

El tipo de cambio y el daño por mora en las obligaciones en moneda extranjera

1. – Recordemos cuanto contempla el art. 1278 del CC italiano en el caso de que no se convenga el pago efectivo en moneda extranjera: «si la suma debida se determina en una moneda que no tenga curso legal en el Estado, el deudor tendrá la facultad de pagar en moneda legal al tipo de cambio [vigente] en la fecha del vencimiento y en el lugar establecido para el pago».

Si el deudor paga con retraso y, en el ínterin, la moneda se ha devaluado, se plantea el problema acerca de si la suma pagadera debe calcularse sobre la base del tipo de cambio en vigor al vencimiento o, por el contrario, en función del tipo de cambio vigente en el momento en que se efectúa el pago tardío.

Por otra parte, la moneda extranjera pagada con retraso puede haber sufrido igualmente una depreciación en el mercado de divisas, por lo que, bien mirado, el problema no es disímil.

Así pues, el argumento, en sus términos más genéricos, concierne al cálculo del tipo de cambio desde el punto de vista del riesgo de su variación para quien paga o recibe el pago con retraso.

Por lo general, este tema sólo guarda relación con el caso en que el pago de la moneda *in facultate* tenga lugar con retraso y ésta se haya devaluado con respecto de la divisa extranjera, y no ya con el caso en el que la depreciación afecte a la moneda extranjera, pagada tardíamente. Sería como afirmar que el pago

Fuentes: «Rivista di diritto civile», 1985, II, págs. 251 y ss., y «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

en moneda extranjera, tras la fecha de vencimiento, debe considerarse siempre exacto, mientras que en realidad no lo es, al igual que ocurre con la moneda legal, dado que en ambos casos queda virtualmente descubierto el daño por mora.

El modo desarticulado de plantear el problema, por lo que el cumplimiento específico de la moneda *in obligatione* sería sinónimo de cumplimiento exacto, a diferencia de aquella *in facultate*, da lugar a una solución inaceptable en cuanto protege al acreedor extranjero de la devaluación de la moneda nacional y no al acreedor nacional de la depreciación de la divisa extranjera. En realidad, nos encontramos ante un único problema al que ha de darse una solución coherente y armoniosa, ya se trate de obligaciones en moneda extranjera «tipo efectivo» o «no efectivo», o bien, como en este caso, cuando el pago se efectúe en moneda legal o extranjera.

Las presentes dificultades ahondan sus raíces en el hecho de que adoptan como norma la relativa al tipo de cambio en vigor en el momento del pago tardío de la moneda extranjera, y no ya al vigente en el momento del pago tempestivo, lo que conduce a la codificación, contra toda lógica, de un lucro o pérdida en favor o en perjuicio del acreedor con respecto de lo que debería haberse verificado.

Asimismo, la regla del tipo de cambio vigente en la fecha de vencimiento puede consentir al deudor una ejecución menos onerosa de la prestación con respecto a aquella tardía, aunque no se trate de un hecho tan relevante como el de sí, más bien, esta última genera o no un daño para el acreedor, quien debe ser resarcido.

Es necesario que el pago se efectúe en la moneda del acreedor, ya se trate de la moneda legal o de una divisa extranjera, y que dicha moneda presente una tendencia bajista con respecto de la moneda del deudor, en tendencia alcista.

Este tema nos da la oportunidad de realizar una reflexión sobre la literatura jurídica y las sentencias que nos ocupan.

2. – Comencemos analizando el caso en el que se han centrado tanto la doctrina como la jurisprudencia, relativo a la depreciación de la moneda legal *in facultate* con respecto a la moneda extranjera *in obligatione*, para pasar después a esta última.

Las reflexiones que efectuaremos son igualmente válidas tanto para una como para otra. Conviene comenzar por analizar el estado de opinión contenido en el previo y análogo art. 39 del Cco italiano, crucial para comprender también el del actual art. 1278 del CC italiano.

El aspecto que llama mayormente la atención de los autores y de los jueces, y que sigue llamándola hoy en día, radica en la posibilidad de que el deudor pueda obtener beneficio de su incumplimiento pagando en la moneda legal, a la baja en comparación con la moneda extranjera durante la mora.

El hecho de que el deudor pueda obtener un lucro del propio incumplimiento se considera contrario al sistema y se tiende, en consecuencia, a fijar la norma contraria del tipo de cambio vigente en el momento del pago.

A este respecto, se hace hincapié en que la moneda *in facultate solutionis* debe equivaler a aquella otra *in obligatione* ⁽¹⁾ también en el momento del pago efectivo, hecho que refleja la influencia de la concepción valorista ⁽²⁾.

Se ha intentado superar el indiscutible obstáculo de la argumentación literal con la observación de que la remisión al tipo de cambio vigente en la fecha de vencimiento se produce en el supuesto del pago puntual y no tardío ⁽³⁾. El tipo de cambio en vigor en la fecha de vencimiento sería, pues, sinónimo de pago puntual, hecho del que debería desprenderse la regla más general del tipo de cambio vigente en el momento del pago.

Esta opinión resulta conforme con la solución generalmente admitida en la evaluación del daño, actualizado a los nuevos precios vigentes en el momento de la resolución en lugar de los precios en vigor en el momento en que se produce el daño ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Para una referencia crítica a la premisa de equivalencia: MAZZONE, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, I, p. 177. La teoría de los títulos de crédito se basa en dicha equivalencia.

⁽²⁾ El principio del valor nominal se aplica igualmente a la moneda extranjera. Véase VASSALLI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, II, p. 260.

⁽³⁾ ASCOLI, en *Rivista di diritto civile*, 1920, p. 404; Id., en *Rivista di diritto civile*, 1921, p. 383; Id., en *Rivista di diritto civile*, 1922, p. 296.

⁽⁴⁾ MOMMSEN, *Die Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, págs. 218 y ss.; DERNBURG, *Pandette*, II, traducción al italiano, 1903, Berlín, p. 183; M. y L. MAZEAOU, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, III, París, 1939, p. 586; TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, en *Rivista di diritto privato*, 1933, I, págs. 263 y ss.; Id., en *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, págs. 234-244; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Milán, 1940, p. 118; DE CUPIS, *Il danno*, Milán, 1979, I, págs. 269 y ss.

La adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago ha sido igualmente teorizada, debido a la probabilidad de aumento del valor de la moneda extranjera, como una liquidación a tanto alzado del daño por mora ⁽⁵⁾. La doctrina y la jurisprudencia más antiguas han sufrido el influjo de la adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago, contemplada en el § 244 BGB [Código Civil alemán], pese a las enfurecidas disputas a las que ha dado lugar ⁽⁶⁾. En pasado, estas opiniones suscitaron las críticas de aquellos autores ⁽⁷⁾ que, privilegiando el contenido literal de la norma, mantuvieron la referencia al tipo de cambio vigente en la fecha de vencimiento. Se ha observado que, en el caso de depreciación de la moneda extranjera con respecto de la moneda legal, la regla del tipo de cambio en vigor en el momento del pago equivale a autorizar al deudor a pagar menos liras italianas de las necesarias al vencimiento y a codificar la no resarcibilidad del daño por mora ⁽⁸⁾. Los principios generales sobre el resarcimiento del daño no justifican un lucro del acreedor ante el alza de la moneda extranjera, al tiempo que

⁽⁵⁾ ASCOLI, en *Rivista di diritto civile*, 1920, p. 404; Id., en *Rivista di diritto civile*, 1921, p. 383; Id., en *Rivista di diritto civile*, 1922, p. 296; COBIANCHI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, II, p. 67; GUIDI, en *Diritto e pratica commerciale*, 1922, I, p. 22; COGLIOLO, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, II, p. 303. En jurisprudencia: Sentencia del Tribunal de Apelación de Génova, de 5 de julio de 1919, en *Il Monitore dei Tribunali*, 1920, p. 597; Sentencia del Tribunal de Apelación de Génova, de 19 de mayo de 1922, en *Il Foro italiano*, 1922, II, c. 757.

⁽⁶⁾ Para tener una visión general de la cuestión, véase VASSALLI, *ob. cit.*, p. 254, nota b). En lo referente a la fecha de vencimiento: SCHOLLMEYER-OERTMANN-KUHLENBECK-KOBEN, *Kommentar zum BGB*, § 244, Berlín, 1914. En relación con la fecha de pago: NUSSBAUM, *Valutafragen*, en *Juristische Wochenschrift*, 1920, p. 14; COSAK, *Lehrb. d. Handelsrechts*⁵, 1900, núm. 2, p. 136.

⁽⁷⁾ En relación con la fecha de vencimiento, con referencia al art. 39 del Cco italiano, véanse: VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milán, 1926, núm. 1568, p. 63; VASSALLI, *ob. cit.*; ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milán, 1928, págs. 173, 190, 191; MAZZONE, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, I, págs. 170 y ss.; RAMELLA, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, II, p. 60; BOTTURI, en *Il Monitore dei tribunali*, 1921, p. 193. En jurisprudencia: STJ de Trieste, de 25 de octubre de 1921, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, II, p. 252. El tipo de cambio vigente en la fecha de vencimiento es el generalmente admitido en las diversas legislaciones. Lo anterior aparece regulado en el art. 37 de la Ley Cambiaria alemana de 1848, art. 336 del Cco alemán de 1861, art. 336.2.º del Cco general austríaco, art. 338 del Cco francés, art. 296 del Tratado de Versalles, §§ d), s), Tratado de San Germán. En el ordenamiento italiano, se rige por el art. 228 del Cco de 1865 y art. 39 del Cco de 1882.

⁽⁸⁾ VASSALLI, *ob. loc. cit.*; MAZZONE, *ob. loc. cit.*; BOTTURI, *ob. loc. cit.*

tampoco resulta comprensible en qué medida puede representar la variación del tipo de cambio una liquidación a tanto alzado ⁽⁹⁾.

Así pues, algunos autores defendían la remisión al tipo de cambio al vencimiento y la indemnización de la eventual devaluación posterior de la moneda legal con arreglo a los principios generales, considerándose inaplicable el límite del interés moratorio legal –*ex art. 1231 del CC de 1865*– a las obligaciones en moneda extranjera ⁽¹⁰⁾

Estas opiniones no fueron asimiladas por la jurisprudencia creada en torno al art. 39 del Cco italiano.

El anteproyecto del Libro de las Obligaciones y Contratos (art. 11) adoptaba la regla del tipo de cambio vigente en el momento del pago ⁽¹¹⁾, considerándose que el lucro procedente eventualmente de valores en alza debía resarcir el daño por mora ⁽¹²⁾, ya que, por otra parte, se proponía la supresión del art. 122, que preveía el resarcimiento del daño mayor en las obligaciones pecuniarias ⁽¹³⁾.

El texto definitivo del código retoma la concepción del tipo de cambio vigente al vencimiento con el art. 1278 y aparece regulado el resarcimiento del daño mayor por mora en el art.

⁽⁹⁾ Critican este punto de vista VASSALLI, *ob. cit.*, p. 255, y MAZZONE, *ob. cit.*, p. 175.

⁽¹⁰⁾ TALLACHINI-MAZZONE, *ob. loc. cit.*, contra ASCOLI, *ob. loc. cit.*; VASSALLI, *ob. loc. cit.*

⁽¹¹⁾ El art. 11 del anteproyecto adoptaba el tipo de cambio vigente en el momento del pago, inspirándose en una solución análoga del art. 24 del proyecto italo-francés, *Delle obbligazioni e contratti*, y en el art. 303 del Proyecto [de Ley] D'Amelio. El informe de la Comisión Real para el anteproyecto alegaba que dicha regla «correspondía a aquello que representa el objeto debido».

⁽¹²⁾ En este sentido se pronunció Asquini, entre otros, en la reunión de la Comisión de las Asambleas Legislativas celebrada el 30 de mayo de 1940, en relación con el anteproyecto.

⁽¹³⁾ Con anterioridad, también el art. 343 del Proyecto [de Ley] Vivante del Código de Comercio propuso la adopción del tipo de cambio vigente al vencimiento y la liquidación de la diferencia de cambio tan sólo como daño mayor por mora. ASCARELLI, en *Studi giuridici sulla moneta*, *ob. cit.*, p. 201, escribió lo siguiente: «así se mutila todo debate sobre el tipo de cambio, con la adopción de aquel vigente al vencimiento, tal y como sugieren la equidad y la lógica jurídica». El resarcimiento del daño mayor en general ya aparecía regulado en el § 288.2.º del CC alemán y en el art. 106 del Código de las Obligaciones suizo, al tiempo que se regía igualmente por la jurisprudencia basada en los §§ 283 y 284 del Código de Comercio alemán derogado. Para leer algunos apuntes históricos, véase VASSALLI, *ob. cit.*, págs. 265, 266.

1224.2.º del CC italiano. En su informe, el Ministro de Justicia ⁽¹⁴⁾ consideraba la depreciación del tipo de cambio como un daño mayor.

3. – La opinión predominante en el código actual es aquella sostenida por Ascarelli ⁽¹⁵⁾, quien prevé la remisión al tipo de cambio en vigor en el momento del pago y no al vencimiento, en el caso de sobrevenida devaluación de la moneda legal. Se ha observado que el retraso del deudor no puede someter al acreedor a la suerte de una unidad de medida de los valores distinta de aquella típica de la deuda durante el período previo al vencimiento. Se ha llegado, pues, a la siguiente conclusión: «el deudor podrá pagar en moneda nacional la suma equivalente al tipo de cambio [en vigor] en el momento del pago de la moneda extranjera debida, corriendo incluso después del vencimiento el riesgo monetario que corría previamente, mientras que, cuando incurra en mora, deberá resarcir el daño derivado de la imposibilidad de evitar, mediante inversiones oportunas, la pérdida del poder adquisitivo de la unidad de medida adoptada».

Así pues, el resarcimiento del «daño mayor» equivaldría a indemnizar el daño inflacionario de la moneda extranjera, desprendiéndose de ello la conclusión aberrante conforme a la cual, en Italia, además del lucro derivado del alza el tipo de cambio se garantizaría, igualmente, la cancelación de su depreciación inflacionista interna. La doctrina ha sostenido, incluso de reciente, la opinión anterior ⁽¹⁶⁾.

La tesis a favor del tipo de cambio vigente en la fecha de vencimiento, hecha salvedad de la indemnización de su depreciación posterior con respecto de la moneda extranjera, tan sólo como daño mayor pendiente de prueba, ha sido defendida por destacados juristas en relación con el caso distinto de las

⁽¹⁴⁾ Informe del Ministro de Justicia sobre el CC italiano, núm. 36, p. 26.

⁽¹⁵⁾ ASCARELLI, *ob. cit.*, núms. 134, 137, págs. 388, núm. 3, 390, núm. 1, 395, 396, 397 n.3.

⁽¹⁶⁾ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, III, núm. 246, págs. 81 y ss.; DI STASO, voz *Somma di danaro (debito di)*, en el *Novissimo Digesto italiano*, XVII, s.a., Turín, 1980, p. 879; DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, s.a., Milán, 1978, p. 281; PERLINGIERI, *Codice civile commentato*, Turín, 1980, sub art. 1278 del CC italiano, p. 173.

obligaciones en moneda extranjera-valor, es decir, en moneda nacional con una cláusula de ajuste a una moneda extranjera ⁽¹⁷⁾.

No obstante, otros autores han defendido, también a este respecto, el recurso al tipo de cambio en vigor en el momento del pago en cuanto no sería equitativo exigir una prueba exacta del daño por parte del acreedor ⁽¹⁸⁾. En realidad, ello refleja la influencia de una concepción inspirada en un irracional *favor creditoris* sobre el que se sustenta la concepción valorista.

La jurisprudencia predominante ⁽¹⁹⁾ defiende que el deudor moroso que pague en moneda legal *ex art. 1278* del CC italiano, devaluada durante el período que abarca el retraso, debe pagar igualmente la diferencia del tipo de cambio, aun cuando el acreedor no haya presentado pruebas de haber sufrido un daño. En función de lo anterior, resulta clara la adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago.

Sin embargo, por otra parte, se niega la importancia de la depreciación de la moneda extranjera con respecto a la moneda legal, además de los intereses ⁽²⁰⁾. Ello ha sido objeto de críticas, puesto que se trata de un mismo problema, independientemente de que la depreciación afecte a la moneda nacional o a la moneda extranjera ⁽²¹⁾. La jurisprudencia ha hecho una excepción en lo

⁽¹⁷⁾ ANDRIOLI, en *Il Foro italiano*, 1955, I, c. 320; ASQUINI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1955, II, págs. 257 y ss.; CARBONETTI, voz *Clausole di indicizzazione*, en *Dizionario del diritto privato*, editado por Irti, Milán, 1980, p. 145.

⁽¹⁸⁾ Así lo interpreta QUADRI, *Le clausole monetarie*, Milán, 1981, págs. 141, 146, 150 y ss. En este sentido se ha pronunciado la STS italiano núm. 3971, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 1980, en *Giustizia civile*, 1980, I, p. 2469.

⁽¹⁹⁾ SSTS italiano núm. 1955, de 21 de junio de 1955, en *Giustizia civile*, 1955, I, p. 1823; la núm. 178, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 1958, en *Repertorio della Giurisprudenza italiana*, 1958, voz *Moneta*, núm. 7; la núm. 178, de 16 de junio de 1958, *ibidem*, núm. 4; la núm. 1888, de 17 de junio de 1959, y la núm. 929, de 17 de abril de 1964, en *Giustizia civile*, 1964, I, p. 1361. El TS italiano confirma fundamentalmente este enfoque y lo extiende, por analogía, a las obligaciones con una cláusula de ajuste a la moneda extranjera, mediante la Sentencia núm. 3971, de 24 de junio de 1980. La anterior resulta en contraposición con cuanto ha sostenido relativamente a las cláusulas oro la STS italiano núm. 1296, de 27 de abril de 1954, en *Repertorio del Foro italiano*, 1954, c. 1731, núm. 10, criticada por ASCARELLI, *ob. cit.*, núm. 135, p. 393. La STS italiano núm. 3239, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 1981, en *Il Foro italiano*, 1982, I, p. 779, confirma indirectamente dicho enfoque como una de las posibles opciones del trabajador.

⁽²⁰⁾ STS italiano núm. 842, de 30 de marzo de 1966, en *Giustizia civile*, 1966, I, p. 983.

⁽²¹⁾ ASCARELLI, *ob. cit.*, núm. 136, págs. 393 y ss.

referente a los créditos laborales de residentes en el extranjero en la medida en que se concede al acreedor la posibilidad de elegir entre el tipo de cambio en vigor en el momento del pago o la conversión a moneda nacional al tipo de cambio vigente al vencimiento, procediendo sucesivamente la revaluación monetaria *ex art. 429.3.º del CPC italiano* ⁽²²⁾.

4. – Desde mi punto de vista, la opinión predominante carece de fundamento y contraviene el ordenamiento vigente. En realidad, las decisiones adoptadas por el legislador en 1942 aparecen reguladas conjuntamente en los arts. 1278 y 1224.2.º del CC italiano. Ello equivale a afirmar que hay que remitirse al tipo de cambio vigente al vencimiento y no en el momento del pago, al tiempo que la posterior depreciación de la moneda nacional *in facultate* será indemnizable tan sólo como posible daño mayor por mora en la medida que establecen los arts. 1223, 1225 y 1227 del CC italiano.

Las diversas afirmaciones de la doctrina legal y de la jurisprudencia predominantes merecen un exhaustivo análisis crítico. Ante todo, apreciamos una seria divergencia sistemática en virtud de la cual, durante el período que abarca el retraso, no es resarcible la depreciación de la moneda extranjera por parte del deudor moroso, a diferencia de cuanto ocurre con la moneda nacional, opción que aparece regulada en el art. 1278 del CC italiano. No se consigue entender por qué motivo la legislación debe proteger al acreedor extranjero de la devaluación de la moneda nacional y, sin embargo, no al acreedor italiano de la devaluación de la moneda extranjera.

El recurso al tipo de cambio vigente en el momento del pago se revela no sólo insuficiente para dar una respuesta sistemática y, en consecuencia, global al problema del daño causado por el tipo de cambio durante la mora, sino también inadmisibles. En definitiva, la opinión predominante en la jurisprudencia aplica dos criterios distintos según se trate de la moneda nacional o extranjera, hecho por el que resulta inaceptable.

Del mismo modo, carece de fundamento el razonamiento al que ya apuntase en su momento Ascoli, ampliamente defendido hasta

⁽²²⁾ STS italiano núm. 3239, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 1981, cit.

ahora, según el que la referencia literal actuada por la normativa al tipo de cambio en vigor al vencimiento debería interpretarse como un sinónimo del pago puntual y, más genéricamente, del tipo de cambio vigente en el momento del pago, incluso tardío, desprendiéndose de este hecho una interpretación arbitraria al tiempo que contradictoria ⁽²³⁾.

No hay duda de que pago al vencimiento es sinónimo de pago puntual, si bien escapa a toda lógica el que se pueda extender la concepción de este último hasta llegar al punto de hablar de pago sin más, aun cuando sea tardío, y que pueda reemplazarse la regla del tipo de cambio vigente al vencimiento con otra completamente opuesta.

Siguiendo un criterio lógico, la doctrina legal alemana interpretó la remisión al tipo de cambio vigente en el momento del pago regulada en el § 244 del BGB como sinónimo de pago puntual y, por tanto, al vencimiento, tratándose de una interpretación inversa ala sostenida en Italia ⁽²⁴⁾.

Por otro lado, en teoría, podría tener sentido deducir la pérdida de la *facultas solutionis* del pago no puntual, si bien no lo tiene considerar que el deudor conserva dicha *facultas*, incluso a un tipo de cambio distinto, esto es, al tipo de cambio vigente en el momento del pago efectuado tardíamente que, en caso de depreciación de la moneda extranjera, se revelaría ventajoso para aquél, en detrimento del acreedor.

No obstante, la caducidad de la *facultas* no ha sido autorizada textualmente por ninguna norma, de ahí que, también en caso de pago tardío, deba aplicarse el art. 1278 del CC italiano.

En realidad, el ordenamiento, a través del art. 1278 del CC italiano, utiliza el provecho del deudor y, por consiguiente, su elección para lograr un objetivo de utilidad pública que va más allá de la expiración de la obligación y no se extingue con ella. Estamos hablando del interés público que radica en el hecho de no ver empobrecido el patrimonio estatal en divisa extranjera sino, más bien, en el hecho de verlo incrementado ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ VASSALLI, *ob. cit.*, p. 255, en relación con la argumentación de Ascoli, escribió: «parece subvertirse todo buen criterio exegético».

⁽²⁴⁾ SCHOLLMEYER-OERTMANN-KUHLENBECK-KOBER, *cit. supra* en la nota 6.

⁽²⁵⁾ El interés o utilidades públicas son la base sobre la que descansa la normativa monetaria italiana, fuertemente controlada y sancionada penalmente: Real Decreto Legislativo núm. 1942, de 8 de diciembre de 1934, Decreto-ley núm. 476,

Se trata de una solución distinta y más flexible, pese a prefijarse el mismo objetivo que aquella prevista en otros ordenamientos, que contemplan la conversión obligatoria de la moneda extranjera a la moneda de curso legal⁽²⁶⁾. No existe razón alguna por la que deba ejercerse aceleradamente la *facultas solutionis* destinada a obtener un interés o utilidad públicos, no temporal sino permanente, como el que concierne al patrimonio monetario nacional con respecto del patrimonio privado, exclusivamente mediato e instrumental.

No obstante, volvamos a retomar la opinión predominante: resulta inaceptable su punto central en la medida en que considera que «el acreedor sigue soportando durante la mora la suerte relativa a la unidad de valor seleccionada», es decir, el riesgo concerniente al tipo de cambio de la moneda extranjera. Se produce, pues, en mi humilde opinión, una desaplicación del principio de transmisión del riesgo de cambio del acreedor al deudor con motivo de la mora, y una demudación del propio concepto de *perpetuatio obligationis* en las obligaciones en moneda extranjera⁽²⁷⁾.

La *perpetuatio obligationis* materializa el riesgo contractual del acreedor inculpable en el momento de la mora, por lo que, a

de 6 de junio de 1956, Ley núm. 159, de 30 de abril de 1976, Ley núm. 689, de 8 de octubre de 1976; véase FAZIO, *Fondamenti economici della normativa valutaria*, en *Giustizia Valutaria Italiana*, Milán, 1981, págs. 20 y ss.; véase MERUSI, *Il regime delle valute e l'offerta in cessione*, *ibidem*, págs. 415 y ss.; OPPO, *Ordinamento valutario ed autonomia privata*, *ibidem*, págs. 346 y ss.

⁽²⁶⁾ Éste es el caso de los EE.UU. y Suiza. En Suiza, el art. 67 de la Ley Federal sobre el procedimiento de ejecución, junto con la doctrina acerca del art. 232 de dicha ley en materia de derecho concursal, establecen que el crédito debe expresarse en la moneda legal suiza. Recientemente, véase la STJ de Lugano acerca de la causa *Interchange*. Para leer algunas notas de Derecho comparado, véase ASCARELLI, *ob. cit.*, núm. 96, p. 308.

⁽²⁷⁾ Acerca de la *perpetuatio obligationis* como materialización del riesgo: M. BIANCHI-FOSSATI-VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, págs. 4 y ss. A menudo se malinterpreta como continuidad de la prestación en su identidad, con independencia del riesgo económico que se sigue soportando el acreedor, ya resulte en su perjuicio o en su favor: a este respecto, por ejemplo, FAVARA, en *Il Foro italiano*, 1954, I, c. 742, o como persistencia del *debitum* en el contexto de los acuerdos contractuales, tal y como afirma QUADRI, *Le clausole monetarie*, *cit.*, págs. 146 y ss. ANDRIOLI, en *Il Foro italiano*, 1955, I, c. 321, ha criticado correctamente la remisión a la *perpetuatio obligationis* por parte de Favara, observando que carece de toda lógica para quienes defienden la concepción valorista. Desde la aceptación de la disminución del precio a la parcial imposibilidad de la prestación, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Turín, 1930, II, § 28, p. 103, nota 15, si bien resuelve posteriormente el problema remitiéndose a la teoría del *quanti plurimi* en vigor en el Derecho común.

partir de ese momento, el riesgo se traslada al deudor, hecho del que se desprende que este último deberá soportar el coste de la depreciación y se beneficiará de toda posible apreciación ⁽²⁸⁾. Contrariamente, la opinión actual presume que el acreedor sigue sufriendo el riesgo contractual y, por tanto, los efectos de toda eventual tendencia bajista o alcista de la moneda pactada. Por otra parte, cabe observar que, en caso de depreciación, el acreedor no puede exigir asimismo el *quantum plurimi* al vencimiento, en cuanto éste se traduce en una obligación con garantía de cambio ⁽²⁹⁾ y visto que dicha teoría carece de toda justificación normativa.

Como conclusión a la opinión antes mencionada, el acreedor no puede acogerse a la depreciación de la moneda acordada ni a la hipotética apreciación de aquélla, y el deudor moroso se verá incentivado a dejar transcurrir un período más amplio, a la espera de una posterior devaluación, hasta el punto de especular sobre el acreedor, sin enfrentarse a riesgo alguno de cambio. La *perpetuatio obligationis*, con la transmisión del riesgo al deudor moroso, con sus pros y sus contras, justifica la hipotética obtención de un lucro a raíz de su incumplimiento siempre que no se derive un daño para el acreedor que, de verificarse, deberá resarcirse no obstante.

Por otro lado, el acreedor no podría obtener un lucro del alza del tipo de cambio durante la mora, dado que, en caso de haber recibido tempestivamente el pago en moneda extranjera, habría tenido que efectuar el cambio inmediatamente en la Oficina de cambio italiana ⁽³⁰⁾.

De esta forma, el tipo de cambio sólo le haría correr a la vez el riesgo de la pérdida y no del lucro.

Por último, se ha observado acertadamente que hay que distinguir la existencia de dos tipos de problemas: los relativos al tipo de cambio —*ex art. 1278*— y los relacionados con el

⁽²⁸⁾ Se trata de una consecuencia del hecho de que el incumplimiento actualiza el momento de la responsabilidad (*Haftung*). Acerca de la transmisión del riesgo y, en general, sobre la *perpetuatio obligationis*: TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*²⁵, Padova, 1980, p. 538; BARASSI, *ob. cit.*, III, págs. 247 y ss., 369.

⁽²⁹⁾ ASCARELLI, *ob. cit.*, págs. 224, 225, 227.

⁽³⁰⁾ La moneda debe cambiarse en la Oficina de cambio italiana en un plazo de siete días con arreglo al art. 8 del Decreto-ley núm. 476, de 6 de junio de 1956, y en virtud del Decreto Ministerial de 6 de mayo de 1976.

resarcimiento del daño mayor por mora –*ex art. 1224.2.º del CC italiano*⁽³¹⁾–.

Quienes pretenden resolver este problema adoptando el tipo de cambio vigente en el momento del pago y no al vencimiento confunden, precisamente, dos tipos de problemas distintos.

Es inconcebible pretender que el resarcimiento del daño por mora radique en la posibilidad equivalente de obtener beneficios o de sufrir pérdidas con motivo de la adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago.

El resarcimiento del daño debe ser efectivo y no esperado (sin mencionar las posibles posteriores pérdidas en una hipótesis pesimista) y debe efectuarse con arreglo a cuanto previsto en los arts. 1223, 1225 y 1227 del CC italiano. La resolución del problema del resarcimiento del daño por mora en las obligaciones en moneda extranjera, optando por uno u otro tipo de cambio, contraviene los principios generales.

Desde este punto de vista, no puede hipotizarse una liquidación a tanto alzado del daño por mora y, en cualquier caso, la remisión al tipo de cambio se revela no idónea a tal fin. En efecto, es bastante raro y totalmente casual el hecho de que el alza del tipo de cambio se corresponda con la pérdida sufrida de cara a poder compensarla; una baja eventual del tipo de cambio, dato instantáneo, no permite presumir la indemnización del daño por mora, que representa un daño perdurable⁽³²⁾.

Hemos de inclinarnos por la interpretación de dicha opinión contenida en el art. 1278 del CC italiano, en la que se opta por el tipo de cambio vigente al vencimiento en base a las dos observaciones siguientes: en caso de adoptar el tipo de cambio vigente en el momento del pago, las obligaciones con un «tipo no efectivo» producirían un resultado idéntico a aquellas con «tipo efectivo», dejando descubierto el daño por depreciación de la moneda extranjera durante la mora.

En segundo lugar, la adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago resultaría en cualquier caso inaplicable, por ejemplo, en el caso en que el tipo de cambio se hubiese

(31) ASCARELLI, *ob. cit.*, núm. 135, p. 390.

(32) Critica la valoración del daño resarcible en virtud del precio vigente en el momento de la resolución VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, c. 2114.

preestablecido, por lo que la variación del tipo de cambio posterior al vencimiento podría resarcirse tan sólo como daño mayor por mora, poniendo de manifiesto igualmente la inadecuación sistemática de la remisión al tipo de cambio vigente en el momento del pago.

Hemos de concluir que la adopción del valor de la moneda extranjera en el momento del pago, como parámetro fijo también de aquella *in facultate*, se basa en la premisa errónea según la cual cumplimiento exacto es sinónimo de pago de la moneda extranjera acordada con respecto al vencimiento, independientemente del valor de aquélla o, lo que es lo mismo, del cumplimiento específico.

Así pues, [el problema de] la remisión al tipo de cambio vigente en el momento del pago se resuelve inaplicando el art. 1224.2.º del CC italiano a la depreciación de cambio de las obligaciones en moneda extranjera durante la mora.

5. – Por consiguiente, considero que la opinión dominante que se sustenta, como hemos visto, en el tipo de cambio vigente en el momento del pago, se contrapone a la decisión del legislador italiano.

El código actualmente en vigor concede al deudor la facultad de optar por pagar en moneda extranjera o en moneda nacional al tipo de cambio vigente al vencimiento, hecha salvedad de añadir la indemnización de la eventual depreciación del tipo de cambio en cualquiera de los casos, *ex art.* 1224.2.º del CC italiano. Dicha indemnización debe aplicarse igualmente en el ámbito de las obligaciones en moneda extranjera con un «tipo efectivo».

La divergencia entre esta solución y la adoptada en la actualidad se apreciará si se piensa que podría revelarse mucho más onerosa que el valor de cambio de la moneda extranjera en el momento del pago. No obstante, el deudor deberá elegir entre proceder al cumplimiento en moneda legal al tipo de cambio vigente al vencimiento o en moneda extranjera. Por el contrario, no podrá pagar en moneda legal al tipo de cambio más favorable, como es el cambio vigente en el momento del pago.

Por otra parte, en caso de verificarse la eventual depreciación del tipo de cambio de la moneda nacional, no deberá liquidarse a cualquier acreedor de moneda extranjera, ya se trate de un italiano o de un extranjero, con independencia de

la prueba relativa al hecho de haber sufrido un daño ⁽³³⁾, sino tan sólo en la medida en que el acreedor demuestre que dicha depreciación ha causado un daño efectivo y directo (*ex art. 1223 del CC italiano*), previsible (*ex art. 1225*) e inevitable (*ex art. 1227*). Si el acreedor no demuestra lo anterior, ya se trate de un italiano o de un residente en un tercer país, o en caso de haber obtenido, incluso, un lucro con motivo de la apreciación de la moneda, no percibirá la liquidación de la diferencia de cambio de la moneda nacional de la que se le hubiese hecho entrega –*ex art. 1278 del CC italiano*– con respecto a la moneda extranjera. El daño mayor por mora, siempre que la oscilación del tipo de cambio sea poco relevante, hará referencia a los perjuicios comunes indemnizables con arreglo al art. 1224.2.º del CC italiano.

Cabe extender la misma afirmación al pago tardío en moneda extranjera. El acreedor tendrá derecho aquí a exigir al deudor moroso el resarcimiento de la pérdida de cambio en la moneda extranjera acordada con respecto a la moneda a la que habría efectuado el cambio si el pago se hubiese efectuado tempestivamente. Ello se presumirá en el caso de un acreedor residente en un país con moneda legal distinta y al alza respecto de la moneda extranjera pactada.

No parece existir duda alguna acerca de la adopción, por parte del legislador italiano, de la regla del cambio vigente al vencimiento para el caso en que el deudor se acoja a la *facultas solutionis*.

A este respecto se pronuncian la inequívoca redacción del art. 1278 y la norma contemplada en el art. 1224.2.º del CC italiano, por lo que la argumentación literal y la sistemática convergen de forma unívoca. Se afirma, asimismo, que la redacción del art. 1278 del CC italiano ha restablecido la regla del tipo de cambio vigente al vencimiento, sin hacer mención de las disputas ni de las interpretaciones contrapuestas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia acerca de la idéntica redacción del art. 39 del Cco italiano y abandonando, asimismo, la remisión al tipo de cambio vigente en el momento del pago que había sido adoptada por el art. 11 del anteproyecto.

La adopción del tipo de cambio vigente al vencimiento responde a una lógica particular.

⁽³³⁾ Ésta es la argumentación de la jurisprudencia mencionada en la nota 35 y, más genéricamente, de la doctrina legal.

El sistema legal, al lograr mediante el art. 1278 del CC italiano un objetivo de interés público del que continuaremos hablando más adelante, ha concedido al deudor y no al acreedor la facultad de optar por la *facultas solutionis*, a diferencia del art. 47 de la Ley Cambiaria. El deudor se acogerá a la facultad de elegir en virtud de su beneficio y adoptará, por tanto, la solución para él más ventajosa, que será la de pagar en moneda nacional en caso de devaluarse, en el ínterin, con respecto de la moneda extranjera, o bien de pagar en moneda extranjera cuando, viceversa, se devalúe ésta con respecto de la moneda nacional.

No obstante, al conceder al deudor la *facultas solutionis*, el legislador quiso preservar la regla del exacto cumplimiento de la obligación correspondiente, en definitiva, a la regla del vencimiento contemplada en el art. 1184 del CC italiano.

De no haber preservado esta regla o de haber adoptado, incluso, la regla del cambio vigente al vencimiento, el derecho del acreedor a la exacta prestación habría quedado a merced del deudor, a quien corresponde la facultad de elegir.

El legislador ha conservado el principio en virtud del cual la elección, incluso después del vencimiento, compete al deudor sin imponer al respecto ninguna limitación o preclusión, si bien haya pretendido evitar que el acreedor sufra cualquier tipo de daño previendo, a tal fin, el resarcimiento *ex art. 1224.2.º* del CC italiano. En definitiva, dicho código se preocupa por eludir el daño pese a no prever que pueda derivarse un lucro de cambio con motivo del alza de la moneda extranjera durante la mora.

La *facultas solutionis*, que se rige por el art. 1278 del CC italiano, se puede ejercer sin lugar a dudas durante la mora tanto con daño de cambio para el acreedor como sin él.

De ésta forma, el deudor extranjero podrá optar por cumplir su obligación con el acreedor italiano en moneda legal en caso de que ésta se deprecie; el deudor italiano, por su parte, satisfará la contraída con el acreedor extranjero en moneda extranjera en caso de que ésta se haya devaluado respecto a la moneda nacional. Se hipotiza aquí, por economía, que el acreedor extranjero reside en el país en que tiene su curso legal la moneda extranjera. En el caso antes recordado, el deudor optará por la solución que le resulte más conveniente, como hemos visto, si bien de forma que ello no acarree daño alguno para el acreedor.

En realidad, ni el acreedor italiano sufre los efectos del daño por tipo de cambio al haber recibido el pago en moneda italiana, ni el acreedor extranjero sufre dicho daño por haber recibido el pago en la propia moneda, puesto que no es necesario cambiar la moneda recibida a otra divisa.

Así por ejemplo, no se garantiza la realización de la expectativa por parte del acreedor italiano de recibir la moneda extranjera pactada, en cuanto se confiere al deudor la facultad de elegir.

No obstante, la *facultas solutionis* puede realizarse también en presencia de daño al acreedor, por lo que el ordenamiento jurídico predispone la indemnización en el art. 1224.2.º del CC italiano.

Así pues, el deudor extranjero optará, en virtud del propio interés, entre pagar la deuda contraída con el acreedor italiano en la moneda extranjera acordada en caso de que ésta se deprecie con respecto a la primera y, viceversa, el deudor italiano se acogerá al art. 1278 del CC italiano, pagando en moneda nacional al acreedor extranjero en caso de que ésta se haya devaluado durante la mora.

El sistema legal italiano ha preservado —ex art. 1224.2.º del CC italiano— el resarcimiento del daño por mora sin tener que interferir en el derecho de elección del deudor —ex art. 1278 del CC italiano—. No obstante, al respecto es posible realizar una reflexión: la adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago, defendido por la doctrina legal y la jurisprudencia dominantes, carece de toda lógica. En realidad, dicha adopción subvierte la regla del exacto cumplimiento al vencimiento, aquella otra no menos importante de la transmisión del riesgo al deudor intrínseca a la *perpetuatio obligationis*, entendida como la materialización del riesgo de cambio desde que concurre la mora, y pretende garantizar al acreedor el posible lucro de cambio en lugar del resarcimiento del daño. En la práctica, dicha regla, de admitirse, garantizaría el lucro a quien no debe efectuar el cambio y no daría cobertura al daño del acreedor que debe proceder al cambio.

Al establecer como regla absoluta una equivalencia de cambio entre moneda *in obligatione* y moneda *in facultate* en el momento del pago, en caso de devaluación de la moneda

extranjera, el deudor extranjero pagará al acreedor italiano un valor inferior en relación con aquel en vigor al vencimiento.

Viceversa, en caso de apreciación de la moneda extranjera en relación con la moneda italiana, el acreedor italiano percibiría un lucro de cambio aun cuando el deudor se acogiese a cuanto contemplado en el art. 1278 del CC italiano. En el primer caso, el acreedor italiano sufrirá un daño por la depreciación sobrevenida de la moneda extranjera *in obligatione*, hecho que se habría evitado a través de un pago puntual, sin tan siquiera poder contar con resarcimiento alguno.

Nos encontraríamos, pues, ante un daño no resarcible, contrariamente a toda lógica y criterio de equidad, hecho aún más patente si, hipotizando la aplicación del art. 1278 del CC italiano, comparamos la cantidad de moneda legal que se habría recibido con el cambio al vencimiento con la menor cuantía a la que dará lugar la adopción del tipo de cambio vigente en el momento del pago.

En el segundo caso, se garantizaría incluso al acreedor un lucro inconcebible con motivo del alza del tipo de cambio.

Ciertamente, el acreedor nacional no habría obtenido dicho lucro en caso de haber recibido tempestivamente la cantidad de moneda legal al tipo de cambio vigente al vencimiento, o de haber recibido la cantidad de moneda extranjera acordada que, no obstante, habría tenido que cambiar inmediatamente a liras italianas, dirigiéndose a tal fin a la Oficina italiana de cambio. En efecto, en virtud de la legislación vigente en este preciso instante, se prohíbe al ciudadano italiano el hecho de conservar posiciones en moneda extranjera o de convertir libremente la moneda nacional en moneda extranjera. Es evidente que el lucro derivado de la regla del cambio vigente en el momento del pago contrasta netamente con la facultad de elección del deudor. Hemos comenzado diciendo que las decisiones legislativas están fuertemente influenciadas por el intento de utilizar la iniciativa privada para alcanzar objetivos de interés público junto con, *in primis*, el de ver empobrecido lo menos posible e incrementado lo máximo posible el patrimonio monetario nacional. De haberse optado por el tipo de cambio vigente en el momento del pago en la moneda extranjera, el deudor italiano, en caso de apreciación de ésta y, por consiguiente, de depreciación de la moneda nacional, habría soportado un mayor gravamen, todo

ello, por si fuera poco, en un país claramente importador como Italia.

Viceversa, ante la depreciación de la moneda extranjera, el acreedor italiano se habría visto perjudicado, sin posibilidad de resarcimiento alguno. No olvidemos mencionar la política monetaria de la época y la famosa «Quota 90» que se remonta a la conferencia de Pesaro.

La adopción del tipo de cambio vigente al vencimiento, en caso de posterior depreciación de la moneda nacional –*ex art. 1278 del CC italiano*– sigue la lógica del apoyo dado por todo ordenamiento al cambio de la propia moneda.

La lógica del interés público en caso de depreciación radica en ver salir la moneda nacional al precio más alto y en ver entrar la moneda extranjera al precio más bajo.

A primera vista podría parecer que existe un interés público en que el acreedor italiano reciba la moneda extranjera a un tipo al alza y, por tanto, en ver garantizado un eventual lucro derivado del tipo de cambio que, posteriormente, podría traducirse en un incremento del patrimonio monetario nacional. Bien mirado, el hecho de haber mantenido el art. 1278 del CC italiano denota una motivación distinta. En efecto, representa un hecho de interés público el desincentivar al residente de especular contra la moneda nacional, representando un posible modo de especular el retraso del cobro del crédito debido por el extranjero.

Este modo de actuar se considera en la actualidad un elemento perturbador de la moneda nacional en el mercado de divisas.

6. – Pasemos ahora a las obligaciones en moneda extranjera «tipo efectivo» reguladas en el art. 1279 y a las obligaciones contempladas en el art. 1278 del CC italiano, en las que el deudor no se acoge a la *facultas* y paga en la moneda extranjera acordada.

Con arreglo al art. 1224.2.º del CC italiano, debe resarcirse la pérdida de cambio que el acreedor demuestre haber sufrido durante la mora, debido a la depreciación de la moneda extranjera pagada con retraso en relación con la moneda de curso legal en su país o con la utilizada normalmente para realizar gastos.

En este sentido se disiente de la doctrina y de la jurisprudencia dominantes. La depreciación de una moneda hay que entenderla en su relación con otra: así pues, puede tratarse de una depreciación de la moneda extranjera en relación con la moneda legal italiana o con otra moneda extranjera, como es el caso, por ejemplo, de un acreedor estadounidense de una suma pactada en marcos alemanes pagada con retraso, a su vez, por parte del deudor italiano.

Obviamente, ello supone la demostración de una necesidad de cambio, incluso virtual.

El problema presenta diferentes aspectos que dependen de que los tipos de cambio sean fijos o fluctuantes, de ordenamientos monetarios controlados o libres. El tipo de cambio relevante será el que se encuentra vigente cuando comienza la mora. En caso de estipular el «tipo efectivo» *ex art. 1279 del CC italiano*, no se plantea el problema del lucro del acreedor en cuanto representaría una consecuencia del pago en la moneda extranjera pactada y del hecho de no haber proporcionado el ordenamiento al deudor la solución de la autoconservación de la *facultas solutionis*.

En este caso, en materia de resarcimiento del daño, serán aplicables todos los principios y las normas comunes de las que hemos hablado en lo referente al otro caso contemplado en el art. 1278 del CC italiano. Basta haber reorientado este particular problema en base a los elementos esenciales más genéricos y unitarios del sistema.

7. – Es conveniente examinar ahora algunos problemas específicos en materia de resarcimiento del daño mayor por mora *ex art. 1224.2.º del CC italiano*. Cabe recordar que todo daño es resarcible en la medida en que represente la consecuencia directa e inmediata del incumplimiento –*ex art. 1223–*, en la medida en que sea previsible si se produce por culpa y no por dolo –*ex art. 1225–* y siempre que no sea evitable –*ex art. 1227–*. Se trata de normas prácticamente comunes a los distintos sistemas legales con algunas variaciones importantes en ocasiones como en lo referente, por ejemplo, al límite de la previsibilidad contemplada en algunos casos, incluso en aquellos en los que concurre dolo.

Una derogación como ésta ha sido introducida también en Italia a través del art. 74 del Convenio de la Haya, de 1 de julio de 1964, ratificado por Italia mediante la Ley núm. 816, de 21 de junio de 1971, sobre la compraventa de cosas muebles corporales.

Es necesario detenerse a analizar el límite de lo previsible vinculado al carácter culposo o negligente del incumplimiento. Normalmente, se sostiene que el incumplimiento es culposo o negligente cuando no concurre dolo⁽³⁴⁾ y cuando no se deriva de un caso fortuito o de fuerza mayor. El incumplimiento culposo no permanece necesariamente como tal; *in itinere*, puede transformarse en doloso, tal y como prevé en esencia el art. 96 del CPC italiano, en cuyo caso decae el límite de lo previsible.

En la práctica, la parte que no cumple culposamente, por ejemplo, por razones estrictamente personales, puede llegar a adquirir consciencia, en un segundo momento, de la ilicitud y perseverar en la mora por motivos egoístas y emulativos con el fin de beneficiarse, por ejemplo, de la inadecuada sanción del interés legal moratorio.

Es consabido el controvertido debate existente acerca del objeto de lo previsible y de si éste guarda relación con el daño y sus coeficientes en abstracto, o también con la extensión del daño⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Por lo general, se interpreta el dolo como la voluntariedad del incumplimiento teniendo plena consciencia de su ilicitud. Véase TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., págs. 220, 569; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, p. 2; MAJORCA, voz *Colpa civile*, en *Enciclopedia del diritto*, s.a., Milán, 1962, p. 565 y bibliografía citada. Utilizando los resultados más avanzados de la doctrina legal penalista, me remitiría al criterio discrecional del dolo en el incumplimiento con respecto de aquel relativo al ilícito civil en la «voluntad de no cumplir o de retrasar la prestación debida (dolo genérico) con el fin de obtener un beneficio injusto mediante el daño ajeno (dolo específico)». Este dolo específico, sinónimo de mala fe, va más allá de la mera consciencia de la ilicitud y resulta completamente ausente en la culpa. Por lo general, se responde por culpa o negligencia, salvo en caso de probar la concurrencia del dolo o del caso fortuito. No obstante, en la práctica jurídica diaria, al no concederse una gran relevancia al límite de lo previsible se acaba considerando y presumiendo el incumplimiento como doloso.

⁽³⁵⁾ Para un análisis doctrinal y jurisprudencial de la cuestión, véase BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno, ai fini dell'art. 1225 c.c.*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1954, II, págs. 302 y ss. Acerca de que la previsibilidad guarda también relación con el *quantum* del daño, véase MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., III, § 115, p. 338; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en el *Commentario del codice civile*, bajo la dirección de Scialoja y Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni* (arts. 1218-1229-2), Bologna, 1979, sub art. 1225, p. 384, nota 8.

El resarcimiento hará referencia, asimismo, a aquella parte del daño que no podía evitarse con arreglo al art. 1227 del CC italiano, recurriendo, en tal caso, también a la sustitución.

Pasando a considerar el tipo de daño resarcible, el daño inflacionario, a diferencia de cuanto sostuvieran otros autores, no parece indemnizable debido a las dimensiones mundiales del fenómeno y a la general aversión a la indexación ⁽³⁶⁾. En caso de admitirse lo anterior, Italia sería el único país en el mundo en el que quedaría garantizada la estabilidad del poder adquisitivo interno de toda moneda, tanto nacional como extranjera. Dicho daño tampoco parece indemnizable por razones más generales ⁽³⁷⁾, dado que el sujeto residente en el extranjero no sufre los efectos de la erosión del nivel de los precios internos de un país en el que no vive, no gasta y en el que, a menudo, se le prohíbe igualmente gastar.

Examinemos ahora la depreciación del tipo de cambio en calidad de daño mayor por mora. Por lo general, tanto los juristas extranjeros como los juristas italianos la han relacionado con el ejercicio de la *facultas solutionis*, tal y como establece el art. 1278 del CC italiano.

El autor ya ha aludido anteriormente a la opinión según la cual dicha depreciación presume el daño mayor por mora *ex* art. 1224.2.º del CC italiano. A este respecto, cabe recordar la afirmación textual del Informe del Ministro de Justicia sobre el Código Civil (núm. 36) inspirado en el art. 434 del Proyecto de Ley Vivante-Mortara del Código de Comercio, que contenía una medida específica al respecto ⁽³⁸⁾. La diferencia de cambio tendrá efecto desde el comienzo de la mora hasta el cumplimiento, no siendo resarcible aquella registrada desde el vencimiento hasta el comienzo de la mora, si bien cabe remitirse a la

⁽³⁶⁾ Toda moneda pierde más o menos poder adquisitivo y la aversión a la indexación es general, considerada causa de nueva inflación, tal y como se afirma, p.ej., en el Informe Radcliffe. Véase RUOZI, *Inflazione, risparmio e aziende di credito*, págs. 433, 434, 437, 483, 484, 485, 510. Sobre la base de dicha motivación, resulta actual el debate acerca de la escala móvil salarial italiana.

⁽³⁷⁾ VALCAVI, *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi ed ai tassi di interesse*, en *Rivista di diritto civile*, 1981, II, págs. 332 y ss.; Id., *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, en *Il Foro italiano*, 1980, I, c. 118.

⁽³⁸⁾ El Informe del Ministro de Justicia, bajo el núm. 36, p. 26, reza textualmente: «un daño mayor puede resarcirse (p.ej.: la diferencia de cambio en las deudas en moneda extranjera)».

forma y al momento en que el acreedor ejercite la autoprotección mediante la constitución en mora. Ya hemos dicho antes que, en el incumplimiento culposo, es resarcible el daño previsible y se debate acerca de si este hecho concierne al daño en sí o al *quantum* del daño. En el caso que nos ocupa, todo se reduce al problema de si es suficiente poder prever que los tipos de cambio, al igual que los precios, son variables de por sí o de hipotizar también, de forma aproximada, cuál puede ser el alcance máximo de su variación. En mi opinión, el deudor debería poder prever —*ex art. 1225 del CC italiano*— no solamente que el acreedor habría efectuado el cambio de la moneda recibida a otra moneda, sino también que la primera de ellas se habría depreciado con respecto de la segunda, al tiempo que debería poder prever el alcance máximo de dicha depreciación, por encima de cuyo nivel cabe considerar imprevisible una devaluación. Así pues, habrá que tener en cuenta la extensión de la devaluación «prevista» por los operadores y por los medios de comunicación, y que la previsión varía según se trate de tipos de cambio fijos o fluctuantes. La sentencia deberá incidir necesariamente en las circunstancias de hecho y, mayormente, se recurrirá a suposiciones. De esta forma, será fácil presumir, por ejemplo, que el acreedor con moneda legal distinta de la acordada cambiará esta última a su propia moneda, y así sucesivamente.

Al comienzo del presente análisis hemos visto también que existen tipos de cambio al contado y tipos de cambio a plazo. El art. 39 del Cco italiano se remitía textualmente al tipo de cambio «a la vista», es decir, al contado; el art. 1278 del CC italiano no hace mención algunaal respecto, si bien podríamos considerarla implícita.

Si se admite que la previsibilidad concierne igualmente al *quantum* del daño, parece más indicativo el diferencial de cambio en el mercado a plazo con respecto del mercado de dinero, diferencial obtenido *a posteriori*.

En este caso, la comodidad o incomodidad de una moneda respecto de otra tienden a coincidir con el diferencial de los respectivos intereses monetarios ⁽³⁹⁾, por lo que el daño por mora

⁽³⁹⁾ KEYNES, *La riforma monetaria*, Milán, 1975, págs. 90 y ss.; FERRO, *Il mercato dei cambi a termine*, Padova, 1973, págs. 41 y ss., 61 y ss., 132 y ss., 294 y ss., 425 y ss., 551 y ss.

de la moneda devaluada tiende a coincidir con el tipo de interés más alto en la moneda a la baja, planteándose el problema de evitar una duplicación de resarcimiento. También hemos visto antes que el resarcimiento del daño debe limitarse al daño que no podía evitarse, con arreglo al art. 1227 del CC italiano, aun recurriendo a la pertinente sustitución, en cuyo caso se limitaría al mero coste del mismo. Una típica operación de sustitución que limita el riesgo de cambio consiste en vender a plazo una moneda y en comprar igualmente a plazo otra distinta ⁽⁴⁰⁾.

La remisión al cambio a plazo para evaluar los límites de la previsibilidad y de la evitabilidad del daño adquiere gran significado en caso de que el acreedor opere habitualmente en el mercado de cambios. La internacionalización de las entidades de crédito, trámite necesario para las operaciones de cambio de divisas, ofrece una serie de servicios cada vez más extensa y asesoría cada vez más especializada al respecto, por lo que tendremos que seguir profundizando en el tema, al menos *de iure condendo*.

8. – Por último, el resarcimiento del daño por mora viene determinado por el interés moratorio. Éste debe resarcir el ahorro arbitrario impuesto por el deudor al acreedor con motivo de su incurrencia en mora. Cuantifica el porcentaje de la depreciación de una cantidad de una moneda pagada en un momento diferido con respecto de la misma cantidad pagada al contado, esto es, mide la *utilitas temporis*.

El rendimiento de la moneda depende del interés nominal y no del interés real ⁽⁴¹⁾; hoy día, estos últimos son bastante generales y resulta típico el caso actual del dólar estadounidense, mientras que, hace algunos años, los intereses reales eran negativos.

⁽⁴⁰⁾ Se apunta a la cobertura del riesgo de cambio con las diversas operaciones de mercado, tales como los pactos de recompra (*Swap*), el contrato de permuta por separado (*engineered swap transaction*), las operaciones repo sobre repo (*swap-swap*) o el contrato de opciones sobre cambio (*option exchange contract*). Véase HEINZ RIEHL-RODRÍGUEZ, *Il mercato dei cambi*, Bolonia, 1983, págs. 155 y ss., 197 y ss., 255 y ss.

⁽⁴¹⁾ Los intereses reales son consecuencia del valor porcentual por encima de la tasa de inflación de los intereses nominales.

Existen diversos tipos y grupos de tipos de interés, tales como el tipo vigente de mercado o el tipo oficial de descuento, entre otros.

El rendimiento normal es el de mercado; sus indicaciones estandarizadas, aun por defecto, pueden identificarse en el tipo oficial de descuento, en el tipo preferencial para las inversiones y en el rendimiento de los títulos públicos para el ahorro.

El tipo de interés legal, *ex arts.* 1224.1.º y 1284 del CC italiano, indexado en un valor anacrónico del 5%, merece un análisis por separado. Ya he identificado en otro texto el daño mayor por mora contemplado en el art. 1224.2.º del CC italiano, en relación con la moneda de curso legal, en la diferencia entre éste y el tipo de mercado vigente, garantizando así la normal remuneración del dinero. Es lícito dudar que el tipo de interés legal sea también inherente a la moneda extranjera ⁽⁴²⁾. Hay que considerar que el tipo de interés legal del 5%, extremadamente inadecuado para la moneda legal, se coloca, a menudo, al límite o por encima del interés de mercado en lo referente a algunas monedas extranjeras ⁽⁴³⁾. Parece más indicada la postura que opta por remitirse al rendimiento de mercado de la moneda extranjera o, más bien, a las expresiones estandarizadas del mismo, tal y como contempla el art. 83 del Convenio de la Haya, que lo coloca a un punto por encima del tipo oficial de descuento. En este caso, la interpretación de moneda nacional que hemos propuesto con referencia al art. 1224.2.º del CC italiano acaba asemejando, igualmente, a la de la moneda extranjera: ambas tienen en común el respectivo rendimiento normal durante el período que abarca la mora. El interés compensatorio, *ex art.* 1282 del CC italiano, se aplicará igualmente a la moneda extranjera durante el período que se extiende desde el vencimiento de la obligación hasta la constitución en mora, en la medida en que exista una preferencia por la remisión al rendimiento normal de la moneda extranjera en lugar de recurrir

⁽⁴²⁾ Acerca de la inaplicabilidad del tipo de interés legal a la deuda en moneda extranjera y del art. 1231 del Código Civil de 1865, véanse: ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit., p. 195; COBIANCHI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1922, II, p. 67; MAZZONE, *ob. cit.*, p. 170; en lo que concierne, sin embargo, a la aplicabilidad: ASCOLI, *ob. loc. cit.*; VASSALLI, *ob. loc. cit.*; PACCHIONI, *ob. loc. cit.*

⁽⁴³⁾ El interés nominal vigente sobre el franco suizo sigue siendo del 4,50%, del 5,25% sobre el marco alemán, del 5,75% sobre el yen y del 6% sobre el florín holandés, todos ellos valores brutos, incluida la tasa de inflación.

al tipo de interés legal nacional. Ello se traducirá en una actualización uniforme y racional de la deuda pecuniaria en moneda extranjera desde el vencimiento hasta el momento del pago. Hemos dicho también que se tendrá en cuenta el hecho de que el diferencial de cambio comprende el diferencial de los intereses monetarios, dejando de remitirse, con posterioridad a la revaluación, al interés de la moneda a la baja, interés por lo general más alto que el de la moneda al alza.

9. – El problema de las obligaciones en moneda italiana con una cláusula de ajuste de la moneda extranjera para el período sucesivo al vencimiento de la obligación merece un análisis aparte.

Dicho problema se plantea en caso de haber pactado las partes la operatividad de la cláusula de ajuste no ya hasta el momento del pago efectivo, sino hasta el vencimiento, radicando la *quaestio facti* ⁽⁴⁴⁾ en el hecho de perseguir la voluntad de las partes.

Personalmente, creo que la solución reside implícitamente en el hecho de tratarse de una obligación en moneda italiana, por lo que el ajuste o adecuación a la moneda extranjera no puede exceder el límite acordado por las partes ⁽⁴⁵⁾ o demos extraer un elemento afianzador en este sentido de la misma conclusión enunciada en el caso, en cierto modo análogo, de la obligación a un tipo de cambio preestablecido que se detiene, igualmente, al vencimiento de aquélla.

El daño subsiguiente por mora de esta obligación se resarcirá en virtud de los criterios comunes contemplados en el art. 1224.2.º del CC italiano.

No obstante, bajo el influjo de la concepción valorista, se ha sostenido recientemente ⁽⁴⁶⁾ que, también en este caso, la deuda debería seguir adecuándose al tipo de cambio de la moneda extranjera, hasta el momento del pago.

⁽⁴⁴⁾ En este sentido se pronuncia acertadamente ASQUINI, *ob. cit.*, p. 445; en contra: QUADRI, *ob. cit.*, p. 121 y nota 35 citada.

⁽⁴⁵⁾ ASQUINI, *ob. loc. cit.*; ANDRIOLI, *ob. loc. cit.*

⁽⁴⁶⁾ QUADRI, *ob. cit.*, págs. 141 y ss., 152 y ss., tiende a resolver la cuestión en virtud del automatismo valorista.

Es oportuno observar que dicho tipo de cambio podría representar una fuente de daño para el acreedor en lugar de un beneficio en el caso de depreciación de la moneda de referencia.

En consecuencia, considero desestimables dicha solución y su lógica.

Se remiten al texto:

G. CAMPEIS-A. DE PAOLI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milán, 1986, p. 261, nota 39; A. NIGRA, *Inadempimento di obbligazioni pecuniarie, due motivi per riconoscere il cumulo tra interessi legali e rivalutazione monetaria*, en *Il Foro padano*, 1989, II, p. 98; V. DE LORENZI, *Obbligazione, Parte generale, sintesi di informazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 270; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milán, 1991, p. 310.

Otros textos del autor sobre el mismo tema:

– «*Le obbligazioni in divisa straniera, il corso di cambio, ed il maggior danno damora*», en *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 1210, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 151.

– «*A quale corso di cambio si debba prestare la moneta in facoltà solutionis ex art. 1278 c.c.*», en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, p. 435, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 159.

– «*In materia di liquidazione del danno subito da uno straniero*», en *Il Foro italiano*, 1989, I, 1619, 435, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 165.

– «*Se il credito di un lavoratore estero residente debba essere rivalutato ex art. 429, comma 3 c.p.c.*», en *Rivista di diritto civile*, 1984, II, 504, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 171.

– «*Il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera nell'attuale disciplina di liberalizzazione valutaria*», en *Rivista di diritto civile* 1992, II, p. 861, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 182.