

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS COMENTADAS

El contenido y la validez de las cláusulas «moneda oro o plata»

(Comentario a la Sentencia de 2 de diciembre de 1961)

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho contemplado.—2. La postura actual adoptada por el Tribunal Supremo.—3. La distinción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas de «estilo».—4. La forma y el contenido de las cláusulas «moneda oro o plata» y «valor oro o plata».—5. La validez de las cláusulas de estabilización «moneda oro o plata» ante el curso forzoso del papel moneda.—6. El préstamo hipotecario con cláusula de estabilización.

1. *El supuesto de hecho contemplado.*

En garantía de un préstamo de veintiséis mil pesetas, se grava con una hipoteca, el día 4 de noviembre de 1926, por el plazo de ocho años. En dicha hipoteca se subroga L. M. S. que constituye otra hipoteca a su favor por un préstamo de cuarenta mil pesetas, por un plazo de cinco años, según escritura pública de 30 de enero de 1930. Con posterioridad, el 9 de diciembre de 1935, se confirman dichos préstamos en documento privado.

Caídos en mora, los deudores pretenden liquidar las dos hipotecas el 19 de julio de 1955, para lo que consignan las cantidades debidas por negarse el acreedor L. M. S. a recibir el principal de las mismas ofrecido; este último alega ser mayor la cantidad debida en base a la escritura de constitución de hipoteca de 1926, donde se pactaba por las partes: «obligándose a devolverla dicha suma... en buenas monedas corrientes de oro o plata, o bien en billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto alguno para la misma». Que, igualmente, por escritura de hipoteca del año 1931 se pactó: «El pago del capital e interés se hará... en moneda de oro o plata corriente, con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituya aun que fuese declarado de curso forzoso». Asimismo, por un documento privado de 9 de diciembre de 1935, se pactó una cláusula en donde se acordaba: «el pago de los capitales en los créditos a favor de L. M. S.... se habrá de efectuar en moneda de oro o plata.»

Hasta aquí tenemos la relación de hechos fundamentales objeto del debate de la presente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1961. Veamos la doctrina que se sienta.

2. *La postura actual adoptada por el Tribunal Supremo.*

La Sentencia dictada se destaca rotundamente de la línea anterior seguida por el Tribunal Supremo acerca de las llamadas «cláusulas moneda oro o plata».

La presente Sentencia establece los siguientes considerandos: «Que el problema medular, tanto del juicio como del presente recurso de ca-

sación, queda circunscrito a determinar si la fórmula adoptada en los diversos documentos otorgados entre los interesados para regular el pago de los créditos garantizados con hipoteca y sus intereses, constituyen una verdadera cláusula de compensación o estabilización, una cláusula valor en suma, o si, por el contrario, deben reputarse simplemente como cláusulas de estilo; y teniendo en cuenta que la circunstancia que caracteriza la «cláusula valor» como la viene elaborando la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, consiste en que el pacto se contraiga no sólo a que el pago había de hacerse en una moneda o en una especie determinada, sino que es imprescindible que los interesados remarquen su intención de que no hacerse en tal forma el pago por imposibilidad u otra causa, se hará en su equivalencia en relación a la moneda de curso legal o la especie existente en el mercado al momento del pago; y a tal definición y concreción habría de estarse al resolver el problema planteado.»

«CONSIDERANDO: que sentada la anterior doctrina, del estudio de la escritura de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiséis se desprende que las partes pactaron que el pago se haría «en plata, oro o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto» lo que excluye toda idea de «cláusula valor oro o plata» en cuanto se intentó el pago en billetes, sin descuento ni quebranto alguno, conforme a lo pactado, que en ningún momento expresó que el pago se haría en oro o plata o su equivalencia en billetes del Banco; y en la de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta la fórmula empleada fué que el pago se haría en oro o plata «con exclusión de cualquier clase de papel que lo sustituya, aunque fuese declarado de curso forzoso», pacto que aparte de ser nulo por contrario a la ley en cuanto obliga al pago en plata u oro físicos, en contra de la prohibición de su tenencia y circulación, vulnerando también las disposiciones sobre el curso forzoso y el poder liberatorio de la moneda papel, tampoco contiene el elemento esencial de obligar al abono de la equivalencia del valor oro; viniendo corroborado todo ello con el contenido del documento privado de nueve de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, novatorio de los pactos anteriores y en que los interesados se limitan a consignar que el pago se haría «en oro o plata» sin adoptar otra compensación o suplemento; y en su consecuencia el deudor cumplió su obligación al hacer el pago en papel moneda de curso legal, conforme le autoriza el artículo mil ciento setenta del Código civil... por lo que decae el primer motivo del recurso», «anáxime —añáde— si se tiene en cuenta el carácter eminentemente formal de la hipoteca que exigiría la constancia de la cláusula valor en el Registro de la Propiedad, que no ha tenido lugar.»

«CONSIDERANDO: que... al no ser cláusula valor ninguna de las consignadas, se ha interpretado rectamente lo pactado; sobre todo, si además se tienen en cuenta los actos del arrendador que cobró en moneda papel los intereses de la cantidad prestada con posterioridad al contrato de mil novecientos treinta y cinco; y sin que obste para ello el hecho de que se haya revalorizado la finca hipotecada puesto que ello no afecta al préstamo y lo único que implica es un aumento de la garantía en beneficio del acreedor.» Y que «tanto el ofrecimiento de pago como la consignación se hizo en papel moneda de curso legal y sin contravenir con ello lo pactado».

3. *La distinción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas de estilo.*

Es indudable que el problema medular, según se afirma en la Sentencia comentada, queda circunscrito a determinar si la fórmula adoptada en los diversos documentos otorgados por las partes, con objeto de regular el pago de los créditos garantizados con hipoteca, constituye una verdadera cláusula de estabilización, una cláusula valor o, por el contrario, debe reputarse mera cláusula de estilo. Efectivamente, ésta es la cuestión principal planteada y de la que se deben deducir las consecuencias oportunas. Por tanto, aparece una primera puntualización a realizar: lo que son «cláusulas de estabilización» y lo que se entiende por «cláusulas de estilo».

Las «cláusulas de estabilización», según la doctrina comúnmente aceptada (1), son aquellos pactos que se añaden a los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida para regular el valor o precio del contrato con referencia a un producto o mercancía (oro, plata, trigo, aceite, algodón, hierro, etc.), que fluctúa con el nivel creciente o decreciente del poder adquisitivo de la moneda y permite calcular y hacer la conversión de la cantidad de dinero de curso forzoso que se ha de entregar en el momento del pago, con objeto de que represente el valor real o equivalente de las prestaciones según las circunstancias iniciales del contrato. La cantidad de pesetas a entregar dependerá, en definitiva, de la equivalencia de valores entre el dinero nominal y el del producto o índice elegido. De este modo, las partes se previenen contra una posible depreciación del dinero o de una revalorización del mismo (inflación o deflación) mediante la entrega de la diferencia calculada entre dichos valores (nominal y real) al momento del pago. En definitiva, se trata de obtener una mayor o menor cantidad de dinero de curso forzoso con objeto de estabilizar la equivalencia de las prestaciones contractuales en relación al poder adquisitivo de dicha moneda depreciada o revalorada (2). Las cláusulas de estabilización son, pues, remedios de tipo jurídico para resolver de un modo privado las quiebras de un sistema monetario anormal.

Efectivamente, son cláusulas de valor, como sostiene la sentencia que comentamos, pero no son «cláusulas de compensación», como indistintamente las califica. Es un error, ahora extendido (3), el creer que estas cláusulas

(1) Cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1944) 39; ROCA SASTRE, *Cláusula de estabilización*, en «Estudios de Derecho Privado», I (1948), 251; FENECH, *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado», 2 (1954) 141; BONET CORRERA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en «Revista de Derecho Notarial», XXIX-XXX (1960), 43; MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en «RCDI», 392-393 (1961), 273.

(2) Cfr. FONCILLAS, *La depreciación y sus efectos jurídicos* en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 90 (1932), 428; VALLET DE GOYTISOLO, *La antitesis «inflación-justicia»*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 5 (1960), 531 y sigs.

(3) Así se advierte en PELAYO HORE, *Op. cit.*, pág. 60 y 61; MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las cláusulas privadas de revalorización monetaria*, en «Revista

las solamente son puestas para favorecer o compensar al acreedor, olvidándose que dichas cláusulas son típicas en épocas de inflación monetaria y, por tanto, se pactan cuando son más perjudicados los acreedores; pero, conforme a su contenido objetivo también pueden actuar en su contra, en caso de deflación monetaria, y resultar en beneficio del propio deudor. De ahí que reciban su denominación como cláusulas de valor (ya sea éste creciente o decreciente) o cláusulas de estabilización.

En cambio, ¿qué es una «cláusula de estilo»? Si seguimos la posición actual más autorizada (4), se entienden como tales aquellos pactos o disposiciones que, generalmente por iniciativa del Notario, se aceptan por las partes y se incrustan en todos los documentos de un determinado tipo, teniendo por objeto sustituir una norma de derecho dispositivo por una norma convencional, llenar una laguna de la Ley, desplazar una presunción de derecho o rectificar una interpretación de jurisprudencia.

FARRÉ (5) hace ver cómo se trata de fórmulas notariales caracterizadas por su aparición reiterada en los instrumentos. Pueden ser de diversas clases; por su colocación, este autor distingue las iniciales, las contextuales y las finales; por su naturaleza, diferencia las esenciales de las accidentales. También conviene distinguir, según él, las cláusulas de forma interna de las cláusulas de forma externa; mientras las primeras se refieren a la estructura del negocio, expresado en el documento notarial, en cuanto a sus elementos personales, reales y de la relación jurídica establecida, las últimas son las llamadas clásicamente cláusulas de estilo.

A pesar de este eminente carácter externo y de que son generalmente puestas o transcritas en el documento público por puro interés notarial, tanto FARRÉ (6) como GONZÁLEZ PALOMINO (7) coinciden en que responden a una efectiva instrucción de los otorgantes, suponen un fenómeno vivo y vital. Las distinguen, incluso, de las llamadas «cláusulas formularias», o sea, en lenguaje castizo, de las cláusulas de estilo amojamadas y, por consiguiente, muertas. Tales cláusulas son aquellas que después de haber provocado su efecto útil siguen rodando y repitiéndose por los instrumentos vacías de

de Derecho Español y Americano», VI-25 (1961), 491. Este último autor cae en contradicción con su propio título al aducir los índices de valoración entre los años 1955 y 1960; en este último año el índice decrece y si se hubiese producido una gran deflación el índice decrecería mucho más. Además, según una terminología universalmente aceptada, cfr. NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. arg. Buenos Aires, 1954, pág. 250, mientras la «depreciación» constituye un fenómeno económico, la «desvalorización» constituye un acto legislativo.

(4) Cfr. FARRÉ, *Función de las cláusulas de estilo en las escrituras*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», III (1946), 95 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO, *Una cláusula de estilo: la de no estorbar*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1956), 580 y sigs.; y sus *Instituciones de Derecho Notarial*, I (Madrid, 1948), 508 y sigs.; GÓMEZ MORÁN, *Las cláusulas de estilo y el contador partidor*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», (1948), 630 y sigs.

(5) FARRÉ, *Op. cit.*, pág. 118.

(6) FARRÉ, *Op. cit.*, pág. 119.

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones, cit.*, pág. 508.

sentido y carentes de contenido, sin más razón que la de una rutina inveterada.

Aclarados estos conceptos, resulta difícil comprender cómo se pueden calificar de cláusulas de estilo las contenidas en las escrituras de autos cuando se pactó que se devolverían dichas sumas «en buenas monedas corrientes de oro o plata, o bien en billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto alguno», o «en moneda de oro o plata corriente». Se debe tener en cuenta que si la entrega de dinero siguiese comportando indistintamente una u otra especie, nada habría que oponer al respecto; pero cuando se pacta la entrega de moneda específica estamos ante una de las modalidades posibles y diferentes de las deudas monetarias, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1.170 y 1.174 del Código civil. Si en épocas de relativa normalidad económica ello supone ya una diferencia, tal como sucedió en el supuesto de hecho de la Sentencia, mucho más significa cuando suceden grandes fluctuaciones en el valor de la moneda.

Además, desde un punto de vista interpretativo de la voluntad de las partes no se puede desechar una cláusula con un efecto útil, debido al «descuento» y «quebranto» previsto y sucedido, tanto en el oro y la plata como en los billetes del Banco de España. Como dice STOLFI (8), parece excesivo privar de efectos total o parcialmente a una manifestación de voluntad sin que se pruebe con seguridad el efecto de intención de obligarse, es decir, de la única circunstancia que podría motivar la declaración de inexistencia del acto en su totalidad o en alguna de sus cláusulas. Ni la práctica ni la Ley exigen que los pactos sean más o menos originales para poder tener eficacia, sino que exigen a tal fin que correspondan al interno querer. Según este autor, no se puede, y sobre todo no se debe, tomar pretexto de la semejanza o identidad de uno de aquéllos con los contenidos de otras convenciones o formularios notariales para negar al primero sus efectos propios. El propio Tribunal Supremo tiene ya declarado, a propósito del artículo 1.284 del Código civil, que deben excluirse aquellas interpretaciones que hagan las cláusulas bakdías, inútiles o ilusorias (9).

La manifestación de que el pago debía hacerse en moneda de oro o plata, o ya en billetes del Banco de España, *sin descuento ni quebranto*, se trata de algo más que de una cláusula de estilo, porque en la fecha de dicho pacto, 4 de noviembre de 1926, se empezaban a notar los primeros síntomas agudos de depreciación del dinero y se estaba ante la reciente experiencia de una de las inflaciones mayores de la Historia, cual fué la alemana de 1923 en que su moneda llegó a valer mil millones de veces menos de lo que valió diez años antes.

Por lo que a España respecta, en estas fechas es cuando aparecen las primeras cláusulas de estabilización ante el temor de que una funesta experiencia, como la alemana, pudiera ocurrirle lo mismo a nuestra peseta; no era, precisamente, a través de una cláusula de estilo, repetida o gastada, el medio de cubrirse de este riesgo. Era un modo más o menos protocolario de expresar la voluntad de las partes. Ni la rutina, ni el uso habían lo-

(8) STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. esp., de Santos Briz. Madrid, 1950, pág. 289 y sigs.

(9) S.S. 18 abril 1941, 21 abril 1951 y 2 febrero 1952.

grado entonces que cristalizara una cláusula de estilo sobre el deber de entregar «buena moneda de oro, o plata o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto alguno para la misma», ¿qué rutina podía haber si el fenómeno de la depreciación constituía ya una seria amenaza?

Además, se trata de un pacto que afecta al objeto propio de la prestación del contrato; el señalar la modalidad de la prestación no puede ser objeto del contenido de una cláusula de estilo, máxime cuando se está ante una obligación pecuniaria; tiene demasiada importancia para que las partes abandonen o no especifiquen su voluntad en lo que supone materia esencial de su negocio.

Incluso, aunque estuviésemos ante una cláusula de estilo no sería de las llamadas cláusulas de estilo amojamadas, pues el pacto tiene un contenido lo suficientemente importante para que produzca sus consecuencias jurídicas. Además, tal formulación es bien conocida como cláusula de valor; pero ello requiere un examen más amplio, para demostrarlo cumplidamente.

4. *La forma y el contenido de las cláusulas «moneda oro o plata» y «valor oro o plata».*

La Sentencia que comentamos afirma que «la cláusula valor como la viene elaborando la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, consiste en que el pacto se contraiga no sólo a que el pago había de hacerse en una moneda o en una especie determinada, sino que es imprescindible que los interesados remarquen su intención de que de no hacerse en tal forma el pago por imposibilidad u otra causa, se hará en su equivalencia en relación a la moneda de curso legal o a la especie existente en el mercado al momento del pago; y a tal definición y concreción habría de estarse al resolver el problema planteado».

A pesar de tal afirmación, tenemos entendido que tanto la doctrina como la jurisprudencia opinan de otro modo.

Por lo que a la doctrina se refiere, fué NUSSBAUM (10) quien mejor puso de relieve este extremo con la finura y calidad de argumentos jurídico-monetarios que le caracterizan. Dice este autor que la cláusula oro no tiene siempre el mismo significado. Unas veces expresa que el deudor ha de entregar piezas de oro de la moneda o sistema estipulado; otras veces significa únicamente que se ha de entregar el valor de esas piezas en aquel sistema. Teóricamente aún caben otras hipótesis. Pero esto carece de importancia práctica, según NUSSBAUM, porque cuando el acreedor exige que se le pague en oro, sin añadir nada más, claro es que piensa en el metal, no en el valor solamente; pero que la prestación debe hacerse en oro amonedado se deduce, por otra parte, de la misma referencia a un sistema monetario y, por otra, de la circunstancia de que los lingotes, objetos de oro o monedas de oro extranjeras, tendrían para el acreedor mucha menos utilidad. Solamente con esa interpretación, cree este ilustre autor, se logra la garantía que, por voluntad de las partes, ha de procurar al acreedor la cláusula

(10) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*. Trad. esp. y notas de Sancho Seral. Madrid, 1929, pág. 267 y sigs.

sula oro. Con frecuencia sucede que la misma manera de formular la cláusula excluye otra interpretación, por ejemplo, las frases «en oro alemán», «en moneda alemana de oro», etc.; de la misma manera la expresión «franco oro» antes de la guerra, debía ser referida, en una interpretación nada forzada, a las monedas oro expresadas en francos, como la frase italiana «pagabile in oro effettivo», o la española «en oro o plata gruesa».

Para NUSSBAUM (11) representa un criterio inadmisibles de interpretación literal el fiar únicamente la decisión a la forma en que la cláusula aparecía redactada. A pesar de que la deuda de moneda oro y la deuda de valor oro tienen una estructura jurídica diferente, no por eso se excluyen uno u otro de los dos tipos de deuda. En efecto, el que ha de entregar monedas de oro tiene que facilitar, al mismo tiempo, el valor correspondiente a esas monedas. En este sentido se puede considerar la deuda de moneda oro como una deuda de valor oro agravada por una deuda de prestación de cosa. Esto hace que, aunque desaparezca la deuda de moneda oro (por ejemplo, en caso de ser imposible adquirir monedas de oro), subsista una deuda de valor oro (12).

El mismo criterio se mantiene en la doctrina italiana por MOSSA (13), al cual siguieron otros muchos autores (14). Un distinguido autor, el pro-

(11) NUSSBAUM, *Op. cit.*, pág. 268.

(12) En el mismo sentido cfr. ULRICH, *Die Goldklausel*. Aarau, 1932; WEBER, *Der Goldindex*, (1933); WOLFF, *Schuldverschreibungen auf Reichs- oder Goldmark mit unechter Valutaklausel*. Mannheim, Berlín y Leipzig, 1935; PLESCH, *Die Goldklausel*. Wien, 1936; DUDEN, *Neue Gesetze und Urteile über Währung und Goldklausel*, en «Zeitschrift für Ausländische un Internationales Privatrecht», X (1936), 265; STÄOFFER, *Goldklausel und Abwertung*, en «Zb JV», 73 (1937), 516; DUDEN, *Zur Frage der Rückzahlbarkeit einer Goldmarkhypothek in Reichsmark*, en «Juristische Rundschau», 2 (1947), 53. Dado que legislativamente se prohibieron las cláusulas de estabilización en el régimen actual de la República Federal Alemana, se plantea el problema de su validez futura y de ciertos casos especiales por FÖGEN, *Ist nach der gegenwärtigen Rechtslage noch die Bestellung von Goldpreisabhängigen Hypotheken möglich?*, en «Neue Juristische Wochenschrift», IX-49 (1956), 1824.

(13) MOSSA, *La clausola oro*, en «Revista di Diritto Commerciale» (1923), 58^a y sigs.

(14) Cfr. ASCARELLI, *Pagamento dei debiti con clausola oro*, en «Revista di Diritto Commerciale», II (1933), 190; DI STEFANI, *Sulla clausola contrattuali del pagamento in lire oro*, en «Foro Italiano», II (1933), 20; ANDRIOLI, *L'inefficacia della clausola oro valore e il principio di conservazione dei contratti*, en «Revista di Diritto finanziario e scienze della finanza», II (1939), 83; DALMARTELLO, *Appunti in materie di clausole oro*. Milano, 1942; ORLANDO, *Per la validità della clausola oro*, en «Revista di Diritto Privato», II (1943), 173; MOSCO, *Clausola oro*, en «Archivio della ricerche giuridiche», II (1948), col. 447; SANTORO-PASSARELLI, *Validità del contratto con clausola oro*, en «Foro Italiano», I (1949), 40; NOVELLI, *Sulla validità della clausola oro*, en «Archivio della ricerche giuridiche» (1950), col. 840; GRECO, *Ritorno alla efficacia delle clausole oro*, en «Revista di Diritto Commerciale», II (1950), 431; BERRI, *Sulla attuale efficacia della clausola oro*, en «Giurisprudenza complessiva della cassazione civile», III (1950), 164; CARNELUTTI, *Dubi sulla clausola oro*, en «Revista di Diritto Commerciale», 49 (1951), 338; FAVARA, *Efficacia della clausola oro*, en «Giurisprudenza complessiva della cassazione civile», I (1951), 945; MONTELLI, *Clausola oro e svalutazione mo-*

tesor ASCARELLI (15) hace ver concretamente cómo se reconoció explícitamente que la cláusula «dira-oro» contenía una serie de obligaciones y no suponía una cláusula de estilo, tratándose más bien de una de las formas posibles de la cláusula oro. Es que los contratos, según prescribe el Código civil italiano —así como el nuestro (art. 1.258)—, se interpretan según el uso y la buena fe y se deben comprender en ellos las cláusulas de uso; por eso cree este autor que las cláusulas oro se interpretan según el significado que les atribuye la voluntad de las partes en el uso corriente. Y ¿cuál pudo ser la voluntad de los contratantes al estipular una tal cláusula? A su juicio, sólo cabe pensar en que era salir indemnes de las oscilaciones del poder adquisitivo de la lira, apoyándose convenientemente en el oro. La concreción «oro» no se refiere a una simple modalidad del pago, sino que determina el objeto de la obligación.

De aquí que la unánime jurisprudencia italiana, francesa y alemana, así como la anglosajona (16), en el millar de casos juzgados, no han dudado jamás que la finalidad pudiese ser diversa, de que las partes se dirigiesen, no a una modalidad de pago, sino a la determinación del objeto de la obligación en una suma de oro, que por sí misma es independiente de las oscilaciones del papel moneda. Por eso, ASCARELLI opina que las partes no tienen presente el momento del pago, pero sí las oscilaciones del valor de la moneda entre la estipulación y el pago. Si no fuese este su significado, concluye, carecerían de él. Cree que sólo esta interpretación corresponde a la voluntad de las partes y tiene en cuenta la finalidad económica que han preconcebido. Es la única interpretación que responde a los principios generales de su ordenamiento, así como del español también, en materia de obligaciones. Sobre todo, puntualiza este autor, es al momento de la estipulación del contrato al que debemos referirnos para la determinación de la interpretación de la «lira oro» querida por las partes. Cuando ellas se han referido a la cláusula lira oro no lo han hecho abstractamente, sino a la «lira oro» que contiene una determinada cantidad de metal fino.

Paralelamente, la doctrina francesa opina con igual sentido. GENY (17) hace ver como la cláusula «payable en oro» es aquella mediante la que el acreedor asegura una cantidad de francos papel equivalente a la del valor de la cantidad de oro estipulada. A pesar de que la posición jurisprudencial fué muy irregular, concretamente en cuanto a la validez de estas cláusulas, no por eso se deja de identificar la cláusula oro y la valor oro. Según GENY, ni la ley ni la costumbre permiten justificar las soluciones a que llega tal jurisprudencia negativa de la validez de dichas cláusulas, debido a la debilidad y fragilidad de sus argumentos que responden únicamente a

netaria nonostante il ribasso del prezzo dell'oro, en «Diritto e Giurisprudenza» (1954), 408.

(15) ASCARELLI, *Le clausole oro e la stabilizzazione della moneta del 1927*, ahora en «Studi giuridici sulla moneta», Milano, 1952, pág. 273; también en *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna-Roma, 1950, pág. 250 y sigs.

(16) Cfr. DAWSON, *The gold clause decisions*, en «Michigan Law Review» (1935), 647.

(17) GENY, *La validité juridique de la clause «payable en oro» dans les contrats entre particuliers français en temps de cours force*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil» XXV (1926), 556 y sigs.

justificaciones de tipo económico del momento, tal como la que pretende derivar del curso forzoso. No se advierte que, con arreglo al artículo 1.895 del Código civil francés se está ante una norma de carácter dispositivo y no imperativa, por lo que cabe una derogación voluntaria realizada por las partes en cuanto se especifica la moneda de pago; así lo creen también MATER (18) y DEMOGUE (19) frente a la postura de NOGARO (20) que sólo aduce argumentos de carácter económico. Sin embargo, la civilística francesa no deja de reconocer la similar función de valorización que tienen ambas cláusulas «oro» y «valor oro» (21).

La doctrina española acepta igualmente la diferencia que existe teóricamente entre las cláusulas «moneda oro o plata» y las cláusulas «valor oro o plata», para concluir, no obstante, sus idénticos efectos. SIMÓN CANO (22) cree que para la interpretación de una cláusula «oro o plata», a pesar de la ambigüedad o confusión a que pudiera inducir su aplicación, es claro que lo que hicieron las partes fué que la cantidad dada y la recibida tuviesen el mismo poder adquisitivo o capacidad de compra, es decir, que tuviesen el mismo valor, que pudiesen adquirirse con ellas igual cantidad de mercancías.

PELAYO HORE (23) también dice que el prestamista que quiere que le devuelvan moneda oro, no lo hace (salvo en el caso de compra de oro) porque tenga un interés especial en contemplar sobre su mesa cien monedas de

(18) MATER, *Le franc-or, le billet de banque et l'ordre public*, en «Revue bancaire», II, 193.

(19) DEMOGUE, *Le cours forcé du billet de banque et ses effets*, en «Journal des Notaires et des Avocats», 152 (1921), 137.

(20) NOGARO, *La clause payable en or*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», XXIV (1925), 5.

(21) Cfr. VALERY, *La clause payable en or et le cours forcé*, en «Clunet», 43 (1916), 1132; DUPUICH, *Monnaie d'or et cours forcé*, en «Revue Politique et Parlementaire» (1920), 3; JAMES, *La clause payable en or et le cours forcé*. Thèse. Paris, 1924; PERRAUD, *La détermination de la monnaie de paiement, la clause paiement-or et le problème du change*, en «Journal de Droit International» (1924), 628; MESTRE, y JAMES, *La clause or en Droit français*. Paris, 1926; CAPITANT, *Les succédanés de la clause payable en or*, en «Daloz Hebdomadaire», I (1927), 1 y sigs.; MESTRE *La validité de la clause dite franc-or et des clauses similaires*, en «Le génie civil» (1926), 184; VOIRIN, *Le sort du contrat contenant une clause payable en or ou valeur or*, en «Revue Critique de Législation et de Jurisprudence» (1926), 379; SOLUS, *La stabilisation du franc et la clause de paiement en or au d'échelle mobile*, en «Journal des Notaires» (1928), 705; CHARRAS, *La clause payable en or et ses dérivés*. Thèse. Lyon, 1928; DOLFUS, *La clause payable en or*. Thèse. Grenoble, 1930; PRESCHI, *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*. Paris, 1937; DOMKE, *Les efforts législatifs tendent à restreindre la validité de la clause-or*, en «Revue Critique de Législation et de Jurisprudence» (1938), 30; TOULEMON, *L'indice or*, en «Revue Trimestrielle de Droit Commercial» (1948), 364; ESMERY, *Le régime de l'or et les clauses de paiement en or*, en «Gazette du Palais» (1948), 1 y sigs.; HEBRAUD, *L'or, le franc et les clauses monétaires*, en «Chronique Daloz» (1948), 137; QUADEN, *Clause-or et monnaie U. E. P.*, en «Revue de la Banque» (1951), 185 y sigs.

(22) SIMÓN CANO, *Interpretación de una cláusula sobre valor monetario*, en «Revista General de Derecho», I (1945), 496 y sigs.

(23) PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II (1946), 47.

metal áureo, sino que impone tal condición pensando en el valor, en el poder adquisitivo que tendrán aquellas cien monedas; salvo la hipótesis de compra de oro, puede sentarse la afirmación de que toda cláusula moneda-oro es a la vez cláusula valor-oro.

La misma afirmación la hace DUALDE (24) al decir que en la cláusula oro va comprendida inevitablemente una cláusula valor oro cuando las monedas oro no circulan y no hay posibilidad de tomarlas como punto de partida o de referencia. Esto hace que, aunque desaparezca la deuda de moneda oro (por ejemplo, en el caso de ser imposible adquirir moneda oro), subsista una deuda de valor oro. Igualmente QUINTANO RIPOLLÉS (25) se adhiere a esta opinión general.

Una precisión de gran interés, para la Sentencia que comentamos, es la afirmación que hace ROCA SASTRE (26) cuando advierte que, aunque teóricamente existe una diferencia entre la cláusula «moneda oro» y la cláusula «valor oro», no obstante, en rigor, atendiendo a la intención de las partes, la cláusula «moneda oro» es equiparable en definitiva la cláusula «valor oro», al menos, cuando al adoptarse aquélla había monedas de oro en circulación. El argumento básico esgrimido en favor de esta equiparación es que, de no entenderse así, la «cláusula moneda oro» resultaría completamente inútil, lo cual no cabe presuponer fuera el propósito de los contratantes. Como es natural, esta cláusula es adoptada en un tiempo en que, aparte del billete de Banco, circula moneda de oro (o plata), pero con ella se previene el caso de que al tiempo del pago no la haya, por haberse decretado el curso forzoso del papel-moneda. Si el pago de la deuda dineraria con cláusula «moneda oro» tiene lugar en un tiempo en que circula moneda oro, entonces la previsión ha sido específica y usual, y no hay problema, puesto que al acreedor se le pagará en moneda oro, aunque el billete de Banco, sea convertible, en todo momento en moneda oro en las ventanillas del Banco emisor. Otra cosa ocurre cuando, por el contrario, al tiempo del pago ha desaparecido la moneda oro de la circulación, pues entonces; una de dos: o se reputa extinguida la misma deuda u obligación dineraria en sí, por causa de imposibilidad subsiguiente de la prestación lo cual sería absurdo), o con criterio más moderno, esta extinción se limita a la prestación concreta de la especie moneda oro, pero quedando subsistente la obligación dineraria pura, como si no se hubiera adoptado la cláusula moneda oro, lo cual es inaceptable cuando la propia peseta, como unidad fundamental del sistema monetario, sufre depreciación. En definitiva, para ROCA SASTRE o se compensa o neutraliza la circunstancia de haber desaparecido la moneda oro, mediante atribuir al acreedor la facultad de exigir en billetes de Banco el valor correspondiente al metal oro, lo cual equivale a adoptar el juego propio de la cláusula «valor oro». Por tanto, concluye este autor que entre estos

(24) DUALDE, *Cláusula «pago oro»*, en «Revista de Derecho Privado», XXXI (1947), 4.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *La cláusula oro en los pagos internacionales privados*, en «Revista de Derecho Privado», XXXI (1947), 666.

(26) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario. IV. Hipotecas*. Barcelona, 1948, pág. 382, y *Eficacia de la cláusula «valor oro»*, en «Revista de Derecho Privado», XXXIV (1950), 2.

dos términos del dilema, no cabe duda que la equidad y la justicia, así como el respeto debido a lo querido por las partes, inclinan a elegir al segundo. De no ser así, ¿de qué serviría la cláusula «moneda-oro»? Evidentemente, de nada, pues en la normalidad no interesa utilizarla, y en la anormalidad carecería de eficacia.

El profesor MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA (27) también hace la advertencia de que la cláusula de pago en oro, cuando sea materialmente imposible de llevarla a cabo, por no encontrarse este metal, subsistirá en todo caso como cláusula valor oro, con la que en este punto se identifica. LUCES GIL (28) abunda en los argumentos anteriores, al afirmar que en las cláusulas «moneda oro» se halla explícita una cláusula «valor oro», puesto que al entregarse las monedas de oro, se entrega también el valor de dichas monedas. El prestamista que estipula que la devolución de su dinero se haga en buenas monedas de oro, no lo hace por el simple afán de contemplar el brillo de los dorados doblones, sino más bien para asegurarse de que el valor de que se desprende ha de ser realmente recobrado con la devolución del préstamo. De ahí que concluya este autor que cuando el cumplimiento de una cláusula pago en moneda oro o plata se haga imposible, por haber sido retiradas de curso las monedas de esos metales, deba entenderse subsistente como cláusulas valor, de acuerdo con la finalidad perseguida por los contratantes al establecerla. El profesor BELTRÁN DE HEREDIA (29) también cree que en la actualidad puede ocurrir que se emplee la fórmula, en algún contrato, de «cláusula moneda oro o plata», pero deberá interpretarse, no en el sentido estricto de «moneda», sino en el de «valor oro o plata», como punto de referencia para la determinación de la cantidad de dinero de curso forzoso que deberá entregar el deudor.

Recientemente, SOTO NIETO (30) observa cómo la diferencia entre una y otra modalidad de cláusulas oro es en realidad más aparente que real en las actuales circunstancias en que el oro está retirado de la circulación e impuesto el curso forzoso del papel moneda, ya que en tal hipótesis la deuda pendiente se transforma en otra de valor, cuyo módulo será la cifra de moneda oro aceptada, que habrá de dejar paso necesariamente a un cumplimiento en moneda de curso corriente, pero valorando el interés cuantitativo y adquisitivo que presidió el concierto entre las partes contratantes.

Todos estos autores nos dan la nota característica y el tono general que domina en la doctrina respecto a una interpretación de las cláusulas «moneda oro o plata». Hasta la fecha, y que nosotros sepamos, nadie las ha calificado como cláusulas de estilo; por lo que se puede afirmar que se

(27) MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», (1950), 543.

(28) LUCES GIL, *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Foro Gallego», 84 (1952), 598.

(29) BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, pág. 239.

(30) SOTO NIETO, *Aspecto económico de la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, II (Alcoy, 1959), 203.

trata de una opinión original y gratuita la que ahora la sentencia mantiene respecto de la opinión doctrinal común.

Por lo que a la propia jurisprudencia española atañe, se advierte una rotunda afirmación de los argumentos antes expuestos por la doctrina dominante. En un análisis más detallado de las mismas sentencias, hasta ahora pronunciadas por tan alto Tribunal, se advierten dos modalidades: las referidas a supuestos donde si bien se había pactado el pago en moneda oro o plata se consignaba y preveía que en caso de hacerse dicho pago en papel moneda se abonaría la depreciación o diferencia de valor entre éste y las especies monetarias oro o plata (31); y aquellas otras que deciden exclusivamente sobre casos en que de un modo simple se había pactado la devolución de lo prestado en monedas de oro o plata.

Respecto de estas últimas, análogas al caso de autos, veamos cómo procedió el Tribunal Supremo. La Sentencia de 23 de noviembre de 1946 decidió sobre el siguiente supuesto: «Que... por escritura de 15 de diciembre de 1921, A. G. M. prestó a P. S. M., 30.000 pesetas, por término de tres años, hipotecándose en garantía del préstamo diversas fincas, expresándose en dicha escritura que el pago se haría en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa.» Ante este supuesto, el Tribunal Supremo considera que «siendo evidente la enorme depreciación de aquélla (la peseta) en que se pagó... no puede sostenerse que la consignación se realizó conforme a las mismas, condición precisa para atribuirle efecto liberatorio... y... no puede ponerse en duda que al pactarse como en el caso presente que el pago se verificaría en moneda corriente de oro o plata gruesa, fue la intención de los contratantes que se realizase en moneda equivalente a la recibida al celebrarse el contrato de préstamo».

Igualmente, la Sentencia de 9 de enero de 1950 manifestaba que «la cláusula cuarta del referido contrato de préstamo establece que el pago de capital e intereses se verificará precisamente en oro o plata gruesa y no es posible estimar que a ella fueran equivalentes los billetes rojos consignados... dada la enorme depreciación alcanzada por el papel moneda circulante en dicha zona y en aquella fecha... so pena de quebrantar las más elementales normas de justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos».

También en la Sentencia de 28 de noviembre de 1957 se reafirma esta doctrina legal cuando dice que «las dos partes contratantes eran conocedoras, desde el momento de la estipulación, del objetivo perseguido y de la finalidad que se proponían con su inserción encaminada a que la renta convenida quedara estabilizada, sin estar sujeta a la cotización variable que la moneda papel experimentase, y para ello establecieron que la renta concertada había de ser pagada «en monedas de oro o plata», de curso legal, con exclusión de todo papel moneda, aun cuando éste tuviera curso forzoso, pago que podía también hacerse en billetes del Banco de España, pero tan sólo cuando convenga al arrendador». Además, precisa que «dados los términos contenidos en la cláusula segunda del contrato, por cuanto su in-

(31) SS. 4 julio 1944, 12 marzo 1946, 29 abril 1946, 22 marzo 1947 y 5 abril 1948.

interpretación, referida a que el pago ha de realizarse en moneda de oro o plata, ha de entenderse que ha sido utilizada en el concepto de querer significar cláusula valor, deduciéndose que caso de no poder prestarse cumplimiento por falta de metal amonedado, este valor-moneda puede, y debe, ser sustituido en su equivalencia por el número de billetes de Banco que le representen, debiendo sólo, pues, servir de módulo para calcular el importe dinerario que aquellas monedas tienen en el mercado del metal».

Aún se podría objetar que algunos de estos fallos se pronunciaron para una situación excepcional de la zona marxista y con moneda enormemente depreciada. A ello hay que oponer que existen fallos que no tratan de tal situación; además, ni por haber sido realizado en diversa comunidad de pagos, ni por ser en moneda roja tuvo distinta trascendencia; según se declara por el propio Tribunal Supremo, «la circunstancia de que el pago intentado por consignación haya sido en billetes del Banco de curso legal en la zona marxista, no resta fuerza liberatoria plena en el caso de autos a la especie entregada, porque si bien los artículos 38 y siguientes de la Ley de 7 de diciembre de 1939 concedieron acción revisoria de pagos hechos por deudas extrabancarias entre el 1 de enero de 1937 y la fecha de la liberación... es lo cierto que a tales normas se les dió carácter excepcional... pues el legislador, ante los graves trastornos en la economía y en la seguridad del tráfico... optó por dar fuerzas extintiva plena como norma general, a los efectos en aquella zona» (32).

En cuanto a la objeción de que los pagos fueron ejecutados en moneda enormemente depreciada, resulta cierto para la peseta de la zona marxista, pero desgraciadamente también ha resultado para la nacional; nuestra moneda ha conocido no sólo la depreciación, debido a la inflación cuya cúspide se alcanza en el año 1956 (33), sino también sufrió una desvalorización. La desvalorización de la peseta se hace evidente entre las dos normas fundamentales que establecen su paridad monetaria respecto al patrón oro: la Ley de 19 de octubre de 1868, que determinó que la moneda de cinco pesetas oro pesaba 1,6121 gramos con una ley de 900 milésimas, al contener 0,45161 gramos de oro fino, y, el Decreto-Ley de 4 de julio de 1958, que de nuevo fija la paridad de la peseta en oro, al quedar establecida en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, equivalente a 60 pesetas por dólar USA del peso y la Ley en vigor el 1 de julio de 1944. En conclusión, que una peseta del año 1868 es hoy equivalente a 19,60 pesetas, según el valor oficial o nominal proclamado por el Estado español; la desvalorización no puede ser más evidente.

(32) Sentencia de 2 de marzo de 1943; en el mismo sentido la Sentencia de 4 de julio de 1944. Sobre esta materia puede verse la confirmación doctrinal, cfr. MARÍN LÁZARO, *Principios y orientaciones del desbloqueo y de la revisión de pagos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» (1940), 3; MORO LEDESMA y HERNÁNDEZ-GIL, *Valides de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la revolución*, en «Revista de Derecho Privado», XXV (1941), 37; HERNÁNDEZ-GIL, *En torno a la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja*, en «Revista de Derecho Privado», XXVIII (1944), 17.

(33) La circulación fiduciaria, según balance del Banco de España, alcanzó entonces los 55.821 millones de pesetas.

La depreciación de nuestra peseta fué el resultado de muy complejas causas, entre las que se puede destacar la falta de reservas oro, debido al pillaje realizado por los marxistas, la lenta recuperación del utillaje fabril, agrícola e industrial, como consecuencia del bloqueo internacional que sufrimos, así como de ciertos manejos en los precios y salarios, del régimen de control de cambios, etc., lo que condujo a una pendiente inflacionista reconocida por las propias disposiciones legales y jurisprudenciales, hasta la reciente estabilización monetaria. Los autores (34) y el propio Tribunal Supremo (35) describen y han tratado de remediar tales efectos.

Los argumentos aducidos en contra de situaciones diferentes tampoco son válidos; por lo que queda así demostrado cómo las alteraciones de la peseta son reales y efectivas. También se advierte cómo el Tribunal Supremo en decisiones anteriores no condicionó las cláusulas «moneda oro o plata» a que los contratantes previeran la depreciación; tanto lo entendió para los casos previstos como para los que nada se había dicho, cuya referencia era exclusivamente a la moneda oro.

De aquí que la consecuencia que se saca en el segundo considerando de la Sentencia que comentamos, resulta una afirmación dudosa, al decir que «sentada la anterior doctrina, del estudio de la escritura de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiséis se desprende que las partes pactaron que el pago se haría «en plata, oro o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto» lo que excluye toda idea de «cláusula valor oro o plata» en cuanto se intentó el pago en billetes, sin descuento ni quebranto alguno, conforme a lo pactado, que en ningún momento se haría en oro o plata o su equivalente en billetes del Banco».

Creemos que no se puede ser tan optimista, respecto a la apreciación de un descuento y al quebranto sufridos por el acreedor, si se reciben billetes de una moneda como la peseta que llega a depreciarse cerca de una veintena de unidades de su valor, precisamente dentro del período de autos. Ya la Sentencia de 28 de noviembre de 1957 interpretó que cuando el pago debía realizarse en moneda oro, ha de ser entendida en el concepto de querer significar cláusulas valor, cuyo fundamento lo pone «en el quebranto que ha sufrido el papel moneda, por su depreciación, relacionada con el oro y con la plata y como ha quedado exteriorizado con el oficio librado por el Banco de España». Además, añade, que la cantidad a entregar se debe en una «proporción a la que debe ajustarse en aquella fecha el contrato discutido, bien por la proximidad de intereses que del mismo se deriva, y ya en atención a las normas de justicia conmutativa que debe presidir toda convención ante la correlación que en las prestaciones onerosas cada parte se ha de llevar consigo.»

Respecto al fundamento de la actual Sentencia, también nos parece advertir que se invoca una legislación monetaria inexistente en el momen-

(34) Cfr. SIMÓN CASO, *Op. cit.*, pág. 406; VÁZQUEZ RICHART, *Efectos jurídicos de la depreciación monetaria*, en «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid» (1957); UBERNA, *El problema monetario*, en «Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» (1957), 31.

(35) SS. 4 enero 1951, 11 marzo 1957, 28 noviembre 1957, 6 junio 1959 y 31 octubre 1960.

to de pactarse la modalidad de pago en moneda oro, por lo que no puede concluirse su nulidad; pero éste es un extremo que merece comentario aparte.

5. *La validez de la cláusula de estabilización «moneda oro o plata» ante el curso forzoso del papel moneda.*

Al referirse a la segunda escritura de préstamo, la comentada Sentencia de 22 de diciembre de 1961 dice: «Y en la de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta la fórmula empleada fué que el pago se haría en oro o plata» (con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituya, aunque fuese declarado de curso forzoso), pacto que aparte de ser nulo por contrario a la Ley en cuanto obliga al pago en plata u oro físicos, en contra de la prohibición de su tenencia y circulación, vulnerando también las disposiciones sobre el curso forzoso y el poder liberatorio de la moneda papel, tampoco contiene el elemento esencial de obligar al abono de la «equivalencia del valor oro».

En primer lugar, hay que hacer una advertencia, a nuestro parecer, que tiene una gran importancia para la correcta interpretación de la cláusula añadida por las partes en su contrato del año 1931 y es la diferente transcripción que hace el considerando de la Sentencia con la que en un principio muestra al describir los hechos en sus resultados; mientras que allí se dice que las partes pactaron que «el pago del capital e intereses se hará... en moneda de oro o plata corriente, con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituye aunque fuese declarado de curso forzoso», después, al concluir, se habla en el considerando simplemente de oro o plata, interpretándose erróneamente que lo que las partes quisieron fué el «pago en plata u oro físicos». Si los contratantes expresaron que el pago se haría en «moneda oro o plata» y excluyeron expresamente el papel moneda no quiere decir que quisieron oro o plata físicos, sino *moneda*, aunque fuese de determinado metal (oro o plata). Y ya hemos visto cómo el propio Tribunal Supremo, ante la imposibilidad del pago en monedas metálicas que dejaron de tener curso legal, considera que existe una cláusula valor a realizar su pago en moneda de curso forzoso; tal solución responde a la naturaleza fungible del dinero, ya que el género nunca perece (*genus nunquam perit*), por lo que tampoco cabe alegar la imposibilidad del pago de las deudas pecuniarias (36). Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 16 de mayo de 1941 y de 4 de julio de 1944, al decir, esta última, que al amparo del 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 convenida (oro o plata), por haberse impuesto otro instrumento monetario, se abone la depreciación».

(36) Cfr. PÉREZ SERRANO, *La imposibilidad de la prestación especialmente en la vida mercantil*, en «Cuestiones actuales al Derecho mercantil, monetario y tributario» (Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona). Barcelona, 1944, pág. 31; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, pág. 206; BONET CORREA, *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», XIV-1 (1961), 33.

En definitiva, es que se trata de un préstamo de dinero y no de un comodato o entrega de cosa, según la interpretación de la Sentencia que comentamos; entonces, ¿cómo puede hablar de créditos garantizados con hipoteca en el presente caso? En la actual Sentencia se ha olvidado que tal pacto se produjo en el año 1931, época en que el sistema monetario era bimetalista, en base a la Ley de 19 de octubre de 1868, y, si bien el empleo de la moneda oro había caído en desuso no se había prohibido, siendo la moneda de plata de curso legal hasta que la Ley de 20 de enero de 1939 le priva de tal curso. Lo que sucede es que, en la Sentencia se involucra el momento de celebración del contrato con el del pago y se sacan unas consecuencias fuera de las circunstancias de tiempo y lugar, necesarias y elementales para la resolución del conflicto de intereses.

Por lo que respecta a la cláusula «moneda oro o plata», la doctrina ha destacado la necesidad y lo decisivo que resulta el momento político-económico en que la cláusula se pacta y se realiza el pago (37). A pesar de que haya autores que se pronuncien de una manera negativa en cuanto a la inaplicabilidad de estas cláusulas, incluso para las contraídas en un régimen anterior (38), sus soluciones carecen de falta de fundamento legal sin tomar en consideración el carácter ultrafungible de las obligaciones monetarias. ROCA SASTRE (39) hace ver cómo es absurdo reputar extinguida la deuda de obligación dineraria en sí, por causa de imposibilidad subsiguiente de la prestación. Además, no hay que olvidar que existe una norma fundamental que permite concretamente las deudas de moneda específica: el artículo 1.170 del Código civil. Para el supuesto de 1931, que contemplamos, se puede decir, con HERNÁNDEZ-GIL (40), que se trata del supuesto normal comprendido en dicho artículo y ningún problema puede plantearse entonces en orden a su validez.

Otra consideración supondría cuando bajo el régimen de curso forzoso se hubiere realizado el pacto; aunque sería discutible, a nuestro parecer, pues siempre cabría interpretar la voluntad de las partes como una muestra evidente de establecer una cláusula valor, de cuya validez no dudamos. Sin embargo, respecto a la legalidad vigente, en cuanto establece el régimen de curso forzoso y el poder liberatorio del papel moneda, ciertos autores consideran que dicha cláusula «moneda oro o plata» no es válida (41), o bien que resulta ineficaz (42) o ya es nula (43). A todas estas conclusio-

(37) Cfr. PELAYO HORE, *Op. cit.*, pág. 49.

(38) Cfr. PUIG PEÑA, *Cláusula oro*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», IV (Barcelona, 1952), 183.

(39) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, cit.*, IV, 348.

(40) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), 308.

(41) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. III Derecho de obligaciones*, 9.^a ed., rev. y amp. Madrid, 1954, pág. 272; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español. I. III. Obligaciones y contratos*, 2.^a ed. Madrid, 1951, pág. 88.

(42) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho civil. I-2. Derecho general de obligaciones*. Barcelona, 1959, pág. 336.

(43) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, *Op. cit.*, I, 368, afirma que la invalidez pertenece al grado de la nulidad radical, doblemente, ya que falta un requisito esencial (art. 1.261, en relación con el 1.271) y se contraviene una prohi-

nes creemos se pueden oponer consideraciones bien fundadas que las proclaman válidas y eficaces.

Así, estamos de acuerdo con lo que dice recientemente SOTO NIETO (44), de que la afirmación según la cual la cláusula «oro o plata» viene a ser contraria a las leyes que, inspiradas en el principio nominalista, imponen el curso forzoso de la moneda de papel, es gratuita y sin real fundamento. La Ley española de 9 de noviembre de 1939 se limita a prescribir que los billetes del Banco emisor son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio (45), y en méritos a una cláusula oro, equivalente a la valor oro, inserta en un contrato en nada se contradice dicha prescripción, ya que habrá de satisfacerse la deuda precisamente en billetes de los existentes en curso lográndose con los mismos una liberación absoluta de aquélla. Es que, como dice el profesor BATLLE (46), una cosa es aceptar el pago en billetes de Banco, que es lo que la Ley ordena, y otra cosa distinta que exista un pacto sobre la cantidad a pagar en billetes conforme a un módulo (47). Es que las partes tienen absoluta libertad para precisar la cuantía *ab initio*, ¿por qué razón no puede admitirse una elevación nominal —ya que no lo es de un modo real— para el futuro? Mediante esta cláusula la deuda desemboca necesariamente en una prestación con moneda de curso legal, no contradiciéndose el propósito estabilizador que preside el nominalismo, puesto que del papel moneda se hará uso única y exclusivamente por su nominal valor, afectando el pacto tan sólo a la cantidad numérica a recibir en el momento de satisfacción del crédito; la devaluación de la moneda —hecho que necesariamente ha de preceder a la operación, no siendo su consecuencia— es tomada en consideración para ser medio de cálculo (48).

En cuanto al argumento de que una cláusula «moneda oro o plata» es nula porque contraviene una prohibición legal (al no estar el oro y la plata en el comercio jurídico y, como consecuencia no haber objeto cierto en el contrato, arts. 1.261 en relación con el 1.271 del Código civil) carece igualmente de fundamento. No se ha dado ninguna disposición imperativa que ponga fuera del comercio al oro y a la plata; el Decreto-Ley de 14 de marzo de 1937 tan sólo obliga a hacer entrega al Estado, en concepto de depósito, el oro amonedado o en pasta, con el oportuno resguardo acreditativo de la existencia del depósito (art. 1); y, la Ley Penal y Procesal de Deli-

bición legal. Creemos que tal tesis no puede sostenerse y mucho menos a partir del Decreto-Ley de 4 de julio de 1958.

(44) SOTO NIETO, *Op. cit.*, II, 206 y sigs.

(45) La Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, establece que corresponderá al Banco de España la facultad exclusiva de emitir billetes de curso legal, al portador, que ejercerá, como único de emisión en el territorio nacional y posesiones españolas (art. 11).

(46) BATLLE, en anotaciones al *Curso de COLÍN y CAPTANT*, 2.ª ed., III (Madrid, 1951), 259.

(47) En el mismo sentido: SS. 4 enero 1951 y 28 noviembre 1957.

(48) Según advierte BONET RAMÓN, en el comentario a la Sentencia de 4 de julio de 1944, en «Revista de Derecho Privado», 28 (1944), 886, nunca puede verse en las consideraciones sobre el curso forzoso fundamento suficiente para declarar *ipso iure* sin efecto las cláusulas de valor oro, sea desde el primer momento, sea para el caso del curso forzoso.

tos Monetarios, de 24 de noviembre de 1938, tan sólo reputó delitos de contrabando monetario el *exportar* moneda española de oro, plata, al igual que los billetes del Banco de España (art. 1.º, apart. 12). Por tanto, el oro y la plata si se retiraron de la circulación, no obstante, no quedaron fuera del comercio jurídico; prueba de ello es que se siguieron dando relaciones mensuales de cotización por el Estado respecto del precio del oro para calcular el pago de los derechos arancelarios.

En el supuesto que contempla la Sentencia que comentamos se trata de unos préstamos en «moneda oro o plata» celebrados en los años 1926, 1931 y 1935, por lo cual, están dentro del régimen vigente del Código civil (arts. 1.171, 1.753 y 1.754) sin que les afecte para nada ningún régimen monetario de excepción (49). Ahora bien, al momento de su cumplimiento la moneda de oro y plata no es de curso legal, es imposible su pago, lo que implica, por la naturaleza de la deuda, una conversión en moneda de curso forzoso, según la esencia característica de las deudas pecuniarias (*genus nunquam perit*). Tal conversión no sería equitativa si se prescindiese de la gran depreciación que sufrió la peseta en el intervalo que va desde su pacto al pago, según fué proclamado en otros casos. Autores, como Pelayo Hore (50), no dudan en reconocer que «una justicia innegable exige que devuelva no la misma cantidad nominal, sino el mismo valor real». Y Soto Nieto (51), encarándose con el supuesto, de un modo concreto afirma que «la verdadera importancia de la cláusula metálica se presenta cuando el pacto fué concertado en época de normalidad económica, sobreviniendo más tarde el curso forzoso del papel moneda y la consiguiente alteración del valor de aquélla, o bien cuando un momento u otro se encuentran dentro de la fase de depreciación monetaria y de circulación forzosa del papel. Tanto en una como en otra hipótesis, las razones de legalidad, justicia y moralidad aducidas demandan su admisión y eficacia, traduciéndose, en definitiva, en cláusula valor oro». Posición que, según vimos, fué mantenida con anterioridad por el propio Tribunal Supremo (52).

6 El préstamo hipotecario con cláusula de estabilización.

Otro extremo que toca esta Sentencia de 22 de diciembre de 1961 es el referente a la «exigencia de la cláusula valor en el Registro de la Propiedad. La Sentencia afirma que en uno de los motivos de este recurso se sustenta una interpretación errónea (anáxime si se tiene en cuenta el carácter eminentemente formal de la hipoteca que exigiría la constancia de la cláusula valor en el Registro de la Propiedad, que no había tenido lugar».

(49) A partir de la Real Orden de 10 de octubre de 1930, lo único que sucede es que el régimen de control sobre *divisas* empieza a hacerse evidente, exigiéndose un justificante de su destino, al modificarse la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 por la de 26 de noviembre de 1931 que tan sólo «suspende» temporalmente el régimen de reserva metálica de los billetes en circulación. Pero la moneda de plata no queda fuera del curso legal hasta la Ley de 20 de enero de 1939.

(50) Pelayo Hore, *Op. cit.*, pág. 41.

(51) Soto Nieto, *Op. cit.*, II, 211.

(52) SS. 23 noviembre 1946, 9 enero 1950 y 28 noviembre 1957.

Según esta última conclusión parece evidente que el Tribunal Supremo acaba de reconocer que se trata de una cláusula valor, lo que resulta en oposición con su afirmación anterior de considerarla cláusula de estilo.

Según hemos expuesto en otra ocasión (53), es posible el acceso al Registro de la Propiedad de los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización y, concretamente de las cláusulas «moneda oro o plata» y «valor oro o plata», según ya afirmó la doctrina y concluyó por aceptar la legislación.

En una etapa antecedente a la actual, FALKENSTEIN y HAUSER (54) ya sostenía el argumento de que, al establecerse la unidad monetaria «peseta oro» para el pago de los derechos de Aduanas (Decreto de 29 de agosto de 1928) y publicarse periódicamente en la «Gaceta» (hoy «Boletín Oficial del Estado») la equivalencia oficial de la peseta oro con la peseta de curso legal, no podía considerarse ilícita la constitución de hipotecas en garantía de créditos que consten en peseta oro, puesto que cabe el cálculo de la equivalencia con arreglo a las normas indicadas.

También ROCA SASTRE (55) advirtió la validez y licitud de las cláusulas oro y valor oro, puesto que no se oponen sustancialmente al principio de especialidad hipotecaria, ya que son perfectamente inscribibles, siempre que en su constitución se establezca un dato o elemento oficial de referencia para la determinación, en todo momento, del valor oro o del quebranto del billete del Banco de España en relación con el oro y que bien pudiera ser el último tipo de recargo o prima que para pagar en pesetas papel los derechos de Aduanas se publica mensualmente en el «Boletín Oficial del Estado». De este modo cree quedan salvadas las exigencias del principio de especialidad, el cual, ni siquiera en materia de hipotecas significa fijeza absoluta, sino simplemente determinación en el sentido de seguridad acerca del volumen de los gravámenes. Con el índice de referencia al valor oro, ROCA SASTRE hace ver cómo se tiene un punto determinado o determinable en cada momento, mediante una simple operación aritmética, por lo que, en rigor, dado el juego estabilizador de la cláusula oro, resulta que las hipotecas se avienen con el principio de especialidad de un modo muy superior a otros tipos de derechos reales. Con sólo este requisito de establecer un punto oficial de referencia con el valor oro, pueden considerarse inscribibles las hipotecas cuyo débito garantizado contenga la cláusula oro, y una vez inscritas siempre se estará en condiciones de determinar su verdadero valor, a todos los fines de su ejecución, purga o descuento. En caso de ejecución, el acreedor hipotecario podrá reclamar una suma de dinero, en billetes del Banco de España, en la cantidad necesaria para alcanzar el valor del oro a base del

(53) Cfr. BONET CORREA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en «Revista de Derecho Notarial», XXIX-XXX (1960), 43.

(54) FALKENSTEIN y HAUSER, *El patrón oro en los créditos hipotecarios*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 102 (1933), 449.

(55) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., IV, 388. En cambio, las cláusulas oro son inoperantes para MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 329-393 (1961), 293 quien recuerda el criterio negativo de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 1 y 3 de marzo de 1952.

importe del débito garantizado; y como esta determinación sólo requiere una simple operación de cálculo, nada impide que pueda utilizarse como proceso ejecutivo el procedimiento sumario y el extrajudicial.

Tal argumento vino ratificado por la modificación realizada al artículo 219 del Reglamento Hipotecario, al reconocer la posibilidad de que en las escrituras de préstamo hipotecario se puedan hacer constar las cláusulas de estabilización de valor, prescribiéndose entre los módulos estabilizadores el premio del oro en las liquidaciones de Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda.

El que la hipoteca sea un acto formal no implica un carácter constitutivo cuando se trate de un préstamo con cláusula de estabilización; la posibilidad de constancia en el Registro ya hemos visto que fué una cuestión aceptada y la inscripción para nada afecta a la modalidad del crédito. Desde el punto de vista civil, el propio Tribunal Supremo, en reciente Sentencia de 31 de octubre de 1960, afirmó que dicha cláusula valor es válida y no nula como la consideraron las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 3 y 4 de marzo de 1962, a propósito de una cláusula de estabilización «valor trigo», porque «sin que la doctrina de la Dirección General de los Registros —decía— vincule a este Tribunal Supremo, no obstante su eficacia en el orden registral y su reconocido e indiscutible valor científico, en todo caso, sin que pueda trascender a la nulidad el procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, seguido para la efectividad de la pensión garantizada con hipoteca». Afirma, además, «que no puede, desde el momento en que se rechazaron los motivos examinados, declararse la nulidad de dicho procedimiento ejecutivo sumario, pues aunque se admitiera que la iliquidez de la deuda y la cuestión previa de la validez de lo contenido sobre la estabilización de la moneda en que debía pagarse impidiera el procedimiento, como tal nulidad se hizo depender de la cláusula consabida y sólo por consecuencia de ella..., al ser la última válida queda sin punto de apoyo la nulidad reclamada... pudiendo añadirse como nota legal confirmatoria de aquella validez lo dispuesto en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, según queda redactado por el Decreto de 17 de marzo de 1959, aunque para este caso carezca de aplicación».

Superada aquella posición inicial, tanto la jurisprudencia como la legislación admiten la posibilidad de que un préstamo hipotecario contenga una cláusula de estabilización y, concretamente, una cláusula valor oro, sin que ello obste para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si para la etapa anterior nada se había dispuesto legalmente, una interpretación lógica y confluente, tanto conforme a la voluntad de las partes, como con la vigente disposición, conduce a proclamar la eficacia de un préstamo hipotecario con una cláusula «moneda oro» de estabilización.

JOSÉ BONET CORREA,

*Investigador Científico del C.S.I.C. en el
Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.*