

APUNTE SOBRE LA POSIBLE INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ARGENTINAS EN LAS OBLIGACIONES SOMETIDAS A DERECHO ESPAÑOL

 EDUARDO RODRÍGUEZ-ROVIRA Y JAVIER ILLESCAS
*Abogados**

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses la Argentina ha sido noticia repetidas veces por la crisis económica, social y política que está viviendo. En la segunda quincena de diciembre de 2001 dimitió el entonces presidente Fernando de la Rúa. Tras un breve período de interregno en el que asumieron tres presidentes, el Congreso Nacional argentino nombró presidente a Eduardo Duhalde el 1 de enero de 2002.

Las medidas económicas del nuevo Gobierno no se hicieron esperar. El Presidente Duhalde ratificó el incumplimiento de las obligaciones de pago de la deuda pública nacional anunciado por el Presidente Rodríguez Saá, anunció el fin de la paridad del peso argentino con el dólar estadounidense y remitió al Congreso argentino un proyecto de ley que fue aprobado por el Congreso y el Senado, con algunas modificaciones, el día 6 de enero de 2002, convirtiéndose en la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (la «Ley de Emergencia»).

La Ley de Emergencia delega amplias facultades en el poder ejecutivo argentino y es hasta ahora el pilar sobre el cual el Gobierno argentino ha edifica-

do un castillo de medidas, calificadas en su mayoría de transitorias, al que se conoce comúnmente como las «Medidas de Emergencia».

Nuestra intención es analizar si las Medidas de Emergencia pueden tener alguna incidencia sobre las obligaciones sometidas a Derecho español. Advertimos que este trabajo fue cerrado el pasado 31 de marzo, por los cambios que pudieran haberse producido desde entonces.

2. LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA

Cuatro son a grandes rasgos las Medidas de Emergencia relevantes a los efectos del presente artículo:

2.1. La ruptura de la paridad peso argentino-dólar estadounidense: la devaluación del peso argentino

La Ley de Emergencia dispuso el abandono del llamado «régimen de convertibilidad» establecido por la Ley argentina 23.928, de 27 de marzo de 1991, de convertibilidad del Austral (la «Ley de Convertibilidad»). El peso argentino ha pasado de un régimen de tipo de cambio fijo a un régimen de libre flotación del tipo de cambio respecto al resto de monedas¹ que, en la práctica, ha supuesto una sus-

* Destacados en la Oficina de Buenos Aires de Uría & Menéndez.

¹ La sustitución del régimen de convertibilidad por el de libre flotación tuvo un paso intermedio en el cual coexistieron un mercado oficial de divisas, en el cual el tipo de cambio del peso argentino estaba fijado frente al dólar estadounidense a un tipo de 1,40 pesos por dólar, y uno no oficial, en el cual el tipo de cambio era libre. El Decreto argentino 260/02, de 8 de febrero de 2002, abolió el mercado oficial, subsistiendo un único mercado cambiario de libre flotación. Hablamos de *libre flotación* por cuanto que, pese a que el Banco Central de la República Argentina (BCRA) está autorizado para intervenir en el mer-

tancial devaluación del peso argentino. A 31 de marzo de 2002, un dólar estadounidense se cambiaba por 2,85 pesos argentinos, lo que supone una apreciación del dólar del 185 % en apenas tres meses.

2.2. Las restricciones y reestructuraciones de los depósitos bancarios a la vista: el «corralito»

Uno de los aspectos más conocidos y con mayor repercusión de las Medidas de Emergencia fue la reprogramación de los depósitos en moneda extranjera y el establecimiento de determinadas restricciones a la disposición de los depósitos en pesos argentinos. Este grupo de medidas es el que popularmente se conoce como el «*corralito*»².

La reprogramación vino acompañada de la conversión compulsiva de la totalidad de los depósitos a la vista en moneda extranjera a pesos argentinos a un tipo de cambio de 1,40 pesos argentinos por dólar estadounidense.

2.3. La «pesificación»

Las Medidas de Emergencia también establecen la conversión compulsiva a pesos argentinos de la práctica totalidad de los derechos de crédito denominados en moneda extranjera sometidos a Derecho argentino³.

En efecto, la Ley de Emergencia y el Decreto argentino 240/2002, de 3 de febrero de 2002, convirtieron a pesos argentinos, a un tipo de cambio de un peso argentino por cada dólar estadounidense, las obligaciones de carácter público o privado de dar sumas de dinero expresadas en moneda extranjera existentes a la entrada en vigor de la Ley de Emergencia siempre que no estén vinculadas al sistema financiero.

Las Medidas de Emergencia contienen varios medios correctores de esa conversión a pesos, que se realiza a un tipo de cambio distinto del de mercado:

- Prevén la revisión periódica de las obligaciones «*pesificadas*» mediante la aplicación de un Coeficiente de Estabilización de Referencia («CER») que es un índice inflacionario.

- Prevén la renegociación de los contratos públicos, bajo determinados criterios.
- Permiten que las partes puedan solicitar ante los tribunales argentinos «un reajuste equitativo del precio» en las obligaciones de carácter privado no vinculadas al sistema financiero.

2.4. La modificación de la Ley de Concursos y Quiebras

La Ley argentina 25.563, promulgada el 14 de febrero de 2002, alteró sustancialmente el desarrollo de las situaciones concursales de las personas físicas y jurídicas argentinas e introdujo cambios en el sistema de ejecuciones judiciales. Así:

- Extendió el plazo que tienen los deudores para presentar sus propuestas de convenio de acreedores y obtener la aprobación del mismo de un máximo de 60 días a 180 días. Los concursos presentados antes de la entrada en vigor de la Ley 25.563 se han visto afectados por esa ampliación.
- Alteró la responsabilidad de fiadores y codeudores solidarios de obligaciones anteriores a la petición de concurso por parte del deudor. Aquéllos quedarán obligados solamente en la extensión de la nueva obligación nacida como consecuencia del acuerdo homologado con el deudor concursado.
- Suspendió hasta el 10 de diciembre de 2003 la vigencia de cualquier tipo de garantía de obligaciones financieras cuya ejecución conlleve la transferencia de control de las sociedades concursadas o de sus filiales.
- Suspendió por el plazo de 180 días las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias, en los concursos preventivos.
- Suspendió el trámite de las solicitudes de quiebra por un plazo de 180 días.

cado de divisas, el BCRA no tiene fijados unos límites máximos y mínimos de cotización del peso argentino que desencadenen su obligación de intervenir. No estamos pues ante un sistema de libre flotación con *bandas* de intervención programada.

² En realidad, el término «*corralito*» designaba las restricciones a las disposiciones en efectivo establecidas por el Decreto 1570/01, de 1 de diciembre de 2001, dictado por el Gobierno del Presidente De la Rúa. El sobrenombre lo heredaron las sucesivas medidas adoptadas en relación a los depósitos bancarios.

³ El Decreto 410/2002, de 1 de marzo de 2002, lista una serie de excepciones a la «*pesificación*», cuyo alcance es limitado.

- Prorrogó la exigibilidad de las obligaciones derivadas del convenio de acreedores por el plazo de un año contado desde la fecha en que fuesen exigibles conforme al propio convenio.
- Suspendió por 180 días todas las ejecuciones judiciales y extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias, excepto aquellas que no recaigan sobre la vivienda del deudor o sobre bienes afectos a una actividad empresarial o que pretendan ejecutar deudas alimentarias, laborales o de responsabilidad civil derivada de delitos.
- Suspendió por 180 días las medidas cautelares trabadas y las nuevas que recaigan sobre bienes indispensables para el giro del negocio del deudor.

Debe tenerse en cuenta que la mayoría de los plazos anteriores se refieren a días hábiles a efectos procesales.

3. INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA EN OBLIGACIONES REGIDAS POR EL DERECHO ESPAÑOL

No cabe duda que la eficacia de las Medidas de Emergencia recae sobre las obligaciones sometidas a Derecho argentino y se limita a ellas. Pero, pese a los límites inherentes a la soberanía y a que existen normas argentinas que aclaran que, por ejemplo, la «*pesificación*» compulsiva contenida en las Medidas de Emergencia no es de aplicación a las obligaciones sometidas a derecho extranjero⁴, cabe plantearse si las Medidas de Emergencia pueden tener alguna incidencia sobre las obligaciones sometidas a Derecho español.

Como es sabido, en Derecho español las obligaciones que surgen de los contratos deben ser cumplidas conforme a sus propios términos⁵. La alteración de éstos por la concurrencia de determinadas circunstancias con posterioridad a la celebración del

contrato es excepcional. En particular, a falta de medidas legislativas correctoras expresas, el único remedio que aparece disponible para el deudor de una obligación sometida a Derecho español para solicitar una revisión de los términos y condiciones de ésta en caso de alteración sobrevinida de las circunstancias es la aplicación de la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Esta doctrina se ha desarrollado estrechamente vinculada a obligaciones de dar suma de dinero y a supuestos de alteración del valor de la moneda en que tales obligaciones están expresadas.

En Derecho español, las partes pueden pactar las deudas dinerarias en moneda extranjera⁶. Así, Paz-Ares⁷ distingue entre deudas de dinero comunes (i.e. expresadas en moneda nacional) y deudas de moneda extranjera (i.e. denominadas en cualquier otra moneda). La elección entre pactar una deuda de dinero común o de moneda extranjera es importante por la fluctuación de los valores relativos de las monedas en el tiempo. La pérdida de valor de la moneda en que esté expresada una prestación dineraria puede producir un desequilibrio entre las prestaciones de las partes cuando una de las prestaciones no sea de ejecución inmediata. Normalmente, las partes voluntariamente acuerdan distribuirse los riesgos inherentes al negocio jurídico y a las fluctuaciones que el valor de las prestaciones pueda sufrir por el transcurso del tiempo o por otras causas, de forma que ya toman o deben tomar en cuenta esos riesgos a la hora de aceptar la equivalencia de las prestaciones. La elección de la moneda forma parte de esa voluntaria asunción de riesgos.

Frente a los efectos de las fluctuaciones de valor de las monedas caben dos posturas, la *nominalista* y la *valorista*. Como es conocido, la primera niega la posibilidad de ajustar los términos nominales de la deuda de dinero para reflejar las variaciones en su valor real mientras que la valo-

⁴ Esta inaplicación ha sido clarificada expresamente, por si quedaba alguna duda, por el art. 1 del Decreto argentino 410/2002, de 1 de marzo de 2002.

⁵ Art. 1.091 del Código Civil.

⁶ Solventadas las dudas pasadas sobre la admisibilidad de las deudas monetarias denominadas en deuda extranjera, sólo podría plantearse alguna objeción sobre la base de alguna norma de orden público económico con la que pueda chocar tal pacto.

⁷ C. Paz-Ares: «Comentario al artículo 1.170 del Código Civil», en VV.AA.: *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, págs. 200 y ss.

rista propugna la necesidad de ajustar los términos nominales a los reales⁸.

La opinión mayoritaria doctrinal y jurisprudencial española se ha inclinado por la postura nominalista⁹. Por tanto, en virtud del nominalismo y del principio «*pacta sunt servanda*», las obligaciones dinerarias deben cumplirse pagando el importe pactado y en la moneda pactada¹⁰.

No obstante, parece pacífico en nuestra doctrina que las deudas de dinero pueden ser alteradas ante la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales que afecten al valor de la moneda en que estén expresadas. Dentro de tales circunstancias excepcionales se señalan aquellas fluctuaciones o variaciones exorbitantes que se salgan de lo que las partes hubieran razonablemente podido prever al celebrar el contrato. Estos casos son a los que nuestro Tribunal Supremo ha aplicado mayormente la mencionada doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Aunque, como se ha dicho, esta doctrina nace estrechamente vinculada a las obligaciones dinerarias¹¹, la misma también se aplica a cualquier otra obligación cuya onerosidad se pueda ver afectada por variaciones exorbitantes en el valor de su objeto o de la contraprestación recibida.

La cláusula «*rebus sic stantibus*» señala que una alteración sobrevenida en las circunstancias que sirvieron de base para la celebración de un contrato puede determinar alguna modificación en el régimen jurídico de la relación contractual, modificación que, según ha interpretado nuestra jurisprudencia, supone el reajuste de las prestaciones de las partes y no la resolución de la relación obligatoria¹².

Dicha cláusula resulta de aplicación, conforme a nuestra jurisprudencia, a las relaciones obligatorias nacidas de pactos concebidos a largo plazo, esto es, de ejecución diferida o de tracto sucesivo. Su aplicación debe ser restrictiva requiriendo la concurrencia de los siguientes requisitos¹³:

- a) Debe haberse producido una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
- b) Tal alteración debe haber causado una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y
- c) Todo ello debe haber sido causado por haber sobrevenido circunstancias radicalmente imprevisibles¹⁴.

⁸ Para una descripción más detallada de ambas doctrinas y de los argumentos en pro de cada una de ellas véase.: L. Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1993, págs. 261-262.

⁹ J.L. Lacruz: *Derecho de obligaciones*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 105; Díez-Picazo, cit. en nota anterior, págs. 262-264.

¹⁰ Algunos autores como Paz-Ares (cit. en nota 7, págs. 212-218) defienden que la aplicación del principio nominalista a las deudas de dinero en moneda extranjera supone que las mismas puedan ser satisfechas en la moneda originalmente pactada o entregando el equivalente en moneda nacional. Para ello, señala Paz-Ares (pág. 216), el tipo de cambio que ha de tenerse en cuenta a efectos de realizar la conversión del importe en moneda extranjera en moneda nacional «*es el correspondiente al lugar de pago*». Véase también Díez-Picazo (cit. en nota 8, págs. 278-279) quien admite la *facultas solutionis* de una forma más matizada. En contra de la *facultas solutionis* se manifiesta Bonet quien aboga por limitar la posibilidad de convertir la deuda en moneda extranjera a moneda del lugar de pago en los supuestos de imposibilidad de realizar la prestación en la moneda originalmente pactada (J. Bonet: «Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código Civil sobre el pago de deudas de dinero», *ADC*, 1971, págs. 1085 y ss. (en págs. 1103-1104).

¹¹ Véase Díez-Picazo, cit. en nota 8, pág. 880 y Lacruz, cit. en nota 9, pág. 540.

¹² En el supuesto de alteraciones graves en el valor de la moneda ese reajuste consistirá normalmente en una modificación cuantitativa de la deuda de dinero, aunque también puede referirse, en nuestra opinión, a otras circunstancias de la misma como pueden ser el lugar o el término de la obligación dineraria.

¹³ Existe amplia jurisprudencia del TS plasmando estos requisitos y, en general, la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*». Valga citar las sentencias de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214) y 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/1490) que reflejan adecuadamente lo doctrina consolidada del TS en este punto, citan abundante jurisprudencia del propio TS y, hasta donde tenemos conocimiento, son las más recientes en la materia.

¹⁴ La jurisprudencia del TS cita en ocasiones un cuarto requisito, inexistencia de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido, que no es sino plasmación del carácter restrictivo de la cláusula (por todas, véase la sentencia de 27 de junio de 1984 -RJ 1984/3438-).

Evidentemente, las Medidas de Emergencia no alcanzan a derogar la aplicación de la regla «*pacta sunt servanda*» ni el principio nominalista a las obligaciones sometidas a Derecho español aún cuando estén especialmente vinculadas a la Argentina. La incidencia de las Medidas de Emergencia en obligaciones sometidas a Derecho español debería por tanto estudiarse a la luz de la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Para ello, debemos plantearnos si concurren los requisitos anteriormente mencionados como consecuencia de las Medidas de Emergencia. Teniendo en cuenta que tales requisitos tienen un claro carácter restrictivo, si las Medidas de Emergencia se limitaran a la devaluación del peso argentino, nuestra respuesta no podría ser sino negativa. La desproporción causada por la devaluación no parece que, por el momento, pueda ser calificada de inusitada o exorbitante¹⁵. La devaluación, vistas las circunstancias argentinas, tampoco era imprevisible. Sin embargo, lo cierto es que las Medidas de Emergencia suponen más que la mera devaluación de una moneda. Como hemos señalado, la práctica totalidad de las obligaciones dinerarias sometidas a Derecho argentino han sido convertidas a pesos a un tipo de cambio sustancialmente distinto del tipo de cambio de mercado con el consiguiente perjuicio de los acreedores. Asimismo, el «*corralito*» ha congelado la mayoría de los depósitos bancarios argentinos y, en el caso de los depósitos en moneda extranjera, los ha convertido a pesos a un tipo de cambio más cercano al de mercado pero todavía bastante alejado de éste. Si a ello se le añade una reforma del régimen concursal argentino notoriamente favorable para los deudores, no cabe duda de que las Medidas de Emergencia han supuesto una alteración de las circunstancias anteriormente existentes que, a diferencia de la devaluación, no era previsible en su conjunto.

De hecho, las Medidas de Emergencia han tenido como efecto la iliquidez cuando no la insolvencia, en mayor o menor grado, de muchos particula-

res argentinos, individuos y empresas, y también de otros sujetos privados no argentinos, fundamentalmente empresas extranjeras muy vinculadas a la Argentina.

Es cierto que todo lo anterior no supone necesariamente un desequilibrio en las prestaciones de las partes de un contrato y que, conforme a los requisitos que nuestro Tribunal Supremo establece para la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», parecería que las Medidas de Emergencia no son aptas para desencadenar la aplicación de esa doctrina.

Sin embargo, los importantes efectos que las Medidas de Emergencia pueden tener en la situación patrimonial de las partes de un contrato nos llevan a pensar que no es descartable que las Medidas de Emergencia puedan desencadenar la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» a contratos sometidos a Derecho español que prevean una prestación diferida en el tiempo o de tracto sucesivo y que tengan algún nexo de conexión con la Argentina.

Para ello, bastaría con reformular la cláusula «*rebus sic stantibus*» para que no se aplicase únicamente a circunstancias sobrevenidas que afecten al equilibrio prestacional de las partes de un contrato sino también a circunstancias extraordinarias e imprevisibles que afecten a otros elementos de la relación obligatoria como pueden ser la finalidad perseguida por las partes o la propia causa del contrato generador de tal relación. En definitiva, se trataría de aplicar la doctrina más amplia de la desaparición o alteración sobrevenida de la base del negocio sin limitarse a la modificación en la relación de equivalencia de las prestaciones. Así, Díez-Picazo, sostiene que la aplicación de esa doctrina debe reconocerse cuando una alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias provoque la desaparición de la base del negocio generador de una relación obligatoria de ejecución diferida. Tal desaparición se produce cuando se aniquila la proporción entre las prestaciones o cuando resulta inalcanzable la «*finalidad común del negocio, expre-*

¹⁵ Como muestra del grado de desproporción en las prestaciones que debe producirse, valga señalar que para Díez-Picazo (cit. en nota 8, pág. 271) la incidencia en la economía del contrato debe ser tal «*que dicha economía contractual se «derrumbe» y que el equilibrio de las prestaciones se «aniquile»*». Lacruz (cit. en nota 9, pág. 541) maneja parámetros similares y cita la STS de 5 de junio de 1945 en la que el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la cláusula a una alteración del 300% en los valores relativos de las prestaciones.

sada en él, o la finalidad sustancial del negocio para una de las partes, admitida y no rechazada por la otra»¹⁶.

Por tanto, si se reconociese a las Medidas de Emergencia el carácter de alteración de las circunstancias sobrevenida y extraordinaria además de imprevista e imprevisible, creemos que tales medidas

pueden tener incidencia en las obligaciones sometidas a Derecho español cuando se den los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la desaparición sobrevenida de la base del negocio pudiendo tal incidencia tener un efecto resolutorio o modificativo de reajuste o revisión en función de las circunstancias de cada caso concreto.

¹⁶ Díez-Picazo, cit. en nota 8, págs. 883-884.