungen der Funktion der ordre public im internationalen Privatrecht*, en *Schweizerische Juristenzeitung*, 47 (1951) 149.

(45) LEMKIN, *La réglementation des paiements internationaux*. París, 1939, pág. 363. Antes, HARTMANN, *Internationale Goldschulden. Beitrag zur Rechtslehre vom Gelde*. Freiburg, 1882.

sidentes en España y en el extranjero, y para quienes gozando de la nacionalidad española (como las personas jurídicas) residan u operen en nuestra área monetaria.

Es un fenómeno ya conocido que tales medidas de control afectan a determinados sectores privados al restringir su autonomía en lo que afecta a la disposición de divisas y su transferencia al exterior; pero intereses más generales y legítimos reclaman que los intereses particulares se dobleguen y cedan en sus pretensiones. Veamos, pues, cómo el régimen de control de cambios afecta a la autonomía de las partes y a qué límites la ajusta.

### 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA LEY APLICABLE A LA MONEDA DE PAGO

Al ser las normas de control de cambios de carácter imperativo y general, en cuanto medidas restrictivas que señalan unos determinados requisitos en lo que afecta a la traslación y salida del oro, valores, divisas y moneda nacional, es indudable que repercuten en las esferas de la contratación privada (civil y mercantil), tanto nacional como extranjera o internacional. Toda la gama de obligaciones y contratos con prestaciones monetarias vienen a quedar afectados cuando el cumplimiento de dicha prestación de dinero suponga una traslación fuera de la competencia o autoridad del Estado que la gobierna, ya se trate de una relación entre nacionales o residentes, o entre un nacional o un residente extranjero. Por lo tanto, el control y sujeción a unas determinadas normas supone una restricción en la libre autonomía de las partes que pretenden realizar un contrato implicative de traslación de dinero o divisas.

Sin embargo, es necesario distinguir bien entre las medidas restrictivas que subordinan a las partes al cumplimiento de una formalidad legal (obtención de una autorización) y las relaciones o convenio existentes entre el deudor y el acreedor. En otro lugar (46) ya examinamos las consecuencias que implica el carácter administrativo y penal del régimen de control de cambios en lo que respecta a la cuestión de la nulidad o validez de un negocio jurídico contraído por las partes sin previa autorización gubernativa. Entonces concluíamos que el negocio era válido porque no vulnera ninguna disposición que vaya contra la esencia del contrato, puesto que las disposiciones que norman el control de cambios no regulan los elementos constitutivos del negocio jurídico, ni alteran ni sustituyen sus normas comunes o sustantivas. Es que las normas de control tan sólo se refieren a un aspecto parcial de los mismos contratos y ello de un modo indirecto al decidir de una manera realista la sanción de una pena a quien transgreda el hecho de la traslación de moneda o divisas fuera del ámbito de poder

(46) Cfr. BONET CORREA, *op. cit. passim*; MEZGER, *Les mesures de contrôle des changes et les principes du conflit des lois*, en *Nouvelle Revue de Droit International privé* (1937), 536.

del Estado. Se trata, pues, de imponer y sancionar unas determinadas condiciones de hecho con una finalidad económica que repercuten sobre el ejercicio de los derechos y obligaciones que implican una transmisión de dinero (moneda, divisas, valores, etc.). Jamás se pretendió por ninguna legislación de divisas el alterar el régimen de los contratos o de los negocios jurídicos; simplemente se pretendía someter a control y vigilancia la salida de divisas o moneda, pues de lo contrario se hubiera dado un golpe muy duro a la contratación patrimonial, aunque de hecho quedase muy restringida en su volumen y tráfico a determinado ámbito de negocios. Haber dispuesto o sancionado la nulidad de los contratos u obligaciones contraídas hubiera supuesto la paralización total del tráfico comercial y civil, tanto en la esfera nacional como internacional. Se prefirió elegir otro camino: el de sancionar penalmente aquellos actos y negocios que infringiesen el control, bastando la pena como medida intimidativa y la multa como medio recupearatorio para conseguir la finalidad pretendida.

La autonomía de las partes no se restringe en lo referente a las posibilidades de celebración del negocio, sino en cuanto afecta indirectamente a su resultado o cumplimiento, ya que en las obligaciones de prestación monetaria el objeto principal de dicha prestación queda sujeto, en cuanto a su traslación, a los límites que le impone la autorización gubernativa. De la autorización depende, en definitiva, la licitud del negocio, pero nunca su validez; en regímenes flexibles de control, como el español, la autorización permite tan sólo la viabilidad del negocio. La doctrina científica, desde RANELLETTI, ha usado el término "autorización" para indicar la habilitación pública para el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente. VIGNOCCHI (47) afirma que la noción de autorización deducida de la doctrina imperante en estos últimos decenios se compendia en los principios siguientes: la autorización es un acto autónomo, una manifestación jurídica de voluntad con funciones no constitutivas de un derecho unido pero consistente en una "remoción de límites" para el ejercicio de un derecho preexistente. Tiene una finalidad marcadamente de interés público social y habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la Administración que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo.

Se llega a una conclusión, y es que una de las características más sobresalientes que el régimen de control de divisas trae consigo es la restricción del ejercicio de los derechos privados en materia de obligaciones monetarias que impliquen movimientos de capitales y mercancías. Indirectamente, todos estos actos de prestación monetaria que tienen un alcance más allá de las fronteras de la comunidad nacional vienen sujetos al requisito de la autorización que, aun sien-

(47) VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*. Padova, 1944.

do simplemente formal, por su fuerza real afecta a la ejecución del negocio, lo que en definitiva supone atacar el ser y principal efecto del contrato, por lo menos para aquella de las partes que ha de recibir la moneda como contraprestación debida.

Con MESSINEO (48) diremos que resulta reducida la esfera de autonomía de la voluntad a consecuencia de las prescripciones gubernativas en lo que se refiere a la utilización por los particulares de los medios de pago. Sin embargo, el deudor que se ha obligado, ya con anterioridad al régimen de control o al margen del mismo, sin haber puesto la condición de la concesión de la autorización gubernativa, no queda exonerado hacia el acreedor extranjero, ni deja de ser deudor del cambio extranjero que constituye el objeto de la obligación.

La conclusión es que desde el punto de vista del Derecho privado, y en sistemas como el español, francés, belga, italiano y alemán, la necesaria obtención de una licencia o autorización para importar o exportar mercancías o para la transferencia de dinero o divisas, afecta tan sólo a un aspecto particular de la relación u obligación contratada: la ejecución de la misma (la posibilidad de la entrega de la moneda específica), pero nunca a la libertad de su formación o disposición. La autorización sólo se refiere a la operación material de traslación de la moneda, pero no a la validez del contrato. A este propósito, ROBLOT (49) cita la sentencia de 27 de enero de 1947 que manifiesta: "La Sala no pone en duda la validez de un contrato de venta libremente concluído entre una sociedad francesa y una sociedad belga; lo que es necesario examinar son las consecuencias de la falta de su realización, por alegar la sociedad francesa la imposibilidad de obtener la licencia de exportación que era necesaria".

Resulta, pues, que la validez del contrato es indiscutible; el problema está en ver quién debe soportar las consecuencias de la inejecución y saber si aquélla fué posible. La distinción entre el *acto de disposición* (que tiene validez por sí mismo) y *su realización* (sometida a una autorización) es clara (50). Sin embargo, no cabe duda que el régimen de control perturba y llega a modificar, según veremos, las condiciones de ejecución de Derecho privado a consecuencia de las medidas de control real que se imponen (intermediación de un organismo oficial, domiciliación, etc.). De este modo la intervención puede ocasionar la modificación de ciertas condiciones de pago que las partes no habían previsto respecto de la fecha, el lugar y, sobre todo, de la moneda de pago.

(48) MESSINEO dice que los controles preventivos, y la necesidad de autorización para el ejercicio de actividades económicas y planes económicos que el Estado promueva, determinan una restricción directa del libre juego de la voluntad de los contratantes.

(49) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 29.

(50) En la doctrina belga cfr. VAN HOUTTE, en *Pandectes Périodiques* (1938), 111 y en *Répertoire Pratique du Droit belge*, XI (1940) 182. Sobre la necesidad de obtener una licencia para poder efectuar el pago, cfr. UNITED STATES, *Supreme Court, Trial Term, New York County*, Part XI, 20 febrero 1948, en *Annual Digest of Public International Law Cases* (1948), 18.

En el ámbito del Derecho internacional privado también hay que distinguir lo que se refiere a la formación del contrato y lo que atañe a su ejecución. En la formación del contrato se opera con la autonomía de la voluntad libremente, reconociéndose a las partes la posibilidad de determinar la ley aplicable; no obstante, la *lex loci solutionis* impone también sus normas. De aquí que la doctrina trate de discriminar cuál sea la ley aplicable (51): a) La ley que rige la obligación. b) La ley del lugar del pago. c) La ley de la moneda estipulada.

a) En cuanto a la ley que rige la obligación, la jurisprudencia da a la autonomía de la voluntad unos amplios límites en materia contractual y deja a las partes la elección de fijar la ley que rige el contrato (52). De este modo se ha llegado a dar un puesto secundario a la ley que gobierna el empréstito o las obligaciones contraídas. A menudo se olvida que la ley que preside el contrato tiene una importancia de primer plano en todo lo relativo al examen de los problemas vinculados a la moneda de pago y debe ser considerada antes que cualquier otro problema. La validez de las cláusulas de una obligación, en efecto, se haya subordinada a la observancia de las disposiciones imperativas de esta ley que tiene valor internacional (53).

Aquí es necesario hacer un distingo fundamental, que ya el "Tribunal Permanente de Justicia Internacional" puso de relieve muy atinadamente: el que se refiere a la *sustancia de la deuda* y el que atañe a las *modalidades de pago* (54). La primera tiene en cuenta el conjunto de circunstancias y condiciones dentro de las cuales las partes se encuentran jurídicamente ligadas, tales como la formación del contrato, las condiciones de existencia y validez, la determinación de la naturaleza jurídica de la deuda y su extensión. Las segundas, o modalidades de pago, conciernen a las condiciones en las cuales el deudor deberá cumplir su obligación, tales como la determinación de los signos monetarios con que habrá de liberarse, su cuantía, etc. Ello es así, puesto que, como hace ver BROGGINI (55), no siempre una obligación o contrato se encuentra sometido a una ley única. El mismo "Tribunal Permanente de

(51) Dice PIERRE LOUIS LUCAS, *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, en *Etudes de Droit civil à Capitant*, página 649, que la autonomía de la voluntad es una expresión que no tiene significado idéntico en Derecho privado interno y en Derecho internacional privado. Y. NIHOYET, *Manuel de Droit international privé*. París, 1928, pág. 789, la define como el derecho reconocido a las partes para elegir la ley competente en esta materia. También GAMILLSCHIEG, *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiville im internationalen Vertragsrecht*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 157 (1958) 303.

(52) Cfr. SERRA, *Il problema dei limiti alla libertà di scelta delle parti nella designazione della "lex contractus"*. Milano, 1948.

(53) Cfr. DE NOLDE, *La détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre impératif*, en *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1925), 66.

(54) Véanse los célebres fallos a propósito de los empréstitos serbios y brasileños: *Public. Offic.*, serie A, n.º 20-21, cit. por SERRA, *op. cit.*, pág. 13, n. 24.

(55) BROGGINI, *Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*. Freiburg im der Schweiz, 1951.

Justicia Internacional" tiene declarado que "es bien posible que la misma ley no rija la obligación en todas sus partes; la distinción que parece imponerse para resolver el caso, es especialmente la de la sustancia de la deuda y ciertas modalidades de su pago." Incluso partidarios de la ley única, como NIBOYET (56), admiten derogaciones a la regla, especialmente en materia de pagos.

En todo lo concerniente a la sustancia de la deuda, el juez deberá buscar la ley aplicable al contrato conforme a los principios ya expuestos y de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso. Si bien se ha querido encontrar por los internacionalistas una regla única para determinar esta ley —ley del lugar de conclusión del contrato, del domicilio o del asiento social del deudor— sobre un solo punto el acuerdo es unánime: un Estado no puede hallarse sometido a otra ley que la propia en lo concerniente a la sustancia de la deuda, a menos de estipulación expresa en contrario.

Las modalidades de pago se encuentran, pues, sometidas a la *lex loci executionis*, es decir, a la ley del país donde éste será cumplido, ya que el lugar de pago determina la moneda en la cual será realizada la obligación (57).

b) Respecto a la ley del lugar de pago, es necesario advertir que con el fin de asegurar el éxito de las emisiones, las colectividades deudoras en busca de capital extranjero estipulan con frecuencia que el pago de los cupones y el reembolso de los títulos será efectuado en el país donde tratan de hallar los suscriptores, lo que en ciertos casos puede ser un elemento de gran interés para concluir satisfactoriamente la operación. Otras veces nada se dice, y entonces hay que determinar cuál será la ley aplicable.

En el primer caso, la intervención de la ley del lugar de pago es indiscutible y se justifica fácilmente por consideraciones de orden público, porque en este lugar es donde la moneda estipulada será librada por el deudor y es en el mismo lugar donde también el acreedor deberá aceptar el pago. Ahora bien, como el pago no puede realizarse válidamente más que en la moneda cuya circulación esté permitida en el territorio del Estado donde éste tiene lugar, es incontrovertible la necesidad de respetar las leyes de interés general dictadas en ese país, como las de curso legal y curso forzoso.

En el segundo caso, cuando nada se haya estipulado acerca del lugar del pago, la obligación se ha de regir por las normas del domicilio del deudor, respetándose igualmente la legalidad que vige para el curso legal y obligatorio.

Es una regla universalmente admitida en Derecho internacional pri-

---

(56) NIBOYET, *op. cit.*, pág. 1.

(57) Cfr. BETTI, *Autonomia privata e competenza della "Lex loci actus" nelle obbligazioni civili e commerciali*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, IX (1930) 3; ZANNINI, *Efficacia della "lex loci executionis" nel regolamento internazionale privatistico delle obbligazioni contrattuali*, en *Annali di diritto internazionale*, IX (1949) 79.

vado que las leyes sobre las modalidades de pago rigen para todos aquellos que han de efectuarse en el territorio donde han sido dictadas. Por eso, el pago efectivo se realizará en dicho territorio y no podrá llevarse a cabo en otra moneda que la admitida por la ley del lugar; además, como los tribunales no pueden en general pronunciar condenas que no sean en moneda nacional, será absolutamente en dicha moneda con la que el deudor deberá pagar, aunque se tenga en cuenta el cambio (58).

c) No siempre la ley del lugar del pago se amalgama con la de la divisa estipulada, lo que plantea una interrogante: ¿En qué medida las prescripciones monetarias del Estado, cuya moneda se ha adoptado, deben ser reconocidas y aplicadas por el juez extranjero?

Por razón de su importancia, las prescripciones que reservan al Estado el derecho de reglar el régimen monetario suelen hallarse contenidas en su Constitución, leyes fundamentales o administrativas, atribuyéndoseles también el carácter de disposiciones de orden público, en el sentido de que tienen aplicación absoluta en el territorio del Estado que las ha sancionado.

Los internacionalistas suelen mantener que las partes que contraen las obligaciones en un determinado país o de una persona de aquél, en cierto modo se confían a la legislación del Estado cuya unidad han adoptado. Por tanto, no son necesarias declaraciones especiales de voluntad para decidir que por el solo hecho de estipular las partes en moneda del Estado X, se someten a su legislación monetaria (59). Los tribunales extranjeros, entonces, aplicarán la ley de la divisa estipulada en el contrato, con la reserva, naturalmente, de que no sea contraria a las disposiciones de orden público vigentes en su propio territorio.

Ahora bien, en el caso de capitales extranjeros que operen sobre un territorio nacional cuyas obligaciones incluso hayan sido contraídas en el extranjero y en monedas o divisas extranjeras, decide la ejecución de sus obligaciones la situación jurídica del domicilio y las leyes de orden público del lugar de inversión o plena dedicación industrial. El sentido realista hoy imperante en el Derecho internacional privado ha desbordado los conceptos y modos tradicionales de entenderlos; tal ocurre con la calidad de "nacional" y de "extranjero", de "domicilio" y de "residencia". Como advierte SCURO (60), todos los sistemas dejan de lado el criterio de la "nacionalidad política", pues conforme a los principios adoptados por las modernas legislaciones, la facultad de ejercer una actividad económica en tal o cual país no depende de la posesión de una determinada nacionalidad. El criterio uni-

(58) Cfr. LENNON MC NAIR, *Rate of Exchange in English Judgements*, en *Law Quarterly Review* (1921) 40; KOERSNER, *Étude des questions des changes*, en *Memoire présenté à la Conférence de l'International Law Association* (1926), 18.

(59) Cfr. PERRAS, *La monnaie de paiement des emprunts extérieures*. Thèse. Dijón, 1932, pág. 79.

(60) SCURO, *op. cit.*, pág. 859, n. 2359.

versalmente aplicable —añade este autor— es el del domicilio o asiento social de las personas (físicas y jurídicas) interesadas. Así, por ejemplo, no existe una definición de la “residencia habitual” como determinante de su nacionalidad; es una cuestión de hecho que suele dejarse a la libre apreciación de la Administración o de los tribunales.

En la práctica francesa son considerados como “residentes” los extranjeros que hayan establecido su domicilio en Francia antes del 10 de septiembre de 1939 y que tengan un centro de actividad. Por lo que respecta a las personas jurídicas, es el lugar de su establecimiento, en donde realizan las operaciones de explotación, el que determina la nacionalidad de dichas personas (61).

Entre nosotros (62), la “residencia” es una palabra de origen latino que indica la permanencia más o menos continuada en un punto y que, según la extensión, actos que se realizan, condiciones y ánimo deliberado del residente, ha sido siempre el origen del domicilio. Del mismo parecer es el Tribunal Supremo (63) cuando en la actualidad confirma que la residencia habitual determinante del domicilio, conforme al artículo 40 del Código civil, supone, no la permanencia más o menos larga en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse definitivamente en él (64). Tal sentido voluntarista y realista es también adoptado por la legislación de control de cambios al alcanzar a los que “residan u operen en territorio español”. Además, las personas jurídicas extranjeras, a tenor del artículo 15 del Código de comercio quedan sujetas a las disposiciones de nuestro Código en todo lo concerniente a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación (65).

(61) Cfr. RAVINOVITCH, *Nouveau régime des paiements dans la zone franc et ses répercussions sur l'exécution des contrats*, en *Journal des Notaires* (1955), 177. Respecto a otros países, cfr. ROCCHI, *In tema di sede legale e sede effettiva della società*, en *Giurisprudenza Toscana* (1951), 302; SCHLLING, *Sede secondaria e società figlie nel diritto tedesco*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* (1955), 147; GEGOUT, *Filiales et groupements des sociétés*. Thèse. Paris, 1929; S. E. G., *Interpretation of "Holding Company" and "Affiliate" under the Public Utility Holding Company Act*, en *The Yale Law Journal* (1942), 1018; KRONSTEIN, *The Nationality of International Enterprises*, en *Columbia Law Review* (1952), 983.

(62) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.<sup>a</sup> ed., II (Madrid, 1881-1890) 341 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, en *Información Jurídica*, 37-38 (1954) 71; también “La doble nacionalidad”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, I (1948) 77.

(63) SS. 17 septiembre 1858, 20 diciembre 1859, 6 febrero 1866, 17 enero 1868 y 19 marzo 1877.

(64) S. 18 septiembre 1947.

(65) Véase también el artículo 21 de la Ley mercantil y el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil.

#### 4. LA INFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE CONTROL SOBRE LOS ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES MONETARIAS

Ya hemos examinado cómo las medidas gubernativas del control de cambios influyen sobre las obligaciones y contratos dinerarios especialmente en cuanto al modo de ejecución. De aquí la necesidad de fijarnos concretamente en los tres puntos más afectados: en cuanto al *lugar*, en cuanto a la *fecha* y, sobre todo, en cuanto a la *moneda*.

En cuanto al *lugar*, se advierte cómo la reglamentación de cambios ha sometido el régimen de importaciones y exportaciones a la obligación de domiciliación. El importador debe escoger un intermediario que se encarga de reunir por cuenta del Instituto de Moneda correspondiente los documentos que puedan controlar las operaciones domiciliadas (conocimiento de embarque o de transporte, talones de facturación, etcétera) que son susceptibles de probar la realidad y la fecha de la expedición de mercancías o de su importación. La observación de las formas prescritas es indispensable para que el importador pueda obtener los medios de pago necesarios para llevar a cabo su operación. La intervención obligatoria de un Banco es una de las modalidades sobresalientes del sistema, los cuales actúan de intermediarios con un doble papel: al asistirles a sus clientes y guiarles en el cumplimiento de las formalidades y al facilitar a las autoridades de control la serie de operaciones financieras y complementarias.

La reglamentación española para la petición de moneda, en caso de importación o exportación, exige la domiciliación y prescribe que se declare bajo palabra de honor que, de acuerdo con los justificantes necesarios, se obligue el peticionario a no hacer aplicación de dicha moneda a fin distinto del expresado, y a facilitar sus libros y documentos para cuantas comprobaciones se consideren necesarias por el "Instituto Español de Moneda Extranjera" o sus delegados, quedando apercibido de incurrir en las penalidades que se determinan. Se prescribe, además:

- a) Que cada petición se refiera a una sola clase de moneda.
- b) Que el pago, si ha de efectuarse por *clearing*, debe acompañarse del formulario correspondiente.
- c) Los documentos que se unan a la petición serán siempre los originales.
- d) No se admitirá ninguna petición extendida deficientemente o a la que no se acompañen los documentos necesarios.
- e) Cualquier información sobre peticiones ya presentadas al Instituto deberá solicitarse por mediación del Banco intermediario.

En cuanto a la *fecha* en que ha de librarse el contrato, la reglamentación de cambios puede influir variando el tiempo de ejecución, establecido paccionadamente por las partes. En primer lugar, puede repercutir en cuanto a los efectos del cumplimiento por no realizarse en la fecha debida, al no librarse oportunamente por el Instituto controlador la autorización necesaria para obtener divisas. En segundo lugar, una fecha determinada puede tener distintos efectos por lo que se refiere a la conversión o cambio de la moneda pactada, o de la divisa pedida, en moneda nacional.

En cuanto al primer punto, según advierte ROBLOT (66), la intervención de la reglamentación de cambios hace que, en casi todos los países, el acreedor rehuse a toda acción de daños e intereses moratorios contra su deudor, pues la reparación por retraso se subordina normalmente a la existencia de una falta del deudor según los principios del Derecho común, ya que el retraso es imputable a las autoridades de control y no al propio deudor.

Respecto al segundo punto, nuestro Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de decidir. La sentencia de 3 de julio de 1936 estableció que la equivalencia o cotización de la moneda extranjera en pesetas será según el día del pago o de la demanda. Más concretamente, la sentencia de 23 de diciembre de 1954 expuso que, reclamada una cantidad en moneda extranjera o su equivalente en pesetas, esta equivalencia ha de fijarse al cambio oficial y en la fecha del emplazamiento del demandado. De un modo general, la sentencia de 9 de noviembre de 1957 decide que la cotización de moneda extranjera ha de ser la que rija al momento del pago.

En cuanto a la *moneda* es donde han surgido mayores dificultades. Los regímenes de control, desde su gama más rígida hasta la más flexible, han comenzado por el bloqueo, el depósito y la requisita de moneda y divisas en provecho de la colectividad nacional (67).

El bloqueo ha venido ligado a las circunstancias de guerra y se le dió un carácter provisional. Tal ocurrió con las "Freezing Order" de 1940 dadas por los Estados Unidos para impedir a las potencias del Eje utilizar los valores americanos (68). Igualmente el Gobierno español, por una Orden de la Presidencia de 16 de abril de 1937, en relación con la Orden de 22 de marzo del mismo año, disponía: "Todos los particulares, bancos, sociedades y demás entidades en general que, gozando de la nacionalidad española, residan u operen en el territorio ocupado o transitoriamente en el extranjero, deberán ceder, por medio de un banco operante en dicho territorio o directamente al Banco de España en Burgos (Comité de Moneda Extranjera), las divisas libres de su pertenencia, de acuerdo con la declaración presentada en el citado Comité, contra su equivalencia en pesetas, a los cambios que señala el artículo 1.º de aquel Decreto-ley." Por lo que se refiere al depósito a que se obligaba, el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937, en su artículo 3.º, manifestaba que "los individuos o entidades a que se refiere el artículo 1.º, deberán asimismo hacer entrega al Estado, en concepto de depósito, de todo el oro amonedado o en pasta que posean en España o fuera de la nación. El Estado facilitará a los interesados el oportuno resguardo acreditativo de la existencia del depósito. El Estado podrá disponer del oro depositado si altas conveniencias nacionales así lo

---

(66) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 41.

(67) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 34 y ss.

(68) Cfr. FREUTEL, *Exchange Control. Freezing Orders and the Conflict of Laws*, en *Harvard Law Review*, 56 (1944) 30.

exigieran, pero en ese caso se dictará y publicará previamente la oportuna norma y la forma de pago.”

En cuanto a la requisita, se puede advertir cómo el artículo 4.º del mismo Decreto-ley se impone diciendo: “Las personas individuales o jurídicas indicadas en el artículo 1.º quedan igualmente obligadas, a partir de la publicación del presente Decreto-ley, a poner a disposición del Estado, para los fines que éste conceptúe convenientes y previa, en su caso, la oportuna indemnización, los títulos de la deuda de naciones extranjeras y todos los valores mobiliarios extranjeros o españoles de cotización internacional que les pertenezcan, cualquiera que sea el lugar en que tales efectos radiquen.”

Todas estas medidas respecto de la moneda, divisas y valores muestran cómo se trataba de controles en beneficio de la comunidad nacional y cómo ha imperado un sistema de compensación y no de despojo. Únicamente se sometía a una disciplina la serie de relaciones que implicasen movimientos de divisas mediante la obtención de una autorización. Ello viene a influir en la contratación monetaria modificándola en dos direcciones: en cuanto al cumplimiento pactado libremente en moneda específica y en cuanto al cumplimiento de obligaciones conforme al régimen de control de cambios. Veamos cuáles son las consecuencias en uno y otro.

#### 5. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LIBREMENTE PACTADAS EN MONEDA ESPECÍFICA

Respecto a las obligaciones y contratos que se han contraído libremente en moneda específica, deben considerarse las dos situaciones en que se llevaron a cabo: a) cuando se han realizado antes de la implantación del régimen de control; b) cuando se han contraído prescindiendo de la reglamentación de control de cambios.

La primera cuestión, que afecta a las obligaciones y contratos celebrados con anterioridad al establecimiento del régimen de control, se resuelve conforme a los preceptos generales del Derecho común. Conforme al artículo 1.255 del Código civil español (similar al de otras codificaciones europeas), los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. De aquí que las obligaciones pactadas en moneda específica o determinada (dólares, francos, marcos, etc.) (69) serán válidas y eficaces, viniendo obligadas las partes al cumplimiento exacto de dichas obligaciones; al concretarse la moneda de pago lo que se pretende es una deuda de cantidad de dinero de una especie determinada, por lo que, como decía el brocardo recogido por SCACCIÀ (70), “*debitor debet solvere in moneta praecisa in qua est obligatus*”.

Es importante hacer notar, con NUSSBAUM (71), que la deuda

(69) Cfr. PINEDO, *Obligaciones en moneda determinada*. Buenos Aires, 1942.

(70) SCACCIÀ, *De commerciis*, 2, glosa 5, n. 102, cit. por ASCARELLI, *I de-*

de moneda específica adquiere un doble carácter, pues implica la combinación de una deuda de cantidad con una obligación de prestación de la cosa (la necesidad de procurar los signos monetarios concretamente fijados). No obstante, el pacto por el que se incorpora al contenido de la prestación un signo monetario concreto no determina que se desnaturalice la deuda como una deuda pecuniaria; sigue siendo una deuda de cantidad, aunque la cantidad aparezca referida a un signo monetario específico. Lo importante, pues, de la deuda de moneda específica es que se compone de una deuda de cantidad de dinero, porque si bien es esencial la entrega de un signo monetario determinado, éste funciona y actúa siempre con el contenido y función propia del dinero. Ello es importante a la hora de determinar las consecuencias que se producen cuando una moneda específica no puede ser obtenida o entregada.

La deuda de moneda específica se norma por nuestro Código civil en el párrafo primero del artículo 1.170, al manifestar: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada..." Por lo tanto, queda clara su admisión legal y la licitud de su establecimiento (72). Ahora bien, ¿qué consecuencias se producen cuando ha sido pactada una obligación de moneda específica en régimen de autonomía de libertad y debe cumplirse bajo el régimen de control de cambios? A tenor del propio artículo 1.170 del Código civil, en primer lugar, deberá entregarse la especie pactada, y al no ser posible entregar la especie monetaria elegida deberá entregarse la moneda de curso legal. Sin embargo, en los préstamos de dinero el artículo 312 del Código de Comercio toma en cuenta la diferencia de valor que puede existir entre una y otra moneda; en él se dispone que "si se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o beneficio del prestador". O sea, que el deudor cumple pagando con moneda de curso legal o forzoso, si bien se toma en cuenta el aumento o depreciación de su valor en el caso de que una especie determinada estuviese pactada. De este modo, la convención de una deuda en moneda extranjera resulta, en último término, un medio de expresión o cálculo del valor debido, de modo que el deudor pueda pagar en otra especie (la de curso legal) mediante la conversión

*biti di moneta estera*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I (1923), 445. También LOMONACO, *Dei valori permutabile e monetario per diritto romano, e dei patti contro il corso forzoso della carta moneta*. Napoli, 1869, pág. 36; GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*. Milano, 1960.

(71) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. argentina, de SCHOO, Buenos Aires, 1954, pág. 142.

(72) El Tribunal Supremo confirma esta norma. La sentencia de 29 octubre 1895 dice que el derecho concedido al comprador, de hacerse el pago en diversas clases de moneda, constituye un pacto lícito. La sentencia de 3 julio 1939 afirma que el pacto de pagar en moneda extranjera no es ilícito. También la sentencia de 3 julio 1943 confirmó que la admisión de la cláusula de moneda extranjera es válida, lícita y concorde con los artículos 1.255, 1.258 y 1.170 del Código civil.

adecuada. Los mismos argumentos adujo la sentencia de 10 de marzo de 1925 de nuestro Tribunal Supremo. Posteriormente, nuestro más alto tribunal (73) considera que convenida una cláusula de pago en moneda extranjera, y al no poder entregarse aquella determinada, se admitiese una cláusula valor moneda extranjera; se pasa así de una obligación en que la moneda extranjera está *in obligatione* (la llamada "cláusula de moneda extranjera") a otra en donde dicha moneda extranjera sirve de módulo de cálculo de valor, cuyo pago se efectúa en moneda de curso legal (la llamada cláusula de valor moneda extranjera"). Es que, como advierte el profesor GARRIGUES (74), la deuda de especie monetaria impuesta en francos, dólares, libras, etcétera) se transforma en deuda de suma de dinero y entonces se pagará en billetes del Banco de España. Ello es debido a que en la deuda pecuniaria el riesgo pasa íntegro sobre el deudor por tratarse de una deuda indestructible. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de abril de 1943, dice que "la deuda pecuniaria no se refiere a monedas individualizadas, como una obligación genérica cuya extinción por imposibilidad sobrevenida no está amparada por el artículo 1.105, conforme al principio "*genus nunquam perit*", implícito a contrario sensu en el artículo 1.182, en relación con el artículo 1.170, número 1, del Código civil".

A pesar de haberse modificado el sistema monetario español y el contenido a que responde el artículo 1.170 de nuestro Código civil, según advierte el profesor CASTÁN (75), no ha aparecido ninguna ley o reglamento que altere sus principios fundamentales. La Ley de 9 de noviembre de 1939 tan sólo se refirió a la moneda de curso forzoso, estableciéndose que los billetes del Banco de España han de ser forzosamente admitidos como medios legales de pago con pleno poder liberatorio. La legislación de control de cambios tampoco alteró lo anteriormente prescrito, pues si bien impuso ciertos límites y condiciones a la moneda extranjera, no prohibió su tráfico y contratación. Por lo tanto, no puede deducirse la ilicitud e invalidez de las obligaciones en moneda extranjera, como pretende cierto sector doctrinal español. Así, para BELTRÁN DE HEREDIA (76) resultan de imposible aceptación actualmente en España las obligaciones en moneda extranjera, en virtud de la prohibición legislativa vigente, sin permiso del "Instituto Español de Moneda Extranjera"; igualmente, para GARRIGUES (77) "estamos operando aquí con una hipótesis fuera de uso, ya que convertido hoy el billete de banco en nuestra patria y en otros países en dinero estatal de curso forzoso, la hipótesis de la deuda de especie mo-

(73) SS. 3 julio 1936 y 3 julio 1943.

(74) GARRIGUES, *Contratos bancarios*. Madrid, 1958, pág. 76.

(75) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 8.ª ed., III (Madrid, 1954) 269.

(76) BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, pág. 246.

(77) GARRIGUES, *El dinero como objeto de la actividad bancaria*, en *Revista de Derecho mercantil*, 67 (1958) 28 n. 39.

netaria, que se refiere precisamente a la moneda metálica, es una hipótesis puramente académica". Por último, PUIG BRUTAU (78) afirma que esta modalidad es radicalmente ineficaz y nula en España.

A nuestro juicio, estos autores están en un completo error, pues ni se trata de una hipótesis académica, ya que todos los días el supuesto de obligaciones en moneda específica se da en la contratación nacional e internacional, ni es radicalmente ineficaz o nula, pues la legislación por ellos invocada (de un modo general, sin concretar en qué artículo sea) no lo sanciona. Es más, parece afirmarse lo contrario (si del contexto general pretenden deducirlo) en todas las normas de control de cambios, al ser totalmente válidos los acuerdos estipulados, pues concedida la autorización nada obsta a su validez y cumplimiento. Es que estos autores no han visto bien que desde el punto de vista del Derecho privado, y en las legislaciones de tipo francés, como la española, la obtención de una licencia o autorización, según advierte ROBLOT (79), afecta tan sólo a la *ejecución del contrato*, pero no a su *conclusión*. Por otra parte, ya hemos demostrado para el régimen español (80) cómo no puede darse la nulidad del contrato establecido en contravención de las normas reglamentarias del control de cambios, pues sólo se alcanza una sanción penal. El propio Tribunal Supremo también lo advirtió muy bien cuando, en la sentencia de 4 de enero de 1951, manifestaba que "no puede apreciarse infracción de la Ley de 20 de enero de 1939 en los pronunciamientos de la sentencia recurrida, conforme a los cuales el pago del precio aplazado en la compraventa con cláusula oro o plata debe hacerse en billetes del Banco de España de curso legal y forzoso, pero con equivalencia al valor del oro o plata, de la relación indicada, sino que, por el contrario, se acomoda al cumplimiento de lo convenido lo preceptuado en dichas leyes". Y no puede alegarse que aquí se trata de una cláusula oro y no de moneda extranjera, pues ambas son cláusulas de estabilización con el mismo signo de defensa del valor que, por lo demás, el mismo Tribunal Supremo reconoce en otras ocasiones, afirmando que no siendo posible pagar con la moneda específica resulta como medio de expresión o cálculo de valor, de modo que el deudor pueda pagar en otra especie" (81); o que "resulta un criterio para la conversión a pesetas" (82); y que "lo pactado en dólares debe ser satisfecho de acuerdo con la cotización vigente" (83), o, ya que "si se entrega moneda extranjera con el deber de devolverla,

---

(78) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959) 338.

(79) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 29.

(80) BONNET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, *cit. passim*.

(81) S. 1 marzo 1925.

(82) S. 6 julio 1957.

(83) S. 3 octubre 1957.

ha de regir en primer lugar, de no ser ello posible, según la cotización que rija al momento del pago" (84).

## 6. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES AFECTADAS POR EL RÉGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS

La influencia que puede ejercer el régimen de control de cambios en cuanto a la liberación del deudor plantea las cuestiones siguientes: a) Saber cuál es la situación del deudor que ejecutó su obligación conforme a las modalidades impuestas por la reglamentación de control, en el caso de que difiera de las estipulaciones impuestas en el contrato; b) Saber si el deudor se considerara liberado al ejecutar su prestación en las condiciones convenidas en el contrato, sin atender ni observar las normas del control de cambios.

a) Respecto a la situación del deudor que ejecutó su obligación conforme a las modalidades impuestas por la reglamentación de control, pero diferenciando de las condiciones estipuladas en el contrato, los efectos son diversos según el tipo de legislación a que esté sujeto.

En las legislaciones de tipo francés (belga, alemana, italiana), como la española, el deudor que cumple con las prescripciones legales queda liberado, en principio, desde que ejecuta las prestaciones que se le imponen imperativamente por el régimen de control. ROBLOT (85) señala para el Derecho francés como, incluso, según el artículo 60 del Decreto de 15 de julio de 1947, "una obligación nacida con anterioridad a la fecha del presente Decreto... un residente queda obligado hacia otro... con una obligación en moneda extranjera que no sea el franco, liberándose válidamente, mediante autorización del Ministerio de Hacienda, al realizar a su acreedor en Francia con el equivalente de su deuda en francos... sobre la base del curso fijado en la fecha del cumplimiento". Dentro de esta misma línea están ciertas disposiciones dictadas por el régimen jurídico-económico español en su legislación común y especial. A este respecto, el artículo 1.170 del Código civil no fué derogado por ninguna de las disposiciones de la reglamentación del control de cambios; por tanto, el deudor que ejecutó su obligación no conforme a la moneda pactada, sino mediante la de curso legal, queda liberado.

En las legislaciones del tipo de la suiza se distingue, según afirma ROBLOT (86), entre las obligaciones de Derecho público (relaciones de las partes y de los organismos de control) y las obligaciones de Derecho privado (relaciones entre las partes solamente). Entonces el pago realizado por el deudor a través del Banco nacional, c de uno adjunto, extingue su obligación de Derecho público, pero no le libera en el plano civil respecto de su acreedor; por tanto, el

(84) S. 9 noviembre 1957.

(85) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 40.

(86) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 40.

deudor asume el riesgo de la pérdida del cambio en el caso de variación.

En cuanto al deudor extranjero, que por la ley del contrato o por la ley de ejecución se halle sometido al régimen de control, deberá, en primer lugar, tratar de cumplir su obligación específica mediante la petición de una autorización a fin de realizar concretamente su compromiso; sin embargo, denegada la autorización, o al no contar con divisas, no queda exonerado de su cumplimiento, alcanzándose la conversión de su deuda, según veremos más adelante, en moneda de curso legal (87). En la doctrina belga, VAN HECKE (88) advierte que cuando las partes realizan un pago conforme a los preceptos establecidos por el legislador de divisas, tanto sean nacionales como extranjeros, son válidos y eficaces por amoldarse a todas las prescripciones legales, así como a todos sus términos y extensión.

b) La segunda cuestión es saber si el deudor se considerará liberado al ejecutar su prestación en las condiciones convenidas en el contrato sin atender y observar las normas establecidas por el control de cambios. Entonces se advierten dos casos típicos: el del deudor (residente o no) que gira a su acreedor una suma de divisas extranjeras (monedas o billetes) conforme a la estipulación convenida, a pesar de que con arreglo a la legislación aplicable al pago impone una autorización o una conversión en moneda nacional; el del deudor que realiza el pago mediante una compensación privada.

Tanto en el primero como en el segundo caso, las legislaciones del tipo de la suiza, advierte ROBLOT (89), permanecen fieles, una vez más, a la distinción anteriormente descrita, o sea, que el deudor se libera respecto a sus relaciones de Derecho privado, pero no con arreglo a las de Derecho público; por tanto, debe efectuar una segunda entrega al Banco nacional suizo, sin perjuicio de las sanciones penales que se le impongan.

En las legislaciones de tipo francés (90), como la belga (91), la alemana (92), la italiana (93) y la española, el criterio general es que todo pago realizado por métodos o medios prohibidos, las autoridades monetarias pueden oponerse y exigir un pago oficial y legal, en caso de ser advertido. Se da, pues, una *repetitio*, careciéndose de *solutio retentio*, al producirse la retractabilidad del pago, puesto que se efec-

(87) Véase más adelante epígrafe 12.

(88) VAN HECKE, *Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales*, en *Annales de Droit et de Sciences Politiques*, XIV-4 (1954) 56.

(89) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 41.

(90) Cfr. BEQUIGNON, *La dette de monnaie étranger*. París, 1925, pág. 34; DEMOGUE, en *Revue trimestrielle de droit civil* (1926), 186.

(91) Cfr. VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 56 ss. y en *Revue de la Banque*, 12 (1955) 865.

(92) Cfr. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*. Tübingen, 1925, pág. 147.

(93) Cfr. ASCARELLI, *Pagamento in moneta estera e repetizione di indebito*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, II (1932) 1 ss.

tuó contra una prohibición legal, no pudiendo el acreedor reclamar a su acreedor aquello que ha pagado no liberatoriamente, puesto que según el brocardo "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (94).

En España, conforme a lo dispuesto en la Ley Penal y Procesal de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, en su artículo 1.º, apartado 5.º, se dispone: que al "no ceder al Comité de Moneda Extranjera, dentro de los ocho días siguientes a su adquisición, las divisas procedentes de exportaciones, ventas mobiliarias e inmobiliarias, remuneraciones de servicios y obras y, en general, las que deriven de cualquier acto a título oneroso o lucrativo", se reputará delito de contrabando monetario. Además, se dispone que las cantidades y efectos decomisados y las multas impuestas por virtud de esa Ley, se ingresarán en el Tesoro público. La necesidad del permiso o autorización para las importaciones y exportaciones conduce a que todo pago realizado sin la formalización de estos requisitos contravenga dichas normas y que carezca de efecto liberatorio legítimo.

#### 7. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMO CONSECUENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTROL

Implantado el régimen de control de cambios, los deudores que carecían de autorización para obtener o manejar divisas, lo cual les impedía el cumplimiento de sus obligaciones monetarias específicas, alegaban, como excepción fundamental que les exonera, la imposibilidad de realizar el pago. Pronto los tribunales extranjeros se encargaron de demostrar que la mayor parte de las veces la aludida imposibilidad de pago no era más que una disculpa de los deudores para eximirse de este modo del cumplimiento de sus obligaciones. Convencidos de tal criterio, y basados en el principio de indestructibilidad de las obligaciones pecuniarias, nos proponemos profundizar un poco más y hacer un análisis más detallado de la cuestión.

La tesis de la imposibilidad de pago o realización de la prestación es la reacción que oponen los malos deudores al no querer justificar sus pretensiones o someterse a las normas que disciplinan el control. Sin embargo, para PATTERSON (95) la doctrina de que la imposibilidad de la ejecución proporciona una excusa es, casi en su totalidad, una creación de los jueces del siglo XIX, pues el proceso de formación se halla todavía en germen. Y según WILLISTON (96), la defensa de la imposibilidad del cumplimiento es moderna y se encuentra en evolución.

A nuestro juicio, ya la jurisprudencia romana aportó las soluciones certeras de la imposibilidad del cumplimiento y a su tradición y direc-

(94) En contra del efecto liberatorio, cfr. LISON, en *Revue de la Banque* (1944), 56; VAN HOUTTE, en *Repertoire Pratique du Droit belge*, XI, 194. El Tribunal italiano de Génese, en sentencia de 30 julio 1953, vuelve a admitir la repetición, cfr. en *Giurisprudenza italiana* (1954), 1.2.1929.

(95) PATTERSON, en *Mélanges François Geny*, II (1935) 395.

(96) WILLISTON, *On Contracts*, III, § 1931, cit. por SCHOO, *op. cit.*, pág. 872.

trices hemos de atenernos. Para los jurisconsultos de Roma toda obligación imposible es nula: "*impossibile nulla obligatio est*" (97). Ahora bien, hay que saber lo que por imposibilidad se entiende. Tal imposibilidad puede ser física y jurídica; la primera procede de las leyes naturales absolutas; la segunda, cuando el obstáculo nace de la ley o de un principio jurídico. Sin embargo, como hacen ver los romanistas modernos (98), para alegar dicha imposibilidad se ha de referir a una objetiva y absoluta, la cual no se da cuando se trate de prestaciones imposibles para un deudor, pero no para otros, por lo que han de tomarse en consideración las dificultades del incumplimiento (99).

Pudiera alegarse que la imposibilidad del deudor de obligaciones de moneda específica nace de la ley de control de cambios, siendo de este modo objetiva y absoluta. Como hemos de ver más adelante, esta es la tesis que mantuvo SCALFATI, y es totalmente errónea porque desconoce el principio de convertibilidad de las prestaciones pecuniarias, universalmente recogido por todos los Códigos civiles del mundo y porque es esencial a las mismas (100). Así, en nuestro derecho positivo no se pueden aplicar las normas establecidas para las obligaciones inevitables o imprevisibles o en las que se destruyere o perdiera la cosa objeto de la prestación (arts. 1.105 y 1.182 del Código civil), ya que existe una norma concreta, como es el artículo 1.170 del Código civil que las exceptúa, al decir, "no siendo posible entregar la especie, en la moneda... que tenga curso legal en España". El precepto tiene una solución similar para las codificaciones de tipo latino (101).

Es que el carácter ultrafungible del dinero hace que se tome en consideración su no pericimimiento o indestructibilidad, pues como dice NUSSBAUM (102), responde a una necesidad jurídica y económica, y halla su complemento en las normas de ejecución forzosa, que someten la íntegra existencia del deudor a la satisfacción del acreedor de dinero. De aquí que cualquier riesgo que se produzca pese íntegramente sobre el deudor. Tal es el criterio de nuestro Tribunal Supremo al confirmar estos extremos en la sentencia de 27 de abril de 1943 diciendo que "la deuda pecuniaria no se refiere a deudas de monedas individualizadas, como una obligación genérica cuya extinción por imposibilidad sobre-

(97) Dig. 50, 17, 185.

(98) Cfr. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung*, en *Aus römischem und bürgerlichen Recht*, pág. 193 y *Origine de la règle "impossibile nulla obligatio"*, en *Mélanges Gérardin* (Paris, 1907), 473; LONGO, *Casi di impossibilità della prestazione nel diritto giustiziano*, en *Annali della R. Università di Macerata*, 11 (1934) 213.

(99) Dig. 45, 1, 137.

(100) Cfr. ASCARELLI, *Rattifica in tema di perimento di moneta*, en *Foro Italiano*, IV (1953) 64. Ahora en su obra: *Obbligazioni pecuniarie* (arts. 1277-1284), en *Commentario al Codice civile* a cargo de Scialoja y Branca. Bologna-Roma, 1959, pág. 343, cita a SCACCIA, § 2, glosa 3, n. 115, el cual decía que es una "*generalis consuetudo totius mundi*".

(101) Art. 1.277 del novísimo Código civil italiano; artículo 1.895 del Código civil francés.

(102) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de Sancho Seral. Madrid, 1929, pág. 130.

venida no está amparada por el artículo 1.105, conforme al principio *genus nunquam perit*, implícito *a contrario sensu* en el artículo 1.182, en relación con el artículo 1.170, núm. 1, del Código civil" (102 bis).

En materia de obligaciones dinerarias hay que tener muy en cuenta el principio universal de que el deudor debe responder de su solvencia en el lugar y tiempo de pago, no pudiendo acogerse a una imposibilidad de hecho que le impide procurarse las normas necesarias de la manera que él se había propuesto (103). De aquí que casi todos los tribunales en estos últimos treinta años hayan rechazado la imposibilidad de pago de las deudas pecuniarias como una disculpa de mal pagador (104); ello es debido a que la imposibilidad de pago no se encuentra justificada. Según advierte SCHOO (105), no hay que olvidar que en esta materia, por cuanto no hemos salido del cuadro de las obligaciones de dar sumas de dinero, ninguna legislación admite la excepción de imposibilidad de cumplimiento, ya que no nos encontramos ante una deuda de cosa cierta que perece por circunstancias fortuitas, sino ante una obligación de género y el género no perece.

Dentro del sistema del "Common Law", advierte NUSSBAUM (106), lo interesante y digno de destacar es que tanto los tribunales ingleses como los americanos aplicaron doctrinas enteramente distintas para juzgar hechos idénticos, intentando llegar al mismo fin, que era, sin duda, lo deseable: el tribunal norteamericano al puntualizar que la imposibilidad no constituye una defensa válida para no pagar obligaciones de suma; el tribunal inglés, al circunscribir la regla a los casos en que la prohibición se origina en la ley del lugar del cumplimiento (107).

La excusa de la imposibilidad de cumplimiento, pues, no es suficiente para dejar incumplido el contrato, si bien la excepción de fuerza mayor es oponible en Derecho internacional, a juicio de ANZILOTTI (108), quien entiende como una inculpable imposibilidad de la pres-

(102 bis) Cfr. PÉREZ SERRANO, *La imposibilidad de la prestación especialmente en la vida mercantil*, en *Cuestiones actuales de Derecho mercantil, montario y tributario* (Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona). Barcelona, 1944, páginas 31 y 44.

(103) Cfr. PROUDHOMME, *De la règle "le lieu de paiement détermine la nature de la monnaie"*, en *Journal de Droit international*, 52 (1925) 865; LIPPERT, *Code du droit international financier*. Bern, 1935, pág. 589.

(104) Cfr. DUVAL, *La monnaie à employer dans les paiements*. París, 1923; JEZE, *Les paiements internationaux*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 14 (1926) 165; JAUDEL, *Les paiements internationaux*. París, 1930; SEIGNOL, *L'option de change de place*. París, 1935.

(105) SCHOO, *op. cit.*, pág. 861. Ya GRUCHOT, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht*. Berlín, 1871 pág. 150.

(106) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional, cit.*, pág. 640. También GOTTSCHAK, *Impossibility of performance in contract*. London, 1938.

(107) Cfr. LEVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, en *Annales de Droit commercial* (1921) 279 y (1922) 41; DELCOURT, *Les procédés modernes de contrôle du change et leur application dans les pays anglosaxons*. París, 1936; TEDESCHI, *L'impossibilità della prestazione nel diritto inglese*. Roma, 1946.

(108) ANZILOTTI, *Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazio-*

ración, sobrevenida después de la estipulación del contrato. Sin embargo, el retardo injustificado en el cumplimiento de una obligación es ciertamente un hecho ilícito que implica resarcir el daño; al tratarse de una deuda de dinero líquida y exigible, al igual que en el resto de las legislaciones civiles extranjeras, el daño se concreta a los intereses sobre la suma misma, desde que se cae en mora (109).

También el cumplimiento retrasado de las obligaciones monetarias tiene una trascendencia concreta, debido a las altas y bajas en sus cotizaciones. SAUVAGE (110) y ASCARELLI (111) imputan tal responsabilidad sobre quienes morosamente no cumplen sus obligaciones. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 30 de octubre de 1957, se pronunció a este respecto en el caso de un flete pactado en dólares, diciendo que "el retraso habido en la entrega de la mercancía no es imputable al transportador, sino al destinatario, por lo que debe pechar con las consecuencias de su morosidad".

#### 8. LA LLAMADA IMPOSIBILIDAD OBJETIVA POR FALTA DE DIVISAS: PARTICULAR EXAMEN DE LA FUERZA MAYOR

La imposibilidad de obtener divisas se ha invocado por los deudores tanto en los sistemas rígidos, en los que no es posible una concesión de licencias y autorizaciones por las autoridades estatales, como en los flexibles, donde, si es posible, puede ser denegada la autorización para obtenerlas. Ante tal situación, no ha faltado quien diga que se da aquí una "imposibilidad total" o "absoluta" de cumplimiento de la prestación (112). Entonces cabe la pregunta: ¿en el caso de que el deudor no tenga la posibilidad de conseguir una autorización de las divisas correspondientes para atender a sus obligaciones, podrá alegar la fuerza mayor como una causa de exoneración de las mismas?

Advierte VAN HECKE (113) que la cuestión depende de la severidad con que los diferentes sistemas jurídicos traten el vínculo contractual. Así, en un sistema que tenga una concepción menos estricta de la obligación contractual y que admita con largueza la fuerza mayor, el deudor podrá pretender su liberación en virtud de un *factum principis*. Por el contrario, en aquellos sistemas en que existe una concep-

*nalì aventi per oggetto una somma di danaro*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, VII (1913) 54.

(109) También BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme valutaria straniera*, en *Giurisprudenza Italiana*, I (1938) 865.

(110) SAUVAGE, *La responsabilité des hausses ou baisses des cours en cas de retard à la livraison*, en *Revue de droit maritime comparé*, 15 (1927) 1.

(111) ASCARELLI, *In tema di risarcimento dei danni di mora nei debiti pecuniari*, en *Foro Italiano*, I (1951) 163.

(112) Cfr. SCARZATI, *Questioni di diritto internazionale privato derivanti dalle legge restrittive in materia di cambi e divise*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, XXI (1942) 44. Por el contrario, ASCARELLI, *Controllo sulle divise*, cit., pág. 217, cree que se trata de una mera imposibilidad transitoria.

(113) VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 58; GOLDMAN, *Le droit international privé et le contrôle des changes*, pág. 46.

ción rígida de la obligación contractual, se considera que el deudor que contrató a sabiendas de una tal legislación de divisas, lo hace con conocimiento de causa y la imposibilidad de obtener la autorización es un riesgo que asumió voluntariamente. Mientras la doctrina civilista japonesa aplica los principios del Derecho común concernientes a la fuerza mayor (art. 534 C. c.) (114), la jurisprudencia inglesa (115) y la belga (116) afirman que el deudor no podrá escapar de su responsabilidad y oponer la falta de autorización (116 bis).

Un sector de la doctrina francesa (117) también afirma que, según los principios generales del Derecho positivo, el deudor se libera por imposibilidad de la ejecución, si reúne los siguientes requisitos: a) que no pueda imputarse a un hecho personal; b) que la reglamentación de cambios oponga un obstáculo insuperable a la ejecución de la prestación prometida, sin que baste la simple dificultad de ejecución, que no exonera; c) que la imposibilidad de ejecución deba ser imprevisible. La jurisprudencia todavía precisó más y manifestó que en el caso de que la oficina de cambios rehuse, conforme a su poder discrecional, la autorización de una operación para un contrato, a pesar de la falta de previsibilidad, la fuerza mayor se excluye (118). Se rechaza, igualmente, el argumento de fuerza mayor por las sentencias de 11 de junio de 1929 (119) y de 30 de junio de 1933 (120), por las que el Tribunal de París adopta una posición clara y determinante, a propósito de las disposiciones de control de cambios dictadas por el Gobierno ruso. También en la sentencia de 24 de junio de 1938 (121), en la que demandada la sociedad "Siemens-Halske, A. G.", para el cobro de unos cupones de su emisión 6 1/2 por 100 1927, se alegaba por esta empresa que en virtud de la legislación alemana sobre divisas se encontraba en la imposibilidad legal de pagar; pero el tribunal del Sena se remitió a

(114) Cfr. KATO, OGAWA y YAZAWA, *Droit privé*, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 280.

(115) Cfr. "Partabhiull Rameshwar v. K. C. Sofliva Ltd." (1951) 2 All E. R. 352; "Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. W. N. Lindsay Ltd." (1953) 2 All E. R. 1064.

(116) Cfr. *Bruxelles*, 14 julio 1951, en *Jur. Port Anvers* (1951) 248. Concretamente, PIRON, *Force majeure dans les dettes de somme en droit international privé. Effects et qualification d'une contrôle des devises*, en *Par ces Motifs*, 9 (1935).

(116 bis) En este sentido se pronuncia en Suecia el magnífico estudio de HJERNER, *Främmande Valutalag och internationell Privaträtt*. Stockholm, 1957, divulgado en un sumario traducido al inglés.

(117) Cfr. ROBLOT, *op. cit.*, pág. 43 y LÉVY, *L'expérience Mayer et la monnaie dans les conventions*, en *Journal civil du Palais*, I (1948) 714; RAVINOVITCH, *Nouveau régime des paiements dans la zone franc et ses répercussions sur l'exécution des contrats*, en *Journal des Notaires* (1955) 177.

(118) Cass. Req., 4 enero 1927, S. 1927, 1.188.

(119) Cfr. Chr., 1929. 1.372. ESCARRA, *Principes de droit commercial*, VI-1 (París, 1936) 241.

(120) Cfr. en *Clunet*, 60 (1933) 963. También DEMOGUE, en *Revue trimestrielle de droit civil* (1927) 454, 474; (1925) 370.

(121) Cfr. en *Revue de Science et de Législation Financière*, XXXVI (1938) 425.

los prospectos de emisión que contenían una promesa de pago sin reservas. Se decía que "Siemens-Halske, A. G., y Siemens-Schuckertwerke, G. m. b. H.", constituyen, en conjunto, uno de los más importantes trusts del mundo en el terreno de la electricidad... El total de sus ventas en el curso del ejercicio de 1925 sobrepasó los 135.000.000 de RM. Dado que un tercio de la producción se exporta, puede, en todo tiempo, contar con una gran disponibilidad de instrumentos de pago extranjeros. Además, el tribunal consideró que "en este documento, que debe ser tenido como contrato por las partes, no se prevé que las sumas necesarias para los pagos provengan de Alemania, sino que, al contrario, las deudoras se obligan a pagar por medio de haberes que poseen en otros países, en razón de contratos ajenos a Alemania, así que cualquiera que sea el punto de vista en que uno se coloque, la imposibilidad de pago no se encuentra justificada" (121 bis).

Con ponderado y recto criterio, el Tribunal Supremo austríaco, en sentencia de 10 de diciembre de 1935, también manifestó que la imposibilidad alegada por el deudor no se trataba de una imposibilidad inicial de cumplimiento; se trata más bien de una imposibilidad puramente subjetiva (el invocar la ley restrictiva nacional); circunstancia, agrega, que no engendra la extinción de la obligación, sino que compromete la responsabilidad personal de los demandados (122).

El mismo criterio fué mantenido por el Tribunal de Instancia de Zurich, en sentencia de 23 de abril de 1937 (123), respecto a un conflicto entre un vendedor holandés y un comprador italiano. Sostuvo que el Derecho holandés, al igual que el suizo, no reconoce la excepción de fuerza mayor en materia de deudas de dinero y, aun cuando la reconociera, no podría ser invocada como consecuencia de una legislación extranjera sobre divisas, pues ésta no es imprevisible, ni un hecho, ya que la sola existencia de una disposición legislativa extranjera nada dice sobre la posibilidad real para el deudor sometido a esta ley, de cumplir su obligación.

El Tribunal de Casación italiano, en sentencia de 30 de julio de 1957 (124), también decide que "no constituye caso de fuerza mayor, válido para exonerar al deudor, la obligación de pagar la suma adeudada al vencimiento de la obligación, el hecho de que resida en un país donde rige la prohibición de efectuar pagos al exterior" (124 bis).

(121 bis) DREYFU'S, *Etude de la jurisprudence allemande relative à diverses questions nées de la guerre (interdiction de paiement)*, en *Clunet* (1916) 806.

(122) Cfr. MORCOS, *Causes legales d'exonération de la responsabilité civile* París, 1934. Una opinión incierta, en WAHLE, *Die Wirksamkeit, ausländischer Devisensperre nach österreichische Recht*, en *Zeitschrift für ausländische und internationale Privatrecht* (1935) 779.

(123) Cfr. en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, XXXVIII 88.

(124) Cfr. en *Rivista del Diritto commerciale*, I (1938) 117. También CORTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955.

(124 bis) En el mismo sentido, Cass. 2 julio 1953 y 31 mayo 1958. Cfr. MONTIEL, *Legislazione straniera sulle divise ed impossibilità della prestazione*, en *Rivista italiana di diritto finanziario*, II (1938) 100, ahora en *Questioni interna di*

Los tribunales de los Estados Unidos han resuelto numerosos litigios concernientes a empréstitos de sociedades alemanas emitidos y pagaderos en la Unión (125), donde se decidía únicamente que en virtud de esa circunstancia y conforme a los principios de Derecho internacional privado, únicamente las leyes americanas son aplicables a los casos presentados, y los prestatarios alemanes han sido condenados al pago en moneda americana.

La tesis de las sociedades deudoras, que invocan la fuerza mayor por imposibilidad de obtener transferencias de las sumas necesarias para realizar el servicio financiero de sus obligaciones, fué rechazada en virtud de que una legislación nacional de divisas no puede tener ningún efecto sobre un empréstito sometido, como en estos casos, a la ley de los Estados Unidos. La imposibilidad de pago alegada se rechazó por el Tribunal Federal del Distrito insistiendo que tal doctrina era inaplicable al caso, toda vez que las partes no habían precisado en la convención que las sumas necesarias para hacer frente a los pagos debían provenir de Alemania (126).

En nuestro ámbito, con arreglo a los principios del Derecho común vigente (arts. 1.091, 1.105 y 1.258 del Código civil) y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fuerza mayor se aprecia jurídicamente en casación (127). A propósito del pago de obligaciones monetarias, la sentencia de 16 de mayo de 1941, confirmada por la de 24 de septiembre de 1953, expone la siguiente doctrina: "Que la fuerza mayor en función extintiva o suspensiva de las obligaciones actúa sólo en los que por ella resulten concretamente afectadas, sin que en general trasciendan sus efectos a las genéricas no delimitadas, por el principio *genus nunquam perit*; por lo que, cuando se produzca la resolución del contrato de opción a compra por causa no imputable a los contratantes, el promitente no puede eximirse de la obligación de restituir la prima convenida y entregada; como tampoco tendría derecho a exigirla si hubiera sido aplazada su entrega hasta el momento del desistimiento y éste obedeciere a que el promitente, en tal momento, no podía entregar la cosa en el ser y estado que tenía al pactarse la opción." Y, más concretamente, la sentencia de 4 de julio de 1944 manifestaba que "al amparo de este artículo [1.105 del Código civil] no puede frustrarse (cuando se pueda evitar), el pacto de posible cumplimiento, de que para el caso de no poderse realizar el pago aplazado en la moneda conve-

---

*moneta e titoli di credito*. Napoli, 1960, pág. 16. Y que no es necesario recurrir aquí a considerar el supuesto de fuerza mayor, cfr. VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, p. 141.

(125) La decisión más importante producida a este respecto es la del "Central Hannover Bank & Trust Co. v. Siemens & Halske and Siemens-Schuckertwerke G. m. b. H.", del 15 de abril de 1936, del Tribunal del Distrito de Nueva York, cfr. *Bulletin de l'Institut Juridique International*, 35 (1936) 36.

(126) Cfr. en *Chunet*, 79 (1952) 711. También CABOT, *Exchange Control and conflict of Laws: an Unsolved Puzzle*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 99 (1951) 476, donde se confirma que no es posible alegar la imposibilidad de ejecución ante los Tribunales americanos.

(127) SS. 2 junio 1899 y 10 noviembre 1924.

nida (oro o plata), por haberse impuesto otro instrumento monetario, se abone la depreciación". Por último, la sentencia de 3 de julio de 1936 no estimó la imposibilidad de pagar en marcos, a pesar de las normas de control de cambios del Decreto de 29 de mayo de 1931 (127 bis).

La doctrina española refleja la misma opinión. Según PUIG PEÑA (127 a), "un tal supuesto de imposibilidad de la prestación no produce efectos plenos liberatorios dada la sustancia genérica de la obligación monetaria al quedar sustituido por el equivalente en aras de la economía pública y de los derechos del acreedor". Para BELTRÁN DE HEREDIA (127 b), "a este tipo de obligaciones no puede aplicarse el concepto estricto de imposibilidad objetiva sobrevenida de la prestación, debido al hecho de que por el carácter de cosa genérica y fungible que el dinero presenta, debe decirse que el dinero existe siempre, porque el género no perece. Solamente desde un punto de vista subjetivo se podrá decir que el deudor no pueda cumplir su obligación de prestar y proporcionar la cantidad de dinero a que se comprometió; pero esta impotencia subjetiva no puede nunca entrar como causa de liberación, porque la imposibilidad necesita, para producir efectos jurídicos, que sea absoluta y objetiva". También PUIG BRUTAU (127 c) afirma que "si la prestación de los signos monetarios de una determinada clase se hace imposible, la obligación no se extingue —como sucedería si fuese una verdadera deuda genérica—, sino que se transforma, pues el Estado siempre mantendrá en circulación signos monetarios de aceptación forzosa para satisfacer las obligaciones que consistan en proporcionar al acreedor un valor determinado". Ultimamente, el profesor HERNÁNDEZ-GIL (127 d), igualmente hace ver cómo "la imposibilidad a que se refiere el artículo 1.170 no es la meramente subjetiva; el hecho de que el deudor no tenga en su patrimonio monedas de la especie designada no le permite acudir a la moneda de curso legal, sino que ha de procurarse la moneda pactada, porque la imposibilidad la enuncia el precepto de manera objetiva y general; se precisa que no sea posible entregar la especie. Esta imposibilidad objetiva puede proceder: de la falta material de existencia en el momento del pago de monedas de la especie pactada (desaparecen de la circulación); de disposiciones legales que ordenan la retirada de la circulación, en cuyo caso, háyase efectuado o no materialmente la retirada, la presta-

(127 bis) Entre nuestros autores, FONCELAS, *La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 8 (1933) 584, dice que no puede pensarse en la fuerza mayor o en el caso fortuito para evitar un pago en moneda cuyo valor haya cambiado, pues no puede haber imposibilidad de ejecución en las deudas de cosas genéricas que, como la moneda, no perecen.

(127 a) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, IV-1 (Madrid, 1946) 170.

(127 b) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 226. Se adhiere a su opinión SOTO NIETO, *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, II (Alcoy, 1959) 166.

(127 c) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 327.

(127 d) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I. Madrid, 1960, p. 413.

ción de tales monedas sería ilícita; y, en fin, tratándose de moneda extranjera, de la aplicación de normas limitativas o prohibitivas sobre la circulación de divisas. Pero, ya resulte imposible o ilícita la prestación, la consecuencia que se produce no es la extinción de la obligación y la liberación del deudor, como acontecería de aplicarse las reglas de los artículos 1.105, 1.182 y 1.184, sino la subsistencia de la obligación con una modificación del medio de pago que pasa a consistir en la moneda de curso legal.”

Ha sido la doctrina italiana la que con mayor precisión y cuidado ha tratado de puntualizar los argumentos de Derecho privado aplicables al conflicto que originan las normas de control de cambios, en cuanto a la fuerza mayor y el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. A este respecto, son de gran interés los estudios de ASCARELLI (128) y SCALFATI (129), quienes, desde puntos de vista diferentes, han planteado la problemática jurídica de esta materia.

El profesor ASCARELLI (130) contempla el supuesto donde ha de hacerse un pago en el interior de un país o al extranjero y el deudor no puede pagar a su debido tiempo la suma de moneda extranjera pactada, sin posibilidad de obtenerla lícitamente, ya porque no obtuvo una concesión de divisas o el consentimiento para su adquisición de los órganos competentes, según las modalidades vigentes en el país. Y se pregunta: ¿cuál es el *quid juris*?

A juicio de este autor, en dicho supuesto se produce una imposibilidad *per factum principis*. Cuando el deudor, en virtud de la legislación a que está sujeto, no puede de ningún modo procurarse la moneda extranjera necesaria, ocurre una imposibilidad *per factum principis* en la ejecución de la prestación debida por una no comercialidad del objeto. Y ¿cuáles son las consecuencias de esta imposibilidad?, se vuelve a preguntar. Es notorio, afirma ASCARELLI, que en materia de moneda, el acreedor soportará los riesgos de las oscilaciones monetarias (art. 1.821 del Codice civile de 1865), pero en lo referente al perecimiento de la moneda es opinión tradicional (al ser la moneda un instrumento de cambio) que el deudor, si peca la especie monetaria debida, debe al acreedor el equivalente en moneda corriente del lugar y del momento del pago. Este principio tiene su fundamento legal en el artículo 1.822 del Codice civile (idéntico al artículo 1.170 del Código civil español), en base a que no siendo posible entregar la especie pactada se debe prestar su equivalente en moneda de curso legal. Este resultado es debido a la naturaleza especial o genérica de las obligaciones dinerarias que tradicionalmente se basan en el principio *genus nunquam perit*.

En el supuesto de que hayan de hacerse pagos al extranjero, ASCARELLI afirma que el acreedor deberá reconocer la posibilidad para el

(128) ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti di moneta estera*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I (1956) 195.

(129) SCALFATI, *op. cit.*, pág. 44 y ss.

(130) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 198.

deudor de liberarse con medios del interior, es decir, en la propia moneda nacional. En otro lugar este autor ha manifestado (131) que no puede alegarse en esta materia la fuerza mayor o el caso fortuito porque para el deudor —deudor de dinero— no existía una verdadera imposibilidad de pago, sólo porque al término del cumplimiento careciera de la moneda necesaria pactada o como resultado de la indisponibilidad de una prohibición de transferencia al extranjero. Por eso, en el caso de que haya de realizarse un pago en una determinada moneda (libras, dólares, marcos, etc.), sin que se haya prejuzgado el lugar de pago, encuentra su solución en el artículo 1.822 del Código civil italiano (artículo 1.170 del Código civil español). O sea, que en caso de imposibilidad de la prestación, el deudor debe cumplir con el equivalente en moneda nacional, según el cambio del día en que se verifica la imposibilidad (132).

El pago de la deuda de moneda extranjera en moneda nacional responde, a juicio de ASCARELLI (133), sin duda alguna, al interés del deudor de liberarse de la deuda (y de las cargas que pueden gravarle), así como al interés del acreedor (por las consecuencias de su incumplimiento). Las partes, naturalmente, pueden consentir mutuamente en prorrogar el cumplimiento de la obligación, pero no es posible negar al deudor el deber de pagar y al acreedor la exigencia de pedir la suma adeudada. De aquí que, dada la imposibilidad de pagar en la moneda pactada, y en fuerza al expediente de su naturaleza genérica, sea reconocido en vía de conversión el pago en moneda de curso legal del lugar del deudor.

ASCARELLI va más lejos y se pregunta: ¿Se puede alegar, debido a la imposibilidad del pago de la moneda pactada, ya por la desaparición o no comercialidad, la resolución del contrato sin derecho al resarcimiento de daños? Cree que no, pues dada su especial naturaleza, cabe siempre la conversión del débito en moneda nacional. El deudor que no cumple con la deuda resultante de la conversión, cree que cae en un incumplimiento y no puede invocar el perecimiento o la falta de moneda para sustraerse de su obligación a través de una resolución del contrato (134).

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, han tratado de rebatir las opiniones de ASCARELLI dos autores: SCALEATI (135) y BASSANO (136). Sus tesis tratan de demostrar cómo se da

(131) ASCARELLI, *Legislazione sulle divise e principi generali delle obbligazioni*, en *Foro Italiano* (1938) 855.

(132) Trib. cass. italiano, sentencia 29 marzo 1938.

(133) ASCARELLI, *Controllo sulle divise*, cit. pág. 200.

(134) ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (arts. 1.277-1.284), en *Commentario al Codice civile a cargo de Scialoja y Branca*. Bologna-Roma, 1959, páginas 343 y ss. En el mismo sentido NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, en *Studi nelle scienze giuridiche e sociologica de la Università de Pavia* (1931) 154.

(135) SCALEATI, *op. cit.*, pág. 48.

(136) BASSANO, *Inadempimento dell'obbligazione e norme valutarie straniere*, en *Giurisprudenza Italiana*, I (1938) 865.

aquí, por falta de moneda específica, una imposibilidad objetiva para el deudor; alegan principios de Derecho internacional privado que dicen no se han tenido en cuenta para esta cuestión, pero caen en un error grave al desconocer y olvidar la naturaleza indestructible de las obligaciones dinerarias. Veamos con mayor detalle sus tesis.

A juicio de SCALFATI, el primer problema que se presenta en el terreno del Derecho internacional privado es el de saber cuáles son las leyes reguladoras de la relación y cuál es la jurisdicción competente del juez que ha de discriminarlas. Deben, pues, establecerse las dos hipótesis siguientes: A) Que la ley reguladora de la relación sea la del juez; B) Que la relación venga regulada por una ley extranjera.

En uno y otro caso, cree SCALFATI, puede ocurrir que las leyes restrictivas del control de cambios pertenezcan al mismo ordenamiento competente que disciplina la relación. Entonces resuelve que será en base a la ley reguladora de la relación cuando se valorará la alegada imposibilidad de cumplimiento del deudor. Las normas valutarias restrictivas aparecerán como simples hechos y no como normas jurídicas.

Para que pueda hablarse de imposibilidad absoluta e inculpable, como causa de extinción de la obligación y liberación del deudor, cree este autor que habrán de concurrir las condiciones objetivas y subjetivas necesarias. Para examinar si se trata de una verdadera imposibilidad por fuerza mayor, no de una imposibilidad jurídica, sino tan sólo de un impedimento de hecho, es necesario ver si la ley restrictiva tiene carácter permanente o provisional; es decir, examinar si la ley de control ha fijado o no un término más o menos amplio de su eficacia en el tiempo (137). Si el impedimento es absoluto y definitivo y no hay culpa (por ejemplo, la culpa puede consistir en no haber cumplido todas las formalidades legales que fuesen necesarias para obtener de la autoridad la moneda pedida), es necesario todavía ver, a juicio de SCALFATI (138), si el deudor no tiene otros bienes que lo ponen en condiciones de cumplir la prestación pactada, aunque esto último suponga un pago con mayor carga o sacrificio para el deudor. Ahora bien, si después de esta investigación resulta demostrada efectivamente la imposibilidad de la prestación, SCALFATI opina que el deudor quedará liberado y con la extinción de la obligación principal serán también liberadas las garantías eventuales, personales y reales, dado el carácter accesorio universalmente reconocido a estos derechos.

Como puede advertirse, la tesis de SCALFATI está en contradicción con toda la tradición jurídica y con la propia naturaleza de las obligaciones pecuniarias y olvida por completo su esencia y carácter, según se acoge en todos los Códigos civiles (139). No cabe alegar aquí

(137) En el mismo sentido también DOMKE, *La législation allemande sur les dévices en droit international privé*, en *Clunet*, 64 (1937) 231. En contra PIRON, *Force majeure dans les dettes de somme en droit international*, *cit. passim*.

(138) SCALFATI, *op. cit.*, pág. 49.

(139) Artículo 1.170 del Código civil español; art. 1.170 del Código civil de Cuba; art. 1.124 del Código civil de Puerto Rico; art. 1.249 del Código ci-

que se trata de un principio exclusivamente civilista y sin aplicación al Derecho internacional, antes bien es de carácter universal y rige en todo momento, y según una ley económico-jurídica conatural, al ser de las obligaciones pecuniarias (140). Es más, el error en SCALFATI está en que aplica otro principio civilista, de las obligaciones específicas, y aplica las consecuencias que se derivan de las mismas. Quizá haya pensado en que como se trata de una obligación de moneda específica deban seguirse aquellas reglas. Si ello es así, entonces conviene advertir y alegar el criterio unánime de la doctrina, según el cual esta cualificación o especificación que entraña la obligación de moneda extranjera no supone un régimen diferenciado de las obligaciones pecuniarias, ya que están incluidas entre las de "género de dinero", en base al objeto que contienen. La explicación está en que no se trata de monedas especificadas como mercancías o cosas singulares, sino por su cualificación dineraria, es decir, en cuanto a su función de medida de valor, instrumento de cambio y medio de pago, en una palabra, como dinero. De aquí que la doctrina acepte universalmente las obligaciones de moneda específica, como las de moneda extranjera, de obligaciones pecuniarias propiamente dichas, ya que lo importante de estas deudas es que son obligaciones de dinero y que, a pesar de especificar el signo o unidad monetaria aceptada, funcionan y actúan con el cometido propio del dinero. Por eso NUSSBAUM (141) concluye que dicha obligación de moneda específica sigue siendo en todo caso una deuda de dinero; la fijación del precio en moneda específica, concluye, no convierte la compraventa en permuta.

Ultimamente MONTEL se opone a esta tesis de SCALFATI y de BASSANO, concretamente (141 bis). Cree que, aunque no se sea ciudadano del Estado o se resida en el extranjero, se puede cumplir, ya que se trata de un caso de imposibilidad relativa o de mera dificultad.

Es que, como dijo el Tribunal Supremo austríaco (142), se trata de una imposibilidad más bien subjetiva (invocar la ley restrictiva nacional), puesto que esta circunstancia no puede afectar a la extinción de la obligación de dinero, siempre fungible y, por tanto, convertible en moneda nacional, y también ASCARELLI (143) concluyó que las normas restrictivas sobre valuta extranjera no implican ilicitud de la obligación de pagar una deuda de valuta extranjera, sino tan sólo el deber de exigir los pagos con transferencia de la valuta extranjera objeto de la obligación; por lo tanto, no se deriva una imposibilidad perma-

---

vil de Filipinas; art. 1.895 del Código civil francés; art. 1.277 del Código civil italiano; § 245 del Código civil alemán.

(140) Cfr. VELLA, *La sostanza e gli effetti della obbligazioni nel diritto internazionale privato*. Torino, 1910; SCHWANDER, *Die Geldschuldlehre*. Frankfurt, 1938; PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*. Lisboa, 1956.

(141) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, cit. pág. 142.

(141 bis) MONTEL, *op. cit.*, 18.

(142) S. 10 diciembre 1935.

(143) ASCARELLI, *In tema di finanziamenti rimborsabili all'estero*, en *Foro Italiano*, I (1951) 726.

nente y absoluta de la prestación, considerada como implicativa de un objeto o de una *res extra commercium*, sino que la misma norma se limita a influir sobre su modalidad de ejecución.

Ha de concluirse que la alegación de imposibilidad de la prestación, en base de una fuerza mayor, no puede darse en virtud de los siguientes fundamentos: 1.º Porque se trata de prestaciones de carácter pecuniario, no perecederas y no exonerables, de naturaleza genérica y fungible. 2.º Por no tratarse de una imposibilidad objetiva y absoluta (144) que afecta a la existencia o perecimiento de la prestación, sino de una imposibilidad meramente subjetiva que únicamente compromete la responsabilidad de las partes. 3.º Por la posibilidad de alcanzar y obtener otras garantías de pago. 4.º Por la existencia siempre de la conversión o posibilidad de pago en moneda del lugar del cumplimiento.

#### 9. LA IMPOSIBILIDAD SUBJETIVA POR DENEGACIÓN DE DIVISAS: ESPECIAL EXAMEN DE LA CULPABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES Y POR ALEGACIÓN DE CAUSA FALSA

Examinada la llamada imposibilidad objetiva, es decir, aquella que procede, en cierto modo, de causas extrañas o independientes a la voluntad de los sujetos que intervienen en la celebración de una obligación pecuniaria, hay que referirse, además, a los supuestos típicos que provocan una imposibilidad subjetiva del cumplimiento o ejecución de la obligación, debidos a una voluntad culpable o dolosa por parte del deudor.

Los supuestos específicos son dos: el caso de la culpabilidad del deudor, por omisión de las formalidades requeridas por los organismos administrativos de control para obtener la autorización correspondiente, y el supuesto en que se alegue por el deudor una causa falsa con objeto de obtener aquella autorización o una cantidad de divisas. Ambos supuestos adquieren mayor relieve en un régimen de control de cambios, como el español, que pertenece al tipo flexible, en cuanto se limita a establecer un sistema de inspección, de autorización y de verificación.

La autoridad y legitimidad de los regímenes de control es reconocida por los organismos internacionales y sus prescripciones resultan de Derecho público (145). Entre nosotros, el actual "Instituto Español de Moneda Extranjera" es una entidad dotada de personalidad jurídica pública que se rige por la Ley de 25 de agosto de 1939. Según el artículo 5.º de sus Estatutos, las atribuciones y operaciones propias del Instituto son centralizar de modo exclusivo la compra y venta de divisas en España y autorizar tanto la obtención de créditos en divisas

(144) Cfr. VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 53.

(145) Cfr. SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Rapport sur le contrôle des changes*. Genève, 1938.

como la exportación de moneda extranjera o la cesión de cantidades en pesetas (146).

Al igual que los demás sistemas que implantaron el control de cambios (147), el español requiere una autorización que, para obtenerla, han de realizarse y cumplirse una serie de requisitos, según la diversa modalidad de la operación. En cuanto al cumplimiento de formalidades, dada la importancia y volumen de los negocios mercantiles de carácter internacional, en España se prescribe, por una Orden de 17 de diciembre de 1940, lo siguiente: "1.º Todas las empresas industriales que fabriquen o vendan en España productos de la clase que sea, sujetos al pago de canon, licencia u otros conceptos a entidades extranjeras, vendrán obligadas a presentar a la Dirección General de Industria de este Ministerio, en el plazo de un mes: a) Copia autorizada, en español, del contrato que tenga con las entidades extranjeras con las adiciones o modificaciones que haya sufrido, donde consten de un modo claro y fehaciente las cantidades a pagar por cualquier concepto de las mismas. b) Declaración jurada de los artículos fabricados o vendidos sujetos al pago indicado y cantidades abonadas o pagadas desde el 1.º de enero de 1935 al 31 de diciembre de 1940. 2.º Estos documentos servirán de base a los informes que en su día hayan de emitirse para la concesión de divisas a las entidades interesadas."

Además, se prescribe de un modo general, en los formularios de petición de la autorización, que el solicitante se obliga "a no hacer aplicación de dicha moneda a fin distinto del expresado, y a facilitar sus libros y documentos para cuantas comprobaciones se consideren necesarias por el "Instituto de Moneda Extranjera" o sus delegados, quedando apercibido de incurrir en las penalidades que se determinan en los casos de infracción" (148).

De aquí resulta que las personas físicas y jurídicas, tanto españolas como las extranjeras residentes en España, con sucursal o establecimiento abierto (149), han de cumplir dichas formalidades, bajo pena de incurrir en la responsabilidad consiguiente. Toda actuación en con-

(146) Sobre las diversas modalidades véase los apartados a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p, q, r, s del artículo 5.º de dicho Estatuto.

(147) Cfr. el artículo 4.º de la Ley de Divisas alemana, de 27 de mayo de 1937, que determina la invalidez de los artículos anteriores (relativos a la liberación del deudor) si el deudor no ha cumplido los requisitos fijados por las normas reglamentarias en materia de control de cambios.

(148) Véase la "Ley Penal y Procesal de Delitos monetarios" de 24 de noviembre de 1938. Cfr. PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en *Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona* (1944), 140. En otros países, como en Bélgica, se advierte por DE KERPÉER, *La recherche et la constatation des infractions au contrôle des changes*, en *Rechtsskundig Weekblad*, enero (1956) 8, que los delegados del Instituto controlador (art. 7.º) pueden exigir también el examen de los escritos y documentos contables susceptibles de permitir la verificación y control.

(149) La Ley de 24 de noviembre de 1938 emplea la expresión "residentes en el extranjero", tanto para referirse a los que residen en el extranjero (españoles) como a los que residen en España por cuenta o con garantía de re-

trario, negligente, dolosa o culposa, conduce a un acto delictivo imputable al infractor de dichas normas. Sobre este punto coincide la totalidad de la doctrina europea en considerar que se da entonces una culpabilidad por parte de quien no actúa conforme a las normas prescritas por la reglamentación de control de cambios, produciéndose una imposibilidad subjetiva de incumplimiento.

A este respecto, dice ROBLOT (150) que un hecho personal del deudor, una negligencia que haya cometido en sus relaciones con la Administración (retardo en la presentación de su petición, error en la elaboración de su documentación, etc.), el impedimento crea una imposibilidad subjetiva culpable y, por tanto, una denegación legítima de la licencia o autorización de divisas por parte de los organismos de control de cambios. También, según VAN HECKE (151), si el deudor por su conducta negligente no hace la petición en el tiempo oportuno, responde de su negligencia y la denegación de autorización por su retardo no le exonera. En tal sentido también se pronuncia el Tribunal de Bruselas (152). El mismo SCALFATI (153), a pesar de mantener su tesis de la imposibilidad absoluta y definitiva que crea el régimen de control de cambios, excepcióna y toma en cuenta el supuesto en que interviene culpa del deudor, que "puede consistir, dice, por ejemplo, en no haber cumplido todas las formalidades que fuesen necesarias para obtener de la autoridad la concesión, en abstracto posible, de la moneda pedida". Se llega así a la conclusión de que la negligencia o el incumplimiento por parte del deudor de los requisitos formales requeridos por los regímenes de control de cambios le hace responsable de las consecuencias que se produzcan.

La alegación de *causa falsa* da fundamento, igualmente, a que las autoridades gubernativas denieguen la autorización y sancionen al culpable. Es necesario, pues, una declaración de los verdaderos motivos que guían al peticionario, así como la aportación de los justificantes y pruebas correspondientes que el organismo de control reclama. Como manifiesta PIATER (154), la obligación de declarar por cuál motivo desean llevarse a cabo operaciones en divisas (pagos comerciales, viajes al extranjero, cumplimiento de contratos ya autorizados, etc.), y la verificación de las alegaciones suministradas son, sin duda, un primer medio para desalentar a los especuladores y a todos los que no tienen interés económico legítimo y confesable para la adquisición de divisas.

Nuestra Ley española de delitos monetarios, de 24 de noviembre de 1938, en los apartados 9 y 10 del artículo 1.º, sanciona concretamente ambas hipótesis y reputa como delitos de contrabando monetario las acciones y omisiones siguientes: "9.º) Falsear por exceso el importe

---

sidentes en el extranjero (extranjeros). Ambos quedan sujetos a la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera.

(150) ROBLOT, *op. cit.*, pág. 43.

(151) VAN HECKE, *op. cit.*, pág. 868.

(152) *Bruxelles*, 8 diciembre 1951, "Trading c. Taburiaux".

(153) SCALFATI, *op. cit.*, pág. 49.

(154) PIATER, *Le contrôle des changes*, I (París, 1947) 165.

de las obligaciones con el exterior. 10) Obtener divisas del Comité de Moneda Extranjera para pagos exteriores de todo género, mediante alegación de causa falsa, o aplicar divisas obtenidas a fines distintos de los alegados" (155).

De acuerdo con estas disposiciones, un deudor encuadrado dentro de un sistema flexible de control de cambios ha de proceder con una conducta de buena fe y conforme a las prescripciones administrativas impuestas en beneficio de la comunidad nacional. Toda otra conducta revelará la negligencia y culpabilidad del deudor que pretenda la autorización de divisas, incapacitándole para un exacto y regular cumplimiento de sus obligaciones. La alegación que el deudor haga de una imposibilidad de ejecución de sus obligaciones no procederá entonces de una causa extraña e independiente de su conducta; por el contrario, se provocará por su culpa una imposibilidad (que será, pues, subjetiva) del cumplimiento de la obligación, imputable al deudor por su conducta ilegal y delictiva.

Con arreglo a las normas del Derecho común español, también se deduce la culpa o negligencia del deudor cuando "consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1.104 del Código civil). O sea, que también con arreglo a estas normas (además de las específicas) el deudor queda obligado a realizar, por todos los medios a su alcance, el cumplimiento de la obligación. Como se trata de obligaciones dinerarias, el deudor debe de agotar todos los medios posibles que pueden ser aptos para lograr el cumplimiento de dichas obligaciones, según las circunstancias de su persona, del tiempo en que deba realizarlas y del lugar en que haya de llevarlas a cabo.

Tal solución abre una vía más para investigar cuáles son las posibles modalidades que conducen al cumplimiento de las obligaciones dinerarias, tanto en unas circunstancias de régimen común como extravagante, así como en el caso de conflicto de normas de Derecho internacional privado.

#### 10. LAS DIVERSAS POSIBILIDADES SUBSIDIARIAS DE CUMPLIMIENTO

Cuando impera un sistema de control de cambios, afirma NUSSBAUM (156), el deudor no se halla relevado de sus obligaciones hacia el acreedor extranjero, ni deja de ser deudor del cambio extranjero que constituye el objeto de la obligación. Mientras existan ciertas perspectivas de poder satisfacerla —añade—, debe adoptar las medidas

(155) Un estudio de derecho comparado en esta materia: VIRTU, *Reglamentation des changes et Droit pénal*, en *Le contrôle des changes*, cit. pág. 73. En España cfr. PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en *Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona* (1944) 140.

(156) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit. pág. 629.

apropiadas a fin de obtener el permiso necesario para transferir los fondos. Es que el deudor debe agotar todos los medios legales posibles para llegar al cumplimiento de su obligación, tanto en lo que a la obtención de la autorización se refiere como a los medios que tenga a su alcance, según ya interpretaron las jurisprudencias alemana e italiana (157).

En los sistemas de un control flexible, como el español, existe siempre la posibilidad de obtener divisas, pues sus disposiciones se refieren sólo a una reglamentación, control y verificación de las mismas. Las autoridades gubernativas únicamente deniegan la autorización en los casos de actuación negligente, dolosa o culposa del peticionario, lo que permite la posibilidad del pago específico de las obligaciones. Ahora bien, en el caso de que por falta de fondos del Instituto o por causas justificadas y superiores a la economía nacional fuese rechazada la autorización de los pagos en divisas, todavía debe el deudor, como dijo el Tribunal de apelaciones alemán (158), agotar todos los recursos previstos en las reglamentaciones de cambios para dar el debido cumplimiento a sus obligaciones, puesto que la legislación de divisas sólo crea una imposibilidad local de pagar.

Efectivamente, existen otras posibilidades subsidiarias de cumplimiento por las que el deudor no puede dejar impagadas sus obligaciones. Una de las que se ha alegado ya por los tribunales extranjeros es aquella que tiene el deudor cuando posea un patrimonio o bienes en otro país, o sea, fuera del territorio que ha dictado las leyes de control. Los autores creen que en este caso la justificación jurídica de tal modo ejecutivo de las obligaciones está en que dichos bienes no han dejado, por eso, de ser prenda común de los acreedores y no podría quedar colocado aquel deudor en mejor y más ventajosa posición que los propios deudores nacionales del Estado donde se ejecuta esa prenda común.

SCHOO (159) dice que tal medida de recurrir a los bienes que poseen fuera los deudores es perfectamente lógica y explicable, pues el acreedor debe buscar ayuda y protección no solamente en el país del deudor, sino particularmente ante sus propios tribunales, máxime cuando se presente la ocasión de poder proceder ejecutivamente, como ocurre en materia de empréstitos contratados con casas exportadoras o por empresas que tienen participaciones en el extranjero. Y SCALEFATI (160) también toma en cuenta que el deudor posea bienes en el extranjero, pues ello le pone en condiciones de cumplir la prestación pactada, aunque esto implique una mayor carga o sacrificio.

Los tribunales también han apoyado sus fallos en este sentido y han admitido la existencia de bienes en el extranjero como prenda

En este sentido también se expresa la casación italiana, cfr. Cass. it., 16 enero 1933; Ap. Milano, 26 noviembre 1937, en *Foro Italiano*, I (1938) 273.

(157) Cfr. en *Devisenarchiv* (1936), 364; en *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, II (1952) 1437.

(158) Véase nota anterior.

(159) SCHOO, *op. cit.*, págs. 859 y 860.

(160) SCALEFATI, *op. cit.*, pág. 49.

sobre la cual pueda ejecutarse el cumplimiento de obligaciones pendientes. Así, una sentencia del Tribunal de Comercio de Saint-Gall (161) admite que, probada la existencia de bienes fuera del Reich, es innecesario el examen de la ley aplicable a la obligación e indiferente el lugar de pago consignado en el contrato. La sentencia razona, además, que al tener el deudor bienes fuera de Alemania, y dado que lo es de una suma de dinero, responde del cumplimiento de la obligación con todos sus bienes muebles e inmuebles, teniendo el acreedor derecho a embargar los bienes que no están sometidos a la soberanía del legislador alemán.

En este mismo sentido, el Tribunal de Amsterdam, en sentencia de 18 de junio de 1935, condenó a la Sociedad Ostram a pagar los intereses de su empréstito 7 por 100 1925, no obstante las restricciones alemanas, porque la obligación se hallaba sometida al derecho local y el hecho de la imposibilidad de transferir las sumas necesarias de Alemania a los Países Bajos no excluía la posibilidad de procurarse de otra forma el dinero en este último lugar. El Tribunal del Distrito de Amsterdam decidió, igualmente, en sentencia de 23 de junio de 1936 (162), que la legislación alemana sobre divisas no podía impedir que el acreedor se procurara un título ejecutivo para el cobro de su crédito sobre bienes situados fuera del Reich.

La Sala primera del Tribunal Federal suizo, en sentencia de 8 de octubre de 1935, también mantuvo que las leyes alemanas sobre divisas no tienen efecto liberatorio por lo que respecta a la obligación del deudor alemán pagadera en Suiza; en consecuencia, el deudor no puede oponerse, apoyándose en dichas leyes, a un embargo realizado por sus acreedores extranjeros sobre bienes actuales en Suiza.

El Tribunal de Casación italiano, en sentencia de 30 de julio de 1937, igualmente reconoció que las restricciones de divisas del país del deudor no hacen imposible el cumplimiento por éste, en el caso de que posea bienes en el país del acreedor que puedan satisfacer sus pretensiones.

Además de la posesión de bienes fuera del territorio de control de cambios, el deudor tiene otros recursos para que no queden incumplidas sus obligaciones. Ya sea una persona individual, o jurídica (y con mayor razón las grandes empresas industriales o financieras), pueden obtener un préstamo con garantías mobiliarias o inmobiliarias (163), puede realizar la venta de títulos, hacer un depósito del crédito en cuenta bloqueada (163 bis), o bien disponer la

(161) S. 7 marzo 1933, en *Nouvelle Revue de Droit International Privé* 2 (1935) 428.

(162) Cfr. en *Revue Critique de Droit International*, XXXII (1937) 474, con nota de E. Z. REIBOCK.

(163) Cfr. DOMKE, *Les garanties des tiers dans les emprunts internationaux*, en *Revue de Science et de Législation Financières* (1936) 598.

(163 bis) Cfr. MAXCIOTTI, *Conti e depositi bancari soggetti a controllo valutario*, en *Il regolamento dei pagamenti internazionali*, Milano, 1960, pág. 177.

apertura de un crédito irrevocable con aval de documentos. Todas estas posibilidades, y especialmente la última, según ASCARELLI (164), se han generalizado en la práctica de los negocios internacionales, debido a las dificultades que la legislación valutaria interpone entre los diferentes países.

## II. LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ANTE EL SISTEMA DE CONTROL DE CAMBIOS

Es que, además, si no se adoptasen por el deudor cualquiera de estos modos de cumplimiento, tampoco puede eximirse o irresponsabilizarse de sus obligaciones en virtud del principio tradicional, y que tiene alcance universal, por el que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros” (artículo 1.911 del Código civil español) (165).

El deudor, pues, no puede invocar un obstáculo como es el de una determinada política de control de cambios, como una causa de imposibilidad absoluta que le exonere del pago de sus obligaciones. En el orden internacional, creemos con BROGGINI (166) que el criterio de la actividad debida responde necesariamente a la interpretación local. El deudor que se declara irresponsable de la pretendida falta o defecto de ejecución no le puede ser impuesta otra prueba que la de haber actuado de un modo adecuado, conforme a las disposiciones del lugar en que debía de actuar. Es que, según ha afirmado el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en una sentencia relativa a unos empréstitos rumanos (167), “es necesario señalar que, hecha abstracción de las normas de orden público, es posible que no sea la misma ley la que rija la obligación en todas sus relaciones. La distinción que parece se impone para las necesidades del negocio es ciertamente aquella entre la sustancia de la deuda, que es, concretamente hablando, el objeto de la obligación del gobierno rumano respecto a los diversos acreedores, se determina por la ley rumana, mientras que ciertas modalidades de pago, elementos concretos de la actividad ejecutiva, conciernen a la ley del lugar donde tal actividad se desarrolla”. Que la legalidad de la sustancia del débito no sea determinada por la ley francesa, no excluye —a juicio de dicho tribunal— que la moneda de pago en la que debe o puede realizarse en Francia, dependa de la ley francesa.

(164) ASCARELLI, *Compensazione valutaria e cambio traistizio*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1951), 303.

(165) Sobre las razones a que atiende: NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*. Milano, 1954; GAETANO, *La responsabilità patrimoniale*, en *Trattato de Vassalli*, XIV, 11 (Milano, 1956).

(166) BROGGINI, *Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, cit., pág. 28.

(167) *Cour Permanente de Justice International*, Serie A, núm. 20/21, y *Recueil des Arrêts*, Ley de (1929) 41.

Aquí, el Tribunal Internacional no hace más que reconocer el principio aceptado universalmente de la *lex loci solutionis* y con ello la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones dinerarias según las normas positivas locales generalmente impuestas.

Por lo tanto, en base al principio de genericidad de las obligaciones dinerarias y de la *lex loci solutionis*, se producen dos fenómenos típicos para el cumplimiento de las mismas, en caso de que se produzca una imposibilidad de pago normal o específico: la conversión legal de la moneda y la ejecución forzosa de bienes.

## 12. LA CONVERSIÓN LEGAL DE LA MONEDA

Agotados o eliminados los diversos medios de cumplimiento, que hasta ahora hemos examinado para el deudor, siempre es posible uno por sus caracteres de permanente e inagotable: el pago en moneda de curso legal. O sea, que pactada una obligación de moneda específica, su pago o cumplimiento ha de hacerse en la moneda pactada, y de no ser ello posible, en la moneda de curso legal. Tal fenómeno se produce como consecuencia de la naturaleza de las obligaciones monetarias y no supone una modificación o novación de la obligación, sino la "conversión legal de la moneda". Es decir, que debido al propio fundamento legal se produce la conversión de la moneda, al operarse mediante la sustitución de la "moneda de cuenta" (money of account") por la "moneda de pago" (money of payment) (171). Se trata de un principio derivado de la propia naturaleza del dinero que la ley considera en cuanto éste supone un instrumento universal de medida del valor, un medio de cambio y un objeto de pago. Es que, como advierte ASCARELLI (172), dada la conversión dispuesta por la ley, el perecimiento de la moneda en la que la deuda debe ser pagada no representa un caso de perecimiento del objeto de la prestación, sino, simplemente, un caso de conversión necesaria de dicho objeto en un objeto diverso; esta conversión viene dispuesta por la ley independientemente de manifestaciones de voluntad del deudor y del acreedor y deben sufrirla sin poder escoger las consecuencias que se derivarían por el perecimiento del objeto.

Gracias a este principio de las obligaciones monetarias y de su conversión se sobrepasaron las dificultades que creaban las diversas

(171) En la jurisprudencia, cfr. *Cour de Thrace* (Grecia) 1936, núm. 70, en *Clunet*, 64 (1937) 611; Tribunal de Nápoles, 21 febrero 1936. En la doctrina: DACI, *Conversión de Foreign Money*, en *The American Journal of Comparative Law*, III-2 (1954) 155, y *Money of Reference and Conversion of Foreign Money*, en *The American Journal of Comparative Law*, V-3 (1956) 512; BAXTER, *Foreign Currency Obligations*, en *The Canadian Bar Review*, XXXV-6 (1957) 697. Se habla también de "moneda de liquidación" y "moneda de valoración" por EVAN, *Rationale on valuation for foreign money obligations*, en *Michigan Law Review*, LIV (1956) 307.

(172) ASCARELLI, *Controllo sulle divise e debiti de moneta estera*, cit., página 219.

nacionalidades con su moneda peculiar (173). Los modernos Códigos civiles, conscientes de ello, han previsto el caso y sancionan con una disposición al efecto dicha conversión. El artículo 1.170 de nuestro Código civil es el precepto claro y rotundo que lo admite, conciliando así la naturaleza universal y genérica del dinero con la particular y específica de la moneda (174). Según dicho artículo, "el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España". Como la moneda de plata y oro fué privada de curso legal por la Ley de 20 de enero de 1939, y la Ley de 9 de noviembre del mismo año dispuso que los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago, con pleno poder liberatorio, tenemos que con el pago realizado con dichos billetes, el deudor libera sus pagos. O sea, que por la propia autoridad de la ley es como se realiza la conversión (174 bis).

Nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de confirmar este principio e interpretar dicha materia. La sentencia de 10 de marzo de 1925 rotundamente manifestaba que la moneda extranjera estaba empleada como medio de expresión o cálculo de valor adecuado, de modo que el deudor pueda pagar en otra especie, haciendo la conversión adecuada. Y la sentencia de 3 de julio de 1936 no estimaba la imposibilidad de pagar en marcos, a pesar de la prohibición del Decreto de 29 de mayo de 1931, pues siempre era posible hallar la equivalencia entre ambas monedas (la alemana y la española) según la cotización del día del pago o de interposición de la demanda. Ultimamente, la sentencia de 9 de noviembre de 1957 (174 ter) insiste en que ante la imposibilidad de la entrega en especie se dé el contravalor en pesetas, según el día del pago o la fecha de la sentencia.

La doctrina extranjera, en general, toma en cuenta las cuestiones centrales que la conversión implica (175), tanto en lo que se refiere a las cuestiones específicas que presenta (176), como a los conflictos

(173) Cfr. Rault, *Des difficultés relatives à la monnaie de paiement dans le domaine des obligations émises par les collectivités*. Paris, 1929.

(174) Sobre la distinción entre los conceptos "dinero" y "moneda", atribuyéndole al primero un significado teórico más universal y, al segundo, una apreciación más empírica y local, nos remitimos a una explicación y fundamentación más amplia en nuestro estudio, de próxima publicación, "El régimen jurídico del dinero".

(174 bis) En el mismo sentido HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., I, 414.

(174 ter) Una crítica en HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.* I, 415 a 417.

(175) Cfr. MAYER, *Dettes en monnaies étrangères et dettes de monnaies étrangères (cours de conversion)*, en *Revue de Droit bancaire* (1926), 241; RHEINSTEIN, *Die inländische Bedeutung einer ausländischen Zwangsvollstreckung in Geldforderungen*, en *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, VIII (1934) 277; TRIPFEN, *Problemi attuali della conversione monetaria*, en *Moneta e Credito* (1954), 65.

(176) Cfr. JEZE, *La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans les emprunts publics d'Etat*, en *Revue de Science et de législation financières* (1924), 5; PICARD, *La dépréciation monétaire et la monnaie de paiement*

contables de su aplicación (177). A propósito de una sentencia dictada por el Tribunal de Roma (178), ASCARELLI analizó los principales extremos que la conversión trae consigo, además del fundamental de la licitud de la cláusula de moneda extranjera, al que viene anejo. El autor analizaba los siguientes extremos: a) La licitud de la cláusula de moneda extranjera; b) La necesidad de la conversión de la suma de moneda extranjera estipulada con el equivalente en moneda nacional; c) La aplicación a tales fines del curso de cambio oficial.

a) Para ASCARELLI la primera afirmación que hace la sentencia, respecto a la licitud de la cláusula de moneda extranjera, estaba ya confirmada por la casación italiana. El argumento principal sostenido para admitir su validez era la consideración de que las deudas de moneda extranjera con cláusula "efectivo" no constituyen deudas de valor, sino que continúan siendo obligaciones pecuniarias. Tal carácter supone que el deudor de moneda extranjera, en caso de imposibilidad de poseerla, pueda pagar en moneda extranjera al cambio del día del cumplimiento, constituyendo dicha facultad una *facultas solutionis* que no modifica el objeto de la obligación.

La facultad de solución de la deuda de moneda extranjera en moneda nacional (como conversión necesaria al estar prohibida o ser imposible el pago en moneda extranjera por imposición de un régimen de control) tiene su justificación en la regla tradicional "*una in alia moneta solvi potest*", fundamentada en el indiferente modo de pago en una u otra moneda dentro del régimen de libertad de cambios y sobre la consideración de que la moneda nacional es siempre medida de valores y definitivamente medio de pago. De aquí que sea usual, por una parte, la facultad del deudor de moneda extranjera de pagar en moneda nacional y, por otra, la necesidad de esta conversión (debido a la imposibilidad de la prestación específica) cuando el deudor no pueda pagar en la moneda extranjera pactada. Esta segunda consecuen-

*dans les contrats entre particuliers, en Recueil de Droit commercial* (1924), 83; PERROUD, *La détermination de la monnaie de paiement, la clause "paiement-or" et le problème du change, en Clunet*, 51 (1924) 628; TENEKIDES, *La détermination de la monnaie de paiement dans le dernier état du droit hellénique mis en parallèle avec le droit étranger, en Clunet*, 60, 60 (1933) 555; PELLIZZI, *Clausola di pagamento all'estero in moneta straniera, en Foro Padano*, I (1951) 323; SAN TINI, *Congelamento di crediti all'estero e corso dei cambi, en Giurisprudenza della Cassazione civile* (1954), 65.

(177) Cfr. ROZIS, *La monnaie dans les paiements. Moment auquel la conversion doit s'effectuer, en Revue des Ventes et Transports* (1925), 207; BUTERA, *Prestazione e conversione. Nota a la Cassazione* 3.12.1926, en *Giurisprudenza Italiana*, I-1 (1927) 6; sobre la fecha de la conversión de la moneda extranjera, cfr. en *Clunet*, I (1924) 1088 y 64 (1937) 611. El Tribunal de Nápoles, en sentencia de 21 febrero 1936, manifestó que a las obligaciones emitidas por una sociedad italiana en América (USA), pagaderas en Norteamérica, Inglaterra y Suiza, se les aplica la Ley federal americana de 5 de junio de 1933, que declara ineficaz la cláusula oro y establece que todas las obligaciones contratadas en dólares oro se deben pagar con plena eficacia liberatoria en dólares-papel.

(178) Cfr. en *Rivista di Diritto della Navigazione*, II (1950) 203, con nota de ASCARELLI.

cia de la necesidad de la conversión está para ASCARELLI (179) históricamente constatada independientemente de la primera y continúa estando universalmente admitida, mientras que la primera encuentra escaso campo de aplicación en los países en que está vigente el control de cambios.

b) La otra afirmación que establece la sentencia del Tribunal de Roma es la de la necesaria conversión en moneda nacional, la cual se ha de efectuar según el cambio del día del cumplimiento (180) y donde, incluso, se da la responsabilidad del deudor moroso por la desvalorización en la que ha de tener lugar el pago (181).

En líneas generales se pueden distinguir aquí las relaciones internas de las internacionales. En estas últimas, la legislación de control de cambios supone en muchos casos una derogación de la *facultas solutionis* e impone como principio fundamental la necesaria conversión de la moneda extranjera en moneda nacional (182). Es que, según aclara ASCARELLI (183), la legislación vinculadora o de control no se basa en la distinción de las relaciones internas e internacionales, sino que analfáticamente se refiere a una serie de hipótesis y al poder discrecional de los órganos de control de cambios. Se encuentran así, entre dos Estados relaciones que es necesario coordinar dentro de su ámbito territorial y jurisdiccional (184).

c) La última afirmación de la sentencia que contempla ASCARELLI atiende al cambio aplicable que se basa en el curso de cambio del día

(179) ASCARELLI, *In tema di clausole di moneta estera, conversione di moneta nazionale; influenza della legislazione di controllo dei cambi e cambi vigenti per la lira*, ahora en *Studi giuridici sulla moneta*. Milano, 1952, páginas 203 ss., y en *Obbligazioni pecuniarie*, cit. pág. 344. También GALLUPI, *Questioni sul pagamento in moneta estera e in tema di cambio*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, II (1922) 189.

(180) Sobre la fecha de la conversión de la moneda extranjera, cfr. en *Chunet*, 51 (1924) 1088; PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Obrigações pecuniarias*. Lisboa, 1956, 253 ss.

(181) Cfr. ROZI, *L'execution des obligations (paiement) et les variations de la valeur de la monnaie*. Vannes, 1924; GASTON, *Les variations du change et leur influence sur les contrats entre particuliers*. París, 1925; SAUVAGE, *La responsabilité des hausses ou baisses des cours en cas de retard à la livraison*, en *Revue de Droit maritime comparé*, 15 (1927) 1 ss. Un caso similar lo resolvió nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 30 octubre 1957.

(182) Cfr. GEORGLAES, *Du paiement en monnaie étrangère*, en *Revue de Droit français* (1926), 26; HUBERT, *Note sur la monnaie de paiement dans les contrats internationaux*, en *Recueil Sirey* (1928), 161; SALANDRA, *Prestito obbligatorio pagabile in diverse valute*, en *Foro Italiano* (1947), 195; GRAZIANI, *Questioni in tema di obbligazioni stipulate in valute italiana ed estera*, en *Studi di Diritto civile e commerciale*. Napoli, 1953; PELLIZZI, *Clausola di pagamenti all'estero in moneta straniera*, en *Foro Padano*, I (1951) 323.

(183) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 207.

(184) La doctrina anterior al sistema de control de cambios ya estima y resuelve las colisiones internacionales de obligaciones dinerarias. Cfr. HARTMANN, *Internationale Goldschulden*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 65 (1882) 147; REUTHERSKJOLD, *De la loi doit régir les obligations contractuelles d'après le droit international privé*, en *Chunet*, 26 (1899) 462. Con posteriori-

del cumplimiento; la discusión se basa en el tipo de cambio que habrá de aplicarse.

Por lo que respecta a la nación italiana, la aplicación del cambio oficial viene limitada a la ejecución forzosa de créditos en moneda extranjera pagables al extranjero y a las cláusulas de moneda extranjera estipuladas por residentes en Italia. En cambio, los créditos de moneda extranjera, relativos a exportaciones de mercancías y servicios, no quedan sujetos a la legislación de control en las cuentas de extranjeros residentes en Italia, salvo los casos de ejecución forzosa que deberán ser pagados por su equivalente en moneda nacional.

En cuanto al régimen monetario español, puede afirmarse que los tres extremos considerados por la sentencia italiana tienen la misma consideración e idénticos resultados.

En primer lugar, la licitud y validez de las cláusulas de moneda extranjera (en sus dos variedades, "cláusulas de moneda extranjera" y "cláusulas valor moneda extranjera"), dentro del régimen monetario español, es patente, ya que no existe una norma legal que expresamente las rechace, sino, por el contrario, quedan autorizadas en base al artículo 1.170 del Código civil (185). Tampoco pueden considerarse tácitamente inválidas por la existencia de una legislación de control, como algunos autores han pretendido (186), pues, al ser posible la obtención de una autorización para recibir divisas, tenerlas o transferirlas, quiere decir que dichas cláusulas son válidas y nada se opone a su posible pacto. Además, según hemos ya demostrado (187), tal legislación especial en nada afecta a la sustancia de la obligación o contrato, sino tan sólo indirectamente al modo de ejecución, por lo que no cabe la sanción de nulidad, según demostró también el Tribunal Supremo (188). Antes

---

dad: CERETTI, *Le obbligazioni nel diritto internazionale privato*. Torino, 1925; DE NOVA, *L'estinzione delle obbligazioni convenzionali nel diritto internazionale privato*, Pavia, 1931; BALTIFOL, *Conflicts de lois en matière de contrats*. Paris, 1938; RLEMANN, *Die Schuldverträge im internationalen Privatrecht*. Dresden, 1939; WENGLER, *Studien zum internationalen Obligationenrecht*, en *Mélanges Ströit*. Atene, 1941; REICHEL, *Schulden in Auslandswährung*, en *Juristenzeitung*, XVII, 213, y el caso "Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.", 2, W. I. R., 183, en *The International and Comparative Law Quarterly*, 5/2 (1956) 295.

(185) Véase lo dicho más arriba, epígrafe 5.

(186) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español Común y Foral*. III. *Derecho de obligaciones*, 8.ª ed. Madrid, 1954, pág. 274; PELAYO HORR, *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1944) 48; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, página 246, quien distingue ambas y sólo considera nula la primera; PITTG BRUNTAU, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho general de las obligaciones*, I-2 (Barcelona, 1959) 338; DEL ARENAL, *La desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*, en *Revista de Derecho español y americano*, IV-20 (1959) 1027.

(187) BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, cit. *passim*.

(188) SS. 19 octubre 1944, 3 octubre 1957 y 8 abril 1958. Concretamente, la sentencia 3 julio 1939, dijo que el pacto de pagar en moneda extranjera no es ilícito. Y la sentencia 3 julio 1943 afirmaba que se admitía la cláusula de

al contrario, nuestro más alto Tribunal las reconoce y aplica con un sentido valorativo (189).

Respecto a la necesaria conversión en moneda nacional y el curso del cambio, nuestro Derecho positivo es claro y rotundo en su artículo 1.170 del Código civil, así como la posición que adopta el Tribunal Supremo; en diversas ocasiones este Tribunal tuvo oportunidad de manifestarse para afirmar que la equivalencia o cotización de la moneda extranjera se hará conforme al día del pago de la demanda (190), o bien en la fecha del emplazamiento del demandado (191), o según la cotización que rija en el momento del pago (192). La reparación del daño causado y la responsabilidad del deudor moroso, ante la influencia que tiene la variación del valor del cambio a través del tiempo, es considerada también por nuestro Tribunal Supremo para fijar la cotización aplicable: así, se dice que para la conversión a pesetas de francos oro (en demanda de indemnización a una compañía de aviación), "la obligación de reparar el daño causado nace del hecho que lo origina... y no de la sentencia que declara la obligación... y, por tanto, a aquel momento es preciso atenderse" (193). Y en un caso de transporte marítimo, afirmaba que "el flete pactado en dólares debe ser satisfecho de acuerdo con la cotización vigente (1 dólar = 40 pesetas) al ser puesta a su disposición la mercancía en octubre de 1950, y no según la cotización de agosto de 1949 (1 dólar = 16,40 pesetas), cuando estaba a disposición pero no fué recogida, ya que el retraso habido en la entrega de la mercancía no es imputable al transportador, sino al destinatario, por lo que debe pechar con las consecuencias de su morosidad" (194).

Dentro de nuestro régimen de control, el cambio se fija diariamente por el "Instituto Español de Moneda Extranjera", a través de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y conforme a sus datos se ha de hacer la conversión. No obstante, al haberse seguido un sistema de cambio múltiple, se excepcionan ciertos cambios bajo un signo preferente, como sucede con las ventas de bienes y valores de españoles en el extranjero (195), las rentas de estos mismos españoles en el extranjero (196) y ciertas importaciones y exportaciones (197).

Otro problema que plantea la legislación de control es el riesgo del cambio que se produce a consecuencia del lapso de tiempo entre el pago por el deudor y la recepción del pago por el acreedor, al tener que reali-

moneda extranjera como válida y lícita, pues estaba conforme con los artículos 1.255, 1.258 y 1.170 del Código civil.

(189) S.S. 29 octubre 1895, 10 marzo 1925, 3 julio 1936, 3 julio 1943, 23 diciembre 1954, 3 octubre 1957 y 9 noviembre 1957.

(190) S. 3 julio 1936.

(191) S. 23 diciembre 1954.

(192) S. 9 noviembre 1957.

(193) S. 6 julio 1957.

(194) S. 3 octubre 1957.

(195) Orden de 19 de diciembre de 1947.

(196) Orden de 12 de mayo de 1948.

(197) Decreto de 3 de diciembre de 1948.

zarse a través de la Banca y en espera de las órdenes del Instituto controlador de divisas. La solución de este problema suele encontrarse a través de un análisis de la intención de las partes y parece razonable que a falta de convención se admita que el riesgo producido por las alteraciones del cambio (favorable o desfavorable) sea para el acreedor, sobre todo cuando se trate de una obligación contraída después del establecimiento de la reglamentación de control de cambios.

Otra cuestión específica también se planteó al "Instituto Español de Moneda Extranjera", al presentarse varias reclamaciones en relación con el cambio que se aplica a las liquidaciones de divisas extranjeras correspondientes a cesiones efectuadas en virtud de permisos de importación concedidos por el Ministerio de Industria y Comercio, y que fueron devueltas por no haberse podido realizar las importaciones oportunas u otras razones.

Al hacerse las liquidaciones de dichas devoluciones al cambio de compra, representando para el importador el quebranto que supone la diferencia entre los tipos de compra y venta y al no ser justo que esta diferencia fuera a cargo del Instituto, que, por su parte, tuvo que pagar en muchos casos intereses por las cantidades de divisas entregadas a los importadores, la Circular núm. 44, de 13 de abril de 1942, dispuso: "1.º A las devoluciones de divisas extranjeras, que se hagan como consecuencia de no poderse realizar las importaciones a que estaban destinadas, les será aplicado el cambio a que en su día se efectuó la cesión por parte de este Instituto. 2.º Como compensación del quebranto que para el Instituto representa el desembolso en divisas extranjeras, cargaremos el cuatro por ciento anual por el tiempo que medie entre nuestra cesión y la devolución. 3.º El Instituto se reserva el derecho de no aplicar las normas del apartado 1.º en el caso de una posible devaluación de la divisa extranjera objeto de la operación en el período transcurrido entre la cesión y la devolución."

Se llega a la conclusión de que mediante la conversión legal que se produce en las obligaciones monetarias, el deudor queda sin disculpa para alegar la imposibilidad de cumplimiento o pago de las mismas.

### 13. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE BIENES

Un último recurso jurídico, de carácter universal, para que las obligaciones y contratos no queden incumplidos es aquel que tiene todo acreedor frente a su deudor con la ejecución forzosa de bienes. Ante un deudor a quien le falte moneda específica e, incluso, el numerario (o sea, moneda legal de curso obligatorio), se recurre a este medio, uno de los más idóneos para el logro del cumplimiento de las obligaciones. Dice NUSSBAUM (198), a este respecto, que nada impide al acreedor iniciar un juicio por cobro ante los tribunales locales; el acreedor —añade este autor— puede también embargar, sin necesidad de permiso previo, los capitales situados dentro del Estado, creando de este modo una jurisdicción *quasi-in-rem* contra el deudor, norma que

(198) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit. pág. 630.

podría ser igualmente aplicable en otros países. Todo ello se debe, aclara NUSSBAUM (199), a la esencia de una decisión que condena al deudor al pago de una suma de dinero, consistente en abrir la vía ejecutiva para que el acreedor pueda cobrarse compulsivamente sobre sus capitales, tenencias o haberes. Este punto de vista, añade, es aplicable con particular fuerza a los bienes que el deudor posee dentro de la jurisdicción del tribunal que ha dictado la sentencia condenatoria. Parecería extraño negar al acreedor local, concluye, el derecho de cobrar su crédito sobre esos capitales por la única circunstancia de que sus derechos se vean anulados por una ley extranjera dictada en el solo interés del país extranjero.

De este criterio participa SCHROO (200), quien, al contemplar la legislación alemana de control en la época nacionalsocialista, afirma que los acreedores extranjeros, frente a la excepción de fuerza mayor alegada por los deudores alemanes, sostienen su derecho de ejecución al deudor, cuando éste tiene bienes fuera de Alemania, situación que es perfectamente lógica y explicable, pues el acreedor debe buscar ayuda y protección no solamente en el país del deudor, sino particularmente ante sus propios tribunales, máxime cuando se le presente la ocasión de proceder ejecutivamente, especialmente en materia de empréstitos contratados con casas exportadoras o por empresas que tienen participaciones en el extranjero.

CASPARIUS (201) igualmente observa que las prohibiciones contenidas en la ley alemana sobre divisas castigan también los actos de dispersión relativos a bienes situados en el exterior, pero no impiden su ejecución forzosa ordenada por la autoridad extranjera.

El principio del exacto cumplimiento de las obligaciones y contratos no sólo se recoge en la orientación continental europea, sino que también se afirma en la anglosajona. MANN (202) dice que si el deudor no puede pagar a su acreedor, sí puede siempre depositar (consignar) la suma en un tribunal; de no hacerlo de este modo, se le puede declarar en quiebra.

Tribunales como el de Oslo (203) han resuelto que no podía ser tenida en cuenta la legislación alemana, aun tratándose de relaciones entre acreedores y deudores alemanes, pues dichas leyes —más bien reglas administrativas— son inaplicables en Noruega, no pudiendo prohibir el legislador extranjero las medidas de ejecución forzosa en otro país.

Queda, pues, bien patente que el principio del cumplimiento de las obligaciones es de carácter universal, y para su realización existen una serie de modos de ejecución, según vimos, que lo posibilitan en todo caso.

(199) NUSSBAUM, *op. cit.* ant., pág. 644.

(200) SCHROO, *op. cit.*, pág. 859 ss.

(201) CASPARIUS, *Ungelöste Fragen der deutschen Devisengesetzgebung*, en *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 86 (1936) 83.

(202) MANN, en *Le contrôle des changes*, cit., pág. 206.

(203) Cfr. en *Bulletin dell'Institut Juridique International* (1936), n.º 9476.