

CAPÍTULO V. Pago de obligación contraída en moneda extranjera. Facultad del deudor . . . . .	111
1. Artículo 1237 . . . . .	111
2. Fuentes nacionales del artículo 1237 . . . . .	111
3. Fuentes y concordancias extranjeras . . . . .	113
4. Análisis . . . . .	114
5. Jurisprudencia nacional del artículo 1237 . . . . .	126

## CAPÍTULO V

### PAGO DE OBLIGACIÓN CONTRAÍDA EN MONEDA EXTRANJERA. FACULTAD DEL DEUDOR

#### 1. ARTÍCULO 1237

El texto original del artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984 era el siguiente:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. Es nulo todo pacto en contrario.

En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

#### 2. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1237

Este artículo no registra antecedentes en el proyecto de Código Civil del doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; ni en el proyecto de Código Civil de 1890.

El tema fue abordado por el primer anteproyecto de libro quinto, elaborado por el doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, artículo 215: “el pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario. La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago”; y luego fue seguido por el segundo anteproyecto de libro quinto de la Comisión Reformadora de 1926, artículo

205: “el pago de una deuda fijada en moneda extranjera, podrá hacerse en moneda nacional, a no ser que se haya estipulado expresamente lo contrario. La conversión se hará con arreglo al tipo de cambio corriente en el día y lugar del pago”.

Posteriormente trataron el tema, el proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, artículo 1240: “el pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago”; y el Código Civil de 1936, artículo 1249: “el pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago”.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la materia fue prevista por la alternativa de la ponencia del doctor Jorge Vega García, del año 1973, artículo 98:

El pago de una deuda en moneda extranjera podrá hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento.

Si el deudor retarda el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional, según el tipo de cambio de la fecha del vencimiento o el que rija el día del pago.

El anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, numeral 103:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

El proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1257:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Si el deudor, en el caso previsto por el párrafo anterior, retardara el pago, el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

Finalmente, por el proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1204:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

### 3. FUENTES Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Coinciden con el artículo 1237 del Código Civil peruano, entre otros, el Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 474, último párrafo); guatemalteco de 1973 (artículo 1396 —similar al segundo párrafo del artículo 1237 peruano—), y suizo de las obligaciones (artículo 84).

Por su parte, el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 107) establece que sólo se permite el pago y la aceptación del mismo en divisas extranjeras en el territorio de la RSFSR en los casos especialmente previstos en la ley y exclusivamente por mediación del Banco del Estado de la URSS.

El Código Civil argentino, en virtud de la denominada Ley de Convertibilidad del Austral número 23.928 (abril de 1991), modificó el texto entonces vigente del artículo 617 del Código Civil, quedando el mismo con la siguiente redacción: “si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

En tal orden de ideas, el mencionado Código (artículo 618) establece que si no estuviera determinado en el acto por el que se ha constituido la obligación, el día en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo. Si no estuviere de-

signado el lugar en que se ha de cumplir la obligación, ella debe cumplirse en el lugar en que se ha contraído. En cualquier otro caso la entrega de la suma de dinero debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación.

La Ley de Convertibilidad del Austral también modificó el texto del artículo 619 del Código argentino, que quedó con la siguiente redacción: “si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento”.

Creemos conveniente mencionar al Código Civil alemán, que establecía en su redacción original (artículo 244) que si una deuda dineraria expresada en moneda extranjera había de pagarse en el país, el pago podía efectuarse en moneda del *Reich*, a no ser que el pago en moneda extranjera estuviera estipulado expresamente. Y agregaba que el cambio se realizaba según el valor en curso que estaba vigente en el tiempo de pago para el lugar de pago.

Este Código contempla (artículo 245) un caso no tratado por el Código nacional. Dicho numeral señala que si una deuda dineraria ha de pagarse en un determinado tipo de moneda que en el momento del pago ya no se encuentra en circulación, el pago ha de hacerse como si no estuviese determinado el tipo de moneda.

#### 4. ANÁLISIS

Como expresa Mosset Iturraspe,<sup>86</sup> conviene tener muy claro que la cláusula dólar puede cumplir en los contratos dos funciones diferentes.

a) Incorporarse al solo objeto de jugar como índice móvil, cláusula de estabilización o de garantía, para cubrir el negocio de la inflación, debiendo el deudor o *solvens* en el momento del pago, convertir los dólares en moneda nacional al cambio admitido o convenido lícitamente. No actúa como moneda de pago sino como moneda de ajuste, siendo la moneda de pago la nacional, de curso legal. Este es el supuesto ya analizado dentro de las hipótesis que contempla el artículo 1235 del Código Civil peruano.

86 Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 60, pp. 121 y 122.

b) Incorporarse al contrato como moneda esencial del mismo, en la cual se debe efectuar el pago por el deudor. Este es el supuesto contemplado por el artículo 1237 del Código nacional.

En opinión de Eduardo B. Busso,<sup>87</sup> en principio los signos monetarios extranjeros no son dinero fuera de los límites de su soberanía y se los debe considerar mercancías. Pero ello no impide que puedan funcionar como “medios de pago” en la medida en que sean admitidos en el tráfico mercantil.

Por otra parte, Eduardo B. Busso<sup>88</sup> recuerda que, en un caso judicial argentino, se resolvió en el sentido que la cláusula “tantos francos oro, o sea tantos pesos moneda nacional oro sellado”, no es obligación de moneda extranjera, sino obligación de pagar moneda nacional, en la que la indicación de la moneda extranjera sólo tiene por finalidad indicar un equivalente valor.

Pero en otro caso en que se había contratado un préstamo “de tantas libras esterlinas equivalentes a tantos pesos moneda nacional”, se entendió que la obligación era de moneda extranjera y que la indicación de moneda nacional era simple mención complementaria de una equivalencia.

Y en un préstamo hecho desde Alemania mediante un giro de marcos que recibió en pesos argentinos el destinatario, el tribunal condenó a la restitución en moneda nacional y no en los marcos desvalorizados a la época en que el pago debía hacerse.

El principio general planteado por el artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984 está contenido en su primer párrafo, y consiste en que pueden concertarse obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

Este precepto ya no contempla el supuesto de que la obligación haya sido pactada en moneda nacional sin haberse adoptado ningún índice de referencia (artículo 1234), ni tampoco aquel otro en que se ha pactado una obligación dineraria en moneda nacional, pero tomando como índice de referencia una moneda extranjera (artículo 1235).

El supuesto del artículo 1237 es que se hubiese contraído una obligación en moneda extranjera y no en moneda nacional, lo que equivale a decir que aquello que se debe no es un monto determinado o deter-

87 Busso, Eduardo B., *op. cit.*, nota 21, t. IV, p. 211.

88 *Ibidem*, t. IV, p. 261.

minable en moneda nacional, sino un monto determinado en moneda extranjera.

El artículo 1237 del Código Civil utiliza en su primer párrafo la frase “no prohibidas por leyes especiales”. Podría entenderse esta disposición como una alusión a monedas extranjeras “no prohibidas por leyes especiales”, pero no es este su sentido, ya que la norma, por estar en plural, alude a obligaciones “no prohibidas por leyes especiales”.

El Código se ha situado en la hipótesis de que en virtud de una disposición legal se margine la posibilidad de contraer obligaciones en moneda extranjera, lo que podría ocurrir por diversas razones derivadas de la conducción económica del país. Sin embargo, hasta donde llegan nuestros conocimientos, en la actualidad no se plantea tal situación, como sucedía con frecuencia en el pasado inmediato.

No obstante, el legislador utilizó la expresión “leyes especiales” para exigir que cualquier restricción emanara del Congreso de la República, evitando, en esta materia, intervenciones autónomas del Poder Ejecutivo o del Banco Central de Reserva del Perú, que eventualmente pudieran ser excesivas.

Debemos manifestar, adicionalmente, que en los últimos años en el Perú ha habido un auge en lo que se refiere a la cantidad y volumen de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, lo que se traduce en que numerosas transacciones se celebren en dólares estadounidenses. Fiel reflejo de esta situación es el hecho de que en la actualidad la masa monetaria circulante en nuestro país en dólares y nuevos soles está en relación de tres dólares por cada sol (proporción de 3/1).

Expresa el tratadista español Antonio Hernández Gil,<sup>89</sup> que en las deudas de moneda extranjera el medio de pago está constituido en principio por la propia moneda extranjera. Pero existen amplias zonas de las relaciones obligacionales en que el abono de divisas no resulta realizable, bien por una imposibilidad material, bien por una imposibilidad legal (la no autorización de la adquisición de divisas o la prohibición de su disponibilidad). Entonces el pago ha de efectuarse en la moneda nacional de curso forzoso en el lugar del cumplimiento.

Esto exige la reducción de una moneda a otra; el establecimiento de la equivalencia. Agrega el citado profesor que el tipo de cambio por el que debe fijarse la equivalencia es el vigente en el lugar del cumpli-

89 Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, nota 38, pp. 410 y ss.

miento, discutiéndose si el día que ha de tenerse en cuenta a los efectos de la fijación del tipo de cambio es el del vencimiento o el del pago.

En la hipótesis del cumplimiento normal no hay problema por la coincidencia de ambos momentos. La dificultad surge, a decir de Hernández Gil, cuando se produce un retraso en el cumplimiento o, más ampliamente, un incumplimiento. La solución correcta es atenerse al día del vencimiento.

Anota que, las fluctuaciones en los tipos de cambio que se produzcan con posterioridad al vencimiento y antes del pago no deben traducirse en un perjuicio para el acreedor, quien estará asistido del derecho a reclamar, en concepto de indemnización, la diferencia. Por el contrario, el deudor que incumple habrá de soportar las consecuencias de su conducta, respecto al devengo de los intereses de demora.

En el Perú no existe tal dificultad. El tercer párrafo del artículo 1237 faculta al acreedor, en el caso de que el deudor retrase el pago, exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago.

Según el profesor Uribe Restrepo,<sup>90</sup> la estipulación en moneda extranjera efectuada dentro de una operación interna denota una desconfianza en la moneda nacional como medida de valor. De ahí que, en estos casos, la ley permita al deudor ejercer la llamada facultad de sustitución, por la que puede liberarse entregando a su acreedor el equivalente en moneda nacional. Esta es la llamada “deuda valutaria impropia”, en oposición a la deuda valutaria propia, por la que el acreedor tiene derecho a exigir el pago en moneda extranjera.

El mismo problema se ha planteado en las últimas décadas en la República Argentina. Jorge Mosset Iturraspe<sup>91</sup> precisa que en opinión de la doctrina de su país, las razones que llevan a los celebrantes a no contratar en moneda nacional son las siguientes:

a) El primero, fundamental, indudable, el debilitamiento de la moneda nacional; su depreciación extrema le ha quitado la confianza del ciudadano, no inspira fe, no se cree en ella, ni se la quiere;

90 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, p. 123.

91 Mosset Iturraspe, Jorge, *op. cit.*, nota 60, pp. 118 y ss.

b) Luego, la búsqueda afanosa de una moneda de reemplazo, sustitutiva; la necesidad de que exista en los negocios onerosos una moneda que sirva de precio o contraprestación, que sea fuerte y estable;

c) Es, otra vez, la seguridad, como valor anhelado, ahora en su versión económica; la moneda nacional es inseguridad, imposibilidad de prever o anticipar, fuente entonces de negocios aleatorios, verdaderas aventuras o de malos negocios, a secas;

d) El mal ejemplo del propio Estado, que ha contratado su enorme deuda interna en bonos que se rescatan en dólares; y una y otra vez, aquí y allá, alude a la moneda norteamericana.

e) El sálvese quien pueda: al contratante acreedor de los dólares no le interesa la situación de su deudor, su comprador, inquilino o mutuario; ¿cómo hará para conseguirlo?; ¿a qué precio?; ¿qué oscilación deberá soportar?; son los problemas ajenos, extraños, que no le competen a la otra parte;

f) La tentación de un enriquecimiento, cualquiera que sea su costo, pues el contrato ha dejado de ser un instrumento de cooperación leal, una unión de intereses equilibrados;

g) Es innegable que también coadyuva la oscuridad que ha imperado acerca de la vigencia y el alcance de las normas monetarias y privadas que se refieren a la contratación en dólares, como el desconocimiento preciso sobre las posibilidades que otorga el mercado de cambios: la licitud o ilicitud del dólar marginal, negro o libre;

h) Todo esto, y mucho más que los especialistas en economía, mercado y psicología pueden agregar ha llevado, como se ha señalado ya, a una dolarización de la economía: se piensa en dólares, se contrata en esa moneda, se quiere sólo esa moneda para inversión, ahorro o salvaguarda, o meramente para continuar en las transacciones.

Pero más allá de las razones antes señaladas, Mosset Iturraspe anota los argumentos decisivos a favor de la admisibilidad de la contratación en moneda extranjera:

a) La contratación en dólares es un uso interesado, que aparece como cláusula predispuesta en la contratación. Como lo demostró Federico de Castro y Bravo en su polémica con Joaquín Garrigues, no tiene fuerza normativa en sí misma, no es un uso con poder jurigenético.

b) Esa realidad negocial o del tráfico no puede desconocer el orden público en su faz económica.

c) Desde la visión de la filosofía del derecho, Reale, Goldschmit y los cultores del trialismo nos han enseñado que la realidad se debe com- padecer, en su afán normativo, con la legislación vigente y con la escala axiológica, con los valores reconocidos en una comunidad.

Por lo demás, cuando se contrae una deuda en moneda extranjera ésta podrá ser pagada o en la misma moneda extranjera (no en otra moneda extranjera) o en moneda nacional.

En virtud del texto original de la norma que comentamos, ésta era considerada como una obligación de carácter facultativo impuesta por mandato de la ley en favor del deudor de una obligación en moneda extranjera. Ocurre que el deudor, al pagar su obligación, podía elegir entre hacerlo en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obli- gación; pero si fuese el acreedor quien demandara el cumplimiento de dicha obligación, no podría hacerlo en un monto dinerario expresado en moneda nacional, sino en la moneda extranjera pactada, pues cosa distinta es que el deudor pueda pagarla en moneda nacional.

En esta obligación facultativa la moneda extranjera constituía la prestación principal, mientras que la moneda nacional sería la prestación accesoria.

Como expresa el profesor Uribe Restrepo,<sup>92</sup> con la facultad de sus- titución se busca preservar el curso legal o poder liberatorio de la mo- neda colombiana. De ahí que la jurisprudencia haya considerado invá- lidas las cláusulas mediante las que el deudor renuncia a dicha facultad, llamadas cláusulas de pago, pues ellas equivaldrían a una derogación particular del poder liberatorio que imperativamente ha asignado la ley a la moneda nacional.

Por otra parte, y volviendo al Código peruano, en lo que respecta a la moneda extranjera y a la facultad de pagar en soles, consideramos que naturalmente las partes podrían ser más específicas que la ley en lo que respecta a qué precio de venta se deberá tomar en consideración.

Así podría señalarse, por ejemplo, que fuese el precio más alto del día de pago en el mercado del Jirón Ocoña (mercado compuesto por múltiples casas de cambio y cambistas informales, ubicado en el centro de Lima, que constituye la plaza más importante de este tipo de tran- sacciones en toda la ciudad); o el precio más bajo del día de pago que

92 Uribe Restrepo, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 28, p. 123.

se registre en el Banco de Crédito del Perú; y así, numerosas posibilidades de pactos.

El sentido de la norma al prever que el pago se efectuará al tipo de cambio de venta, consiste en que sólo de esta forma el acreedor que reciba dicha suma dineraria podría adquirir con ese dinero una cantidad igual de unidades de moneda extranjera a la pactada en el contrato.

Evidentemente el texto original de la norma que estamos comentando, en el sentido de la facultad que tiene el deudor de pagar ya sea en la moneda extranjera estipulada o en moneda nacional, era un precepto de carácter imperativo, y contra él no cabía pactar.

Sin embargo, resultaba frecuente observar en diversos contratos —sobre todo de arrendamiento— estipulados en moneda extranjera (dólares estadounidenses) la presencia de una cláusula que, reconociendo la existencia de la facultad establecida por el segundo párrafo del artículo 1237, imponía al deudor que optase por pagar en moneda nacional, la obligación de adquirir con ese dinero la cantidad de unidades de moneda extranjera pactada, a fin de entregarla al acreedor.

Lo que se buscaba con cláusulas de este tipo era obligar al deudor a efectuar el pago ineludiblemente en la moneda extranjera pactada. No obstante, aclaramos que una disposición contractual redactada en estos términos no hubiese podido prevalecer judicialmente.

Sin embargo, y para concluir nuestros comentarios sobre el precepto en su texto original, debemos señalar que, a pesar de la existencia de la disposición facultativa del segundo párrafo del artículo 1237, la gran mayoría de obligaciones contraídas en moneda extranjera se pagaban en la moneda originalmente pactada. Esto era tomado por el acreedor, sin duda, como un actuar idóneo y de buena fe por parte de su deudor.

Pero el texto del artículo ha sido modificado en virtud del Decreto Ley número 25878, de fecha 24 de noviembre de 1992, y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el día 26 del mismo mes.

Este dispositivo sustituye el texto original del artículo 1237 del Código Civil, por el siguiente:

Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago.

Analicemos detenidamente las variaciones introducidas:

En primer lugar, se mantiene intacto el primer párrafo del precepto, en el sentido de que pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera, siempre que la ley no prohíba tal pacto.

De otro lado, el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1237, si bien no elimina, como principio general, la obligación facultativa para el deudor de obligación contraída en moneda extranjera, de pagar la deuda o en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del pago, no hace esta disposición imperativa. El texto original, incluso, y como acabamos de señalar, no admitía pacto en contra. Ahora sí se admite dicho pacto.

Actualmente es posible que las partes dispongan de un régimen distinto (vale decir uno no facultativo). Así los contratantes podrían pactar que la obligación contraída en moneda extranjera pueda ser exigible en dicha moneda; vale decir, que si se estipulase el pago de una obligación en dólares estadounidenses, el acreedor podría exigirlo en tal moneda. En este caso —de haberse pactado ese presupuesto— el deudor deberá pagar en dólares y sólo en dólares.

A nuestro entender es éste el cambio fundamental del nuevo texto del artículo 1237.

El tercer párrafo del nuevo texto, prácticamente recoge los mismos principios que el último párrafo del texto original.

Con esta variación, nuestro país ha introducido la posibilidad de que, por acuerdo entre las partes contratantes, una obligación pueda hacerse exigible en una moneda extranjera cualquiera. Pero debemos subrayar que ésta no es la norma general, sino un caso de excepción. El principio facultativo de pago está vigente, salvo que las partes estipulen lo contrario.

En la República argentina el régimen vigente es distinto al de nuestro país, antes y después de la Reforma del artículo 1237. En virtud de la denominada Ley de Convertibilidad del Austral, a la que hicimos referencia en páginas anteriores, se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 1. Declárase la convertibilidad del austral con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1 de abril de 1991, a una relación de diez mil (10,000) australes por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley”.

“Artículo 2. El Banco Central de la República argentina venderá las divisas que le sean requeridas para operaciones de conversión a la relación establecida en el artículo anterior, debiendo retirar de circulación los australes recibidos en cambio”.

Lo que determinan estas dos normas es establecer la obligación del Banco Central de dicho país de vender todos los dólares que le solicite el mercado a 10,000 australes, y los australes que reciba la autoridad monetaria retirarlos de circulación.

Pero es el artículo 11 de la Ley el que reviste la mayor importancia. En virtud de esta norma se modifica, entre otros, al artículo 617 del Código Civil, disponiéndose lo siguiente:

“Artículo 617. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Se considera que esta modificación, al igual que las de los artículos que le siguen, los numerales 619 y 623, permiten asegurar las operaciones en dólares. Se le exige a quien contrae una deuda en dólares, que la pague también en dólares. Con esto se alientan los préstamos en dólares y fundamentalmente los depósitos en los bancos en esta moneda.

Se considera que dicha norma brinda seguridad para la persona que presta en dólares, quien recibirá luego los dólares más los intereses también en la misma moneda.

Un sector importante de la doctrina argentina considera, no sin haber debatido arduamente el tema, que con estas disposiciones se ha dado al dólar estadounidense y a cualquier otra moneda extranjera curso legal y forzoso. Legal, porque se le reconoce como moneda prácticamente oficial (en virtud de la integridad del texto de la Ley de Convertibilidad del Austral); y forzoso, porque cuando se contrae una deuda en moneda extranjera, el deudor no tiene la facultad de pagarla en moneda nacional (australes —en 1991— o pesos —en la actualidad—), sino que deberá, necesariamente, abonarla en la moneda pactada.

Representante de esta corriente de pensamiento es Ernesto Clemente Wayar,<sup>93</sup> quien expresa lo siguiente:

Las monedas de curso legal y forzoso en nuestro país. Desde el punto de vista jurídico, la ley de convertibilidad incide directamente sobre el régimen a que deben someterse las obligaciones ‘de dar dinero’, que constituyen la espina dorsal de las transacciones patrimoniales y el Estado.

Hasta la sanción de la ley de convertibilidad, podríamos decir que en nuestro país sólo dos especies de monedas reconocía la legislación vigente; eran ellas el austral (creado por el decreto 1096/85) y el peso argentino oro (creado por la ley 1.130 del 5 de noviembre de 1881). Que fueran reconocidas por la ley significaba, en pocos términos, que eran válidas las obligaciones dinerarias cuyo monto se hubiese consignado tanto en australes como en pesos argentinos oro. En el Código Aeronáutico por ejemplo, las indemnizaciones por accidentes se tasan en mil pesos argentinos oro. Pero de ambas especies, sólo el austral tenía —y aún lo mantiene— curso forzoso, en el sentido de que el acreedor podía exigir que le pagaran australes, como el deudor podía exigir que se le aceptaran australes. Ni uno ni otro podía exigir ni entregar otra especie de moneda, salvo que así lo convinieran.

El carácter forzoso del austral se apreciará con el siguiente ejemplo: en las obligaciones pactadas en dólares, de cuya validez no cabía dudar antes de la Ley de Convertibilidad, llegado el día de pago, el deudor tenía derecho de cancelar su obligación entregando la cantidad necesaria de australes para adquirir los dólares mencionados en la obligación, a la cotización que esta moneda tenía en el mercado. El deudor tenía, pues, lo que se denomina derecho de conversión o de sustitución. Es más, una obligación de dar moneda extranjera no era considerada como obligación de dar dinero, sino como obligación de dar cantidades de cosas (artículo 617, Código Civil).

Pero la presente ley de convertibilidad vino a modificar este esquema, al consagrar el dólar (sin desplazar al austral) como virtual moneda en curso legal y forzoso entre nosotros. Para afirmarlo, permítasenos invocar las siguientes razones:

1) En primer lugar, la ley modifica el artículo 617 del Código Civil, el que ahora dispone que si en el acto por el cual se constituye una obligación se ha ‘estipulado dar moneda que no tenga curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero’. Si no lo hemos desinterpretado, debemos señalar que este texto encierra cierta contradicción: por un lado se refiere a obligaciones de dar moneda que no tenga curso legal en la República, pero por otro lado ordena considerar a esas mismas obligaciones como de dar sumas de dinero, con lo cual legitima la circulación de esa moneda en la República o, lo que es lo mismo, le reconoce

93 Wayar, Ernesto Clemente, “La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero”, en Moisset de Espanés, Luis (coord.), *Estudios jurídicos*, primera serie, Zavallá Editor, 1991, pp. 204-208.

curso legal. Es ésta una verdad incontrovertible si se limita el examen de la cuestión al concreto contrato que contenga tal obligación. En otros términos, si me obligo a pagar bolívares venezolanos, intís (ahora nuevos soles) peruanos o dólares estadounidenses, aunque esas monedas no tengan curso legal en la República, lo mismo son consideradas como obligaciones de dar dinero. Pero si se trata de dinero, ¿su circulación no está legalizada, acaso, por efecto de esta reforma?

2) En segundo lugar, la ley modifica el artículo 619 del Código Civil, el que, según la nueva redacción, dispone: 'Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento'. Quiere esto decir que si la obligación se consigna en dólares, se exigirá su cumplimiento en dólares; no tiene ya el deudor el derecho de pagar en australes. El dólar se consagra, así, como una moneda de curso forzoso.

Por esta razón dijimos, líneas arriba, que no es exactamente lo mismo para un ciudadano conservar australes o dólares, indistintamente, pese a que se ha declarado la libre convertibilidad entre ambas monedas. Y no es lo mismo, porque si el deudor asume una obligación en dólares, no podrá cancelarla en australes, estará obligado a convertirlos previamente en dólares, para poder efectuar el pago. Salvo, naturalmente, que el acreedor acepte recibir australes.

En suma: la modificación de los artículos 617 y 619 del Código Civil abre la posibilidad de que cualquier moneda extranjera pueda ser considerada como obligación 'de dar dinero' en la República; ello sucederá siempre que se estipule en una concreta obligación dineraria, que ella se pagará entregando moneda extranjera. En tal caso, esa obligación es de dar dinero (artículo 617 según la ley 23.928) y, además, sólo podrá ser cancelada con la entrega de la especie designada y no con otra diferente (artículo 619 según la Ley 23.928).

En nuestro país, sólo el nuevo sol es la moneda de curso legal. El dólar, al igual que cualquier otra moneda extranjera, carece de estas características.

Sin embargo, cabría formularnos la pregunta de si en virtud de la modificatoria del artículo 1237, las monedas extranjeras podrían haber adquirido en nuestro país curso forzoso.

Si bien el principio general es el facultativo, se permite a las partes pactar lo contrario; vale decir, se admite que el deudor se obligue a pagar sólo en la moneda extranjera que constituye la prestación.

En estos casos, y por la autorización expresa que concede el nuevo texto del artículo 1237, las partes estarían otorgando curso forzoso en el territorio de la República a la moneda extranjera estipulada (que por

lo general será el dólar de los Estados Unidos de América), pero únicamente para la relación obligacional surgida entre ellas.

Justamente el texto original del artículo 1237 tenía la función de hacer prevalecer el curso forzoso exclusivamente para la moneda nacional. La modificación al precepto, como se ha señalado, ha introducido en el supuesto allí previsto el curso forzoso de monedas extranjeras (cualesquiera que éstas sean). Cabe concluir reiterando un primer concepto final y emitiendo otro.

Un lector advertido observará que el artículo 1237, tanto en su texto original como en el precepto que lo modificó, se refiere a las “obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales”. El propósito de consignar la exigencia de “leyes especiales”, para impedir concertar obligaciones en moneda extranjera, fue el de liberalizar la economía del Perú, sobre todo a principios de la década de los ochenta, cuando aún se sentían los efectos restrictivos que habían presidido la conducción económica, singularmente durante el periodo 1968-1975. Para ello se exige que tan solo por ley de la República, aprobada por el pleno del Congreso, puedan adoptarse tales restricciones.

No es posible, en consecuencia, que normas de rango inferior, que emanan exclusivamente del Poder Ejecutivo, llámense decretos supremos, resoluciones supremas o resoluciones ministeriales, prohíban que se estipule en monedas distintas a la nacional. Y si ello se quiere, pues que el Congreso lo apruebe.

Debe aclararse, por último, que así como los artículos 1234, 1235 y 1236 del Código Civil están estrechamente vinculados a los principios nominalista y valorista, el precepto que comentamos es ajeno a dichas materias.

Aquí es la moneda extranjera la que está *in obligatione* y, por tanto, la que debe ser restituida. Esta restitución, como regla general, se efectúa, a exclusivo criterio del deudor, en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación, salvo que el deudor retrase el pago, en cuyo caso el acreedor podría elegir entre el tipo de cambio del día y lugar de tal vencimiento o el que rige el día del pago. La excepción, prevista por la variante del texto original del artículo 1237, es el pacto para que la restitución se verifique en la misma moneda extranjera estipulada. Ya hemos comentado el tema en los conceptos de introducción relativos al nominalismo y valorismo. Sólo deseamos insistir que,

en este caso, la moneda extranjera para el pago también estaría privativamente *in obligatione*.

Queda claro de lo expuesto que, en esta materia, carece de juego dialéctico el debate nominalista y valorista. La obligación se paga, en definitiva, en la misma moneda extranjera o en su equivalente en moneda nacional, lo que permite al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el originalmente pactado.

## 5. JURISPRUDENCIA NACIONAL DEL ARTÍCULO 1237

I. “Si en un contrato de mutuo anticrético se entrega una cantidad de libras esterlinas de 48 peniques, pactándose que la devolución deberá ser hecha en la misma moneda, procede que el deudor devuelva la misma moneda recibida o su equivalente en moneda peruana al tipo de cambio del día del pago”.<sup>94</sup>

II. “¿Si en la demanda para el pago de una suma de dinero, por obligación contraída en moneda extranjera, hace el acreedor la reducción a moneda nacional, conforme al artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles, el deudor queda obligado a pagar la deuda en moneda nacional, al tipo de cambio fijado en la demanda? (El artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles establecía que la reducción hecha en el escrito de demanda no tenía más objeto que facilitar el despacho de la ejecución, pudiendo ser contradicha por el deudor y rectificada por peritos o de otro modo en la estación respectiva)”.<sup>95</sup>

III. “La deuda en moneda extranjera puede ser cancelada en moneda nacional al tipo de cambio de la fecha de renovación de las letras de cambio respectivas”.<sup>96</sup>

IV. “Si la renta vitalicia se ha fijado en moneda extranjera, podrá ser pagada en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar en que debía servirse, con arreglo al artículo 1249 del Código Civil.

<sup>94</sup> *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1597. *Revista de los Tribunales*, 1935, p. 79 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

<sup>95</sup> Ejecutoria del 14 de enero de 1937. *Revista de los Tribunales*, 1937, p. 29 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

<sup>96</sup> *Anales Judiciales*, 1938, p. 78. *Revista de los Tribunales*, 1938, p. 249 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

Si las cuentas que han sido presentadas por el rindente no han sido observadas ni tachadas, procede ordenar el pago de la cantidad determinada en el procedimiento de su aprobación”.<sup>97</sup>

V. “Las obligaciones en moneda extranjera pueden pagarse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar de pago.

Si bien la cláusula oro se encuentra prohibida, ello no obsta para que se pacte la devolución de la suma mutuada en moneda extranjera”.<sup>98</sup>

VI. “Es nula la sentencia que manda adelantar la ejecución por el monto adeudado en moneda extranjera, cuando en el auto de pago se fijó en moneda nacional la suma materia de la acción”.<sup>99</sup>

VII. “Las letras giradas en moneda extranjera deben cancelarse en dicha moneda o en su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día de pago, aun cuando sea diferente al que se consideró para dictar el correspondiente auto de pago”.<sup>100</sup>

VIII. “Las letras redactadas en idioma extranjero que han sido reconocidas en vía de diligencia preparatoria, no necesitan de traducción al español para tener mérito ejecutivo.

No adolece de nulidad la sentencia que manda llevar adelante la ejecución por la suma demandada en moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio de su abono, si el auto de pago así lo dispuso”.<sup>101</sup>

IX. “La omisión de reducir a moneda nacional el importe de las letras que sirven de recaudo, no desvirtúa su mérito ejecutivo”.<sup>102</sup>

X. “Son nulos el auto de solvendo y el de vista que lo confirma, que mandan abonar una cantidad en moneda nacional, cuando la demanda se ha interpuesto para el pago de un documento de crédito en moneda extranjera”.<sup>103</sup>

97 Ejecutoria del 25 de abril de 1951. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 87, 1951, p. 397 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

98 Ejecutoria del 7 de setiembre de 1951. *Normas Legales*, núm. 15, 1951, p. 243 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

99 Ejecutoria del 18 de setiembre de 1967. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 290, 1968, p. 337 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

100 Ejecutoria del 11 de enero de 1968. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 289, 1968, p. 222 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

101 Ejecutoria del 25 de junio de 1968. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 298, 1968, p. 1349 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

102 Ejecutoria del 1 de abril de 1969. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 302, 1969, p. 354 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

103 Ejecutoria del 23 de enero de 1970. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 313, 1970, p. 244 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

XI. “Las obligaciones en moneda extranjera con fecha anterior a la dación del Decreto-Ley 18275, deben cancelarse en moneda nacional al tipo de cambio ponderado de compra registrado en el mercado de giros al cierre de las operaciones del 15 de mayo próximo pasado.

Los jueces están obligados a precisar en la sentencia que manda adelantar la ejecución el tipo y cantidad de la moneda extranjera que deberá convertirse en moneda nacional para los efectos del pago.

Es nula la sentencia expedida con posterioridad a la promulgación del Decreto-Ley 18275 que ordena pagar la misma cantidad señalada *ad libitum* por el actor para los limitativos efectos del artículo 608 del Código de Procedimientos Civiles”.<sup>104</sup>

XII. “Los créditos en moneda extranjera comprendidos dentro de la previsión del artículo 10 del Decreto Ley 18275, deben convertirse para su pago en moneda nacional al tipo de cambio señalado en el acotado dispositivo.

Los jueces están obligados a indicar en el auto de solvendo el monto y la clase de la moneda extranjera materia de la reducción.

Es nulo el auto de pago dictado en moneda nacional sin precisar la clase y monto de la moneda extranjera a que asciende el crédito en cobranza”.<sup>105</sup>

XIII. “El saldo exigible de una cuenta bancaria en dólares es el del cierre de la misma y debe efectuarse en moneda nacional al tipo de cambio fijado en el Decreto Ley 18275”.<sup>106</sup>

XIV. “La sentencia debe mandar adelantar la ejecución en la moneda extranjera demandada y disponer que el pago se efectúe en moneda nacional”.<sup>107</sup>

XV. “Es procedente iniciar una acción ejecutiva sólo si los títulos que recaudan las mismas, tienen mérito ejecutivo. De conformidad con el artículo 1249 del Código Civil, el pago de una deuda en moneda

104 Ejecutoria del 24 de setiembre de 1970. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 8882, 23 de noviembre de 1970 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

105 Ejecutoria del 8 de octubre de 1970. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 9034, 25 de mayo de 1971 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

106 Ejecutoria del 26 de agosto de 1971. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 333, 1971, p. 1250 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

107 Ejecutoria del 3 de noviembre de 1972. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 351, 1973, p. 497 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar de pago”.<sup>108</sup>

XVI. “La Primera Sala Civil del Supremo Tribunal declaró no haber nulidad en la resolución de vista, que confirmando la apelada manda adelantar la ejecución para el pago de determinadas sumas de dólares, liras italianas, chelines austríacos y marcos alemanes o su equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio del día de pago”.<sup>109</sup>

XVII. “El artículo 1237 del Código Civil permite pactos de obligaciones en moneda extranjera no prohibidos por leyes especiales. En el caso de autos se pactó en dólares o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio vendedor del mercado único de cambios”.<sup>110</sup>

108 Ejecutoria del 18 de febrero de 1982. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 12664, 8 de marzo de 1982 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

109 Ejecutoria del 25 de octubre de 1985. *Diario Oficial El Peruano*, núm. 14495, 18 de febrero de 1987 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).

110 Ejecutoria del 26 de enero de 1990. *Diario Oficial El Peruano*, 14 de marzo de 1991 (artículo 1249 del Código Civil de 1936).