

*Moneda nacional y autonomía de la voluntad**

Comentario al fallo “Di Prinzio”

Por Jorge A. Ripani (h.)

Introducción

El presente trabajo se encuentra perfeccionado en el marco del curso acreditable a la carrera de doctorado en derecho titulado “El principio de autonomía, sus despliegues y sus límites en el derecho privado”, organizado por la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la UNR y dictado en noviembre de 2019.

Se trata de un comentario al reciente fallo “Di Prinzio c/Chiesa s/cumplimiento de contrato”¹. El análisis centra especial atención en torno a sus despliegues vinculados con el principio de autonomía de la voluntad.

El comentario a fallo consta de dos capítulos y una conclusión.

El primer capítulo gira en torno a la identificación del caso y su resolución. El objeto del proceso, la disputa interpretativa entre las partes, los argumentos de los centros de interés y la resolución del tribunal con sus respectivas consideraciones.

El segundo capítulo brinda una serie de consideraciones generales que consideramos estudiar en torno al derecho aplicable. Por las características de este capítulo, un tanto más investigativas, aclaramos que abundarán las citas jurídicas. El capítulo se divide en dos secciones. La sección A trata sobre la autonomía de la voluntad. El principio propiamente dicho con su respectiva noción, sus límites, la relación que guarda con las leyes supletorias, imperativas y el orden público y su relación con la política, el derecho, la economía y la noción de nacionalismo e internacionalismo. La sección B trata sobre la obligación de dar moneda que no sea de curso legal.

Finalizamos con nuestras conclusiones que evalúan el derecho aplicable en torno a la decisión del tribunal.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ CCivCom Junín, 14/2/17, “Di Prinzio, Marcelo C. y otro c/Chiesa, Carlos J. s/cumplimiento de contrato”, MJ-JU-M-103067-AR.

CAPÍTULO I

EL CASO Y SU RESOLUCIÓN

A) OBJETO DEL PROCESO

Precisando en torno a lo relevante a nuestra materia, en el proceso la parte actora concurre a la jurisdicción con la pretensión de que se condene al demandado a abonar a aquella, la suma de dólares estadounidenses setenta mil (U\$S 70.000), coetáneamente con el otorgamiento de la escritura traslativa del dominio del inmueble objeto de un boleto de compraventa oportunamente celebrado entre los centros de interés.

La demandada es deudora hipotecaria y expresamente renuncia en la escritura constitutiva “a invocar o ampararse en los criterios jurídicos que sustenta la teoría de la imprevisión” y firma “tener debidamente presupuestado y a su oportuna disposición el monto adeudado”.

En primera instancia se hace lugar a la pretensión. Seguidamente la demandada apela, expresa agravios, la demandada los contesta y de esta forma se llega al pronunciamiento confirmatorio de la sentencia del a quo.

Este último pronunciamiento es el objeto de nuestro comentario.

B) DISPUTA INTERPRETATIVA

§ 1. *Identificación de la disputa interpretativa.* Desde nuestra perspectiva los argumentos de los centros de interés giran en torno a una cuestión medular: dilucidar si el art. 765 del Cód. Civil y Comercial es de carácter supletorio o imperativo. Indudablemente ello posee un despliegue de alto impacto en relación a la autonomía de la voluntad.

La magnitud de esta definición otorga la trama identitaria que permite resolver mejor el caso de marras. Ut infra repasamos la interpretación jurídica de las partes en pugna a los fines de ir entrando en el clima necesario para conocer el fallo. También el porqué de la identificación que realizamos acerca de la disputa interpretativa.

§ 2. *Argumentos de la parte actora.* Los argumentos de la parte actora en los cuales se basan ambos pronunciamientos son los siguientes.

Considera en primer lugar que resultan aplicables las normas del Código Civil derogado ya que las normas del nuevo Código Civil y Comercial unificado son inaplicables a los contratos constituidos durante la vigencia de la anterior normativa por revestir estas disposiciones el carácter de supletorias a la voluntad de las partes plasmadas en el contrato. Precisamente el art. 7 prescribe: “*Eficacia temporal.* A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

*Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo*².

En segundo lugar, atento que se constituye en mora al demandado a partir del 2013, sostiene a todo evento que no se alteró sustancialmente los términos de la ecuación económica del contrato. Por un lado, porque en lo relativo al tiempo en que hubo restricciones a la adquisición de divisa norteamericana, durante la etapa probatoria el demandado no hizo surgir que haya solicitado autorización ante la AFIP para adquirir dólares, ni que haya recurrido a otro medio válido para su adquisición, como por ejemplo, la adquisición de bonos. Y por otro, lado a partir de que dejaron de existir obstáculos para la adquisición de dólares, los términos de la ecuación económica del convenio se mantienen estables con mayor razón.

§ 3. *Argumentos de la parte demandada.* La parte demandada alega que corresponde la aplicación del art. 765 del Cód. Civil unificado. Precisamente establece que “la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”³.

Sostiene que dicha norma es indisponible en virtud del art. 962 del mismo cuerpo legal. Ciertamente prevé: “*Carácter de las normas legales.* Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

Ahora bien, señala que, si bien la cuestión de la eliminación del control de cambios vuelve abstracta la cuestión con respecto a la cotización del dólar, tal cuestión resulta esencial a los fines de conocer mejor a quien pertenece la conducta reprochable el momento de la mora. O sea, si a la deudora o a la acreedora. Ya que la demandada acreedora ofreció cumplir mediante el modo que posteriormente recibió el Código unificado.

Así también señala que no es necesario probar la imposibilidad de conseguir moneda extranjera a la época de la mora ya que aquella situación surge de la normativa del Banco Central de la República Argentina que por ende es conocida por todos.

² La bastardilla es nuestra.

³ La bastardilla es nuestra.

C) LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

La alzada decide el rechazo del recurso de apelación en tratamiento y consiguientemente mantener la sentencia impugnada en base a los arts. 7, 766, 958 y 962 del Cód. Civil y Comercial por los siguientes argumentos.

El art. 7 ya lo transcribimos. El art. 766 reza: “*Obligación del deudor*. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. El art. 958: “*Libertad de contratación*. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Este artículo realiza en el Código Civil y Comercial unificado el principio de la autonomía de la voluntad. Y el art. 962: “*Carácter de las normas legales*. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

En relación al art. 962, el tribunal considera que por ninguno de los tres motivos (modo de expresión, contexto y contenido) la norma puede calificarse de indisponible.

Como el art. 7 del Cód. Civil y Comercial establece que las nuevas normas supletorias no se aplican a los contratos en curso de ejecución y la norma del art. 765 según la perspectiva de los camaristas es supletoria, no corresponde su aplicación.

Es disponible según el fallo porque en el nuevo Código, no hay ninguna norma que prohíba la contratación en moneda extranjera, sino que hay varias que lo permiten en materia de contratos bancarios. Citan a los arts. 1390, 1408 y 1409.

Partiendo de que se permite en materia de algunos contratos bancarios, la contratación de obligaciones en moneda extranjera, una labor hermenéutica conforme al art. 2 conlleva a concluir que la norma del art. 765 no es imperativa, ni mucho menos de orden público sino supletoria.

Precisamente allí es donde se alza el uso del principio de autonomía de la voluntad. Por ende, dicen los camaristas que “no existen inconvenientes en que las partes pacten que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente a la especie de moneda designada (arts. 766 y 958, Cód. Civil y Comercial)”.

Por otra parte, señalan que, a los efectos condenatorios, no puede soslayarse el hecho de que la demandada no consignó en autos el monto que consideraba pertinente para cancelar su obligación.

El juez Guardiola agrega como argumento que lo que queda sin efecto en el caso de marras, “esto es lo que se renuncia, es la facultad que se le concede al deudor, que debe pagar con la moneda extranjera prometida, de ‘liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal’. Ningún atentado por cierto contra ningún pilar del orden jurídico. Por el contrario, con la renuncia al pago por equivalente se fortalece la solución genérica que impone el Código tanto para estas obligaciones de dar moneda sin curso legal como para todas las otras obligaciones de dar: deben cumplirse dándose al acreedor el objeto prometido. La posibilidad de pagar con el equivalente es en rigor una excepción sobre el orden legal y natural, que si el beneficiario renuncia de ninguna manera se afecta el orden jurídico”.

Citando al profesor Aldo Marcelo Azar, agrega que la misma locución “puede liberarse” del art. 765 confirma la ausencia de inoperatividad.

Y nombrando la opinión de Máximo Bochil, señala que por principio todas las normas del Código Civil y Comercial que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias.

En el otro punto medular en torno a si la imposibilidad de adquirir dólares estadounidenses podría tornar en aplicable el art. 765, los jueces señalan que “aun dando hipotéticamente por acreditada dicha imposibilidad al momento en que debió hacerse el pago; en tal caso el deudor tampoco hubiera quedado habilitado para pagar en pesos el saldo de precio adeudado; sino que a tal efecto debió adquirir en el mercado, títulos de deuda pública del país, nominados en dólares estadounidenses, y liquidarlos en el mercado de valores, y por tal vía saldar su deuda”.

Por su parte, el juez Guardiola realiza la definición orden público citando a Llamás. Luego señala que lo que se renuncia del texto legal, “es la facultad que se le concede al deudor, que debe pagar con la moneda extranjera prometida, de ‘liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal’”. Y que ello no consulta ningún atentado contra el orden público ya que la posibilidad de pagar con el equivalente en pesos moneda nacional constituye una excepción al orden jurídico y por ende al orden público.

Así también incorpora un axioma de Máximo Bomchil que afirma que todas las normas del Código Civil y Comercial que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias, basamentándose en los arts. 958, 960 y 962 y fallos habituales de esta cosmovisión jurídica civil como “Vignola c/Colombo Marchi” y “Santamarina, Miguel”. Señala del mismo modo este magistrado que no existe norma que disponga la indisponibilidad del párrafo final del art. 765 y que por ello debe considerarse supletorio en virtud del principio del art. 962. Este artículo señala que “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

Respecto al modo de expresión, trayendo a colación una opinión de Aldo Azar, señala que del mismo texto literal se desprende que no es “imperativa” ni de “orden público” la opción porque emplea la palabra “puede”. “Puede liberarse” querría decir según esta corriente doctrinal que no se trata de una prohibición sino de un permiso.

Respecto al contenido señala el magistrado que “al permitir estipular la obligación en moneda que no sea de curso legal en la Republica, debe interpretarse integralmente en sentido y espíritu”.

Y en cuanto al contexto resulta categórico el art. 766 que dice “debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. La palabra “debe” revelaría el contexto que también se encontraría concernido por la inalterabilidad de la moneda extranjera de los depósitos bancarios (art. 1390), el mutuo (art. 1525) y su admisión para cuantificar un valor (art. 772). Por su parte la circunstancia de que se eliminó del proyecto de ley el párrafo final del artículo que contenía este postulado, no es considerada suficiente para “dar vuelta” esta interpretación contextual.

El juez en cuestión agrega como fundamento el derecho de propiedad del contratante (art. 965, Cód. Civil y Comercial, arts. 17, 14, 19, y 75, inc. 22, Const. nacional) puesto que este se vería afectado de recibir el acreedor un valor de por lo menos un

40% menos de lo real del mercado y también los principios de identidad e integridad del pago válido.

Adiciona como argumento para solventar la resolución el principio de buena fe en los contratos consagrado en el art. 961 que se vería vulnerado con la pretensión del deudor y que la revisión del contrato debe ser una medida excepcional, restrictiva y estrictamente fundada que no se aplica en el caso de marras.

CAPÍTULO II

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DERECHO APLICABLE

A) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Pensamos que en este caso comparece las muchas veces presente tensión entre principios, asignaturas, derechos y valores relacionados con la autonomía de la voluntad como libertad-igualdad, nacionalismo-internacionalismo, supletoriedad-imperatividad-orden público, política-derecho-economía y otros. Sin pretensión de abarcar todo, desarrollaremos la implicancia jurídica de algunas de estas relaciones.

§ 4. *El principio de autonomía de la voluntad.* Se encuentra conceptualizado como el que “acuerda a los individuos la facultad de regir entre sí sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades libremente concertadas”⁴. La noción de autonomía de la voluntad “descansa sobre la de libertad; supone la igualdad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio”⁵. Por ese motivo Nicolau señala “el derecho a la libertad es esencial para que la persona goce de autonomía”⁶.

El principio no se encuentra expresamente en la Constitución Nacional, sin embargo, Lorenzetti indica que tiene sede constitucional porque “1) es el desarrollo de la autonomía personal (art. 19) ...; 2) es un aspecto de la libertad de trabajar y de ejercer toda industria lícita, porque para trabajar y ejercer la industria es preciso contratar; 3) es parte de la libertad económica, y siendo la competencia un bien de incidencia colectiva (art. 43, Const. nacional), toda lesión a la libertad de competir da derecho al afectado a deducir un recurso de amparo; 4) es una posición jurídica, y como tal integra el concepto de propiedad constitucionalmente protegida (art. 17)”⁷.

De acuerdo a una doctrina similar “la libertad en sentido amplio es un derecho fundamental. La libertad de contratar es presupuesto de la autonomía, de la potestad de autorregulación de contenido y deriva de lo previsto en la última parte del art. 19

⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, *Manual de derecho civil. Contratos*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1961, p. 325.

⁵ Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 670.

⁶ Nicolau, Noemí, *El principio de autonomía, sus despliegues y sus límites en el derecho privado*, https://campus-graduados.fder.unr.edu.ar/location.cgi?esMicrositio=no&wseccion=03&wid_archivo=9413&id_curso=95, p. 5.

⁷ Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 118 y 119.

de la Const. nacional, según el cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, ni obligado a hacer lo que ella no manda”⁸.

Indudablemente la definición más ostensible de autonomía de la voluntad es la otorgada por el art. 1197 del Código Civil de Vélez Sársfield. Este señala que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Este axioma proviene de la teoría individualista donde “la fuerza obligatoria del contrato procede del señorío de la voluntad; el hombre es libre para contratar o no, para encadenarse o no; pero si contrata deja de ser libre, es ‘el hombre encadenado’. Existe libertad para entrar en la convención, pero no para salir de ella”⁹.

De este paradigma liberal es una buena muestra el Código Civil velezano. A tal efecto es menester recordar que es dictado luego de la derrota de los dos últimos intentos decimonónicos de construcción de poder nacional industrial a través del proteccionismo económico en Hispanoamérica (el primero conducido por Juan Manuel de Rosas en Argentina y el segundo por Francisco Solano López en Paraguay) y que a partir de ello se consolida luego el modelo de la Generación del 80. En materia económica implica libre comercio. Consecuentemente luego de la Guerra Grande, Bartolomé Mitre reconoce que en la misma “ha triunfado no sólo la República Argentina sino también los grandes principios del libre cambio... Cuando nuestros guerreros vuelvan de su campaña, podrá el comercio ver inscripto en sus banderas victoriosas los grandes principios que los apóstoles del libre cambio han proclamado”¹⁰.

Esta ensambladura axiomática involucra para los países la inserción en el mundo como productores de materia prima (“granero del mundo”) y receptores de manufactura. Ese es el estándar epistemológico desde donde se construyen los saberes, entre ellos el jurídico y entre ellos el Código Civil. Tan es así que es señera la decisión del codificador que luego de copiar en el art. 1197 la primera parte del art. 1134 del Cód. Civil francés, suprime la segunda que expresa: “Las convenciones deben ser cumplidas de buena fe”.

De esta noción se desprende la fuerza obligatoria de los contratos para las partes que como se ha dicho, es equiparable a la de la ley. Y naturalmente incluye como obligatorios a todos los actos secundarios no escritos necesarios para la realización del principal expresamente mencionado.

§ 5. *Límites de la autonomía de la voluntad*. Expresa claramente Lorenzetti que “existe un campo de tensión entre el principio de la autonomía privada y la necesidad de compatibilizarla con el orden público”¹¹. La respuesta al problema va a resultar de la cosmovisión desde la que el pensador parta.

En un principio la autonomía de la voluntad se detiene frente a los principios fundamentales del ordenamiento. A tal efecto afirma Orgaz que esta autonomía de la libertad “en los contratos tiene como límites infranqueables o una prohibición de la ley

⁸ Caramelo, Gustavo - Herrera, Marisa - Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. III, Bs. As., Infojus, 2015, p. 339.

⁹ Mosset Iturraspe, *Manual de derecho civil. Contratos*, p. 51.

¹⁰ Mitre, Bartolomé, citado por Pigna, Felipe, *La guerra de la triple alianza*, www.elhistoriador.com.ar/la-guerra-de-la-triple-alianza/#_ftn6.

¹¹ Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 129.

o el orden público o las buenas costumbres”¹². En estos tres puntos hay acuerdo pacífico.

Sin embargo, la tensión emerge cuando se trata de la interpretación de la ley y los alcances del orden público y las buenas costumbres. Desde nuestra óptica aquí radica la disputa interpretativa del caso en cuestión.

Los tres límites ya se encuentran expresos en el Código Civil cuando escribe Orgaz en 1950. Si bien el autor no adhiere al gobierno constitucional de turno, creemos conveniente recordar que en estos tiempos se dicta la Constitución Nacional de 1949 que en el marco de una reescritura epistemológica general promueve la función social de la propiedad. Asimismo estamos en un tiempo y espacio donde en el campo filosófico se rehabilita un debate que tiende a la realización del individuo en comunidad: “Al principio hegeliano de realización del yo en el nosotros, apuntamos la necesidad que ese ‘nosotros’ se realice y perfeccione por el yo... Nuestra libertad –tenderá a ser– coexistencia de las libertades que procede de una ética para la que el bien general se halla siempre vivo... en la que el individuo puede realizarse y realizarla –comunidad– simultáneamente”¹³. Precisamente Sampay demuestra que “la realidad histórica enseña que el postulado de la no intervención del Estado en materia económica, incluyendo la prestación de trabajo, es contradictorio en sí mismo”.

Porque la no intervención significa dejar libres las manos a los distintos grupos en sus conflictos sociales y económicos, y por lo mismo, dejar que las soluciones queden libradas a las pujas entre el poder de esos grupos. En tales circunstancias, la no intervención implica la intervención en favor del más fuerte, confirmando de nuevo la sencilla verdad contenida en la frase que Talleyrand usó para la política exterior: “la no intervención es un concepto difícil; significa aproximadamente lo mismo que intervención”¹⁴.

Años más tarde evaluando la denominada “crisis del contrato”, Borda señala que esta se debe “ante todo, a causas económicas. El reinado del contractualismo nace del supuesto de la libertad e igualdad de las partes. Para que el contrato sea justo y merezca respeto, debe ser el resultado de una negociación libre. Pero la evolución del capitalismo ha concentrado cada vez mayores fuerzas en manos de pocos... la igualdad y la libertad subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico”¹⁵.

En relación a esto Mosset Iturraspe explica que “el principio de que los individuos pueden regir entre sí sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades libremente concertadas, presupone una teórica equivalencia entre las partes y entre las prestaciones, que la realidad de los días que vivimos desmiente”. Para el autor la “crisis de la libertad contractual –trae– apareada la crisis de la fuerza obligatoria del

¹² Orgaz, Alfredo, *Los límites de la autonomía de la voluntad*, en “Nuevos estudios de derecho civil”, p. 344.

¹³ Perón, Juan D., *La comunidad organizada*, conferencia en la sesión de clausura del Primer Congreso Nacional de Filosofía (Mendoza), en “Las organizaciones libres del pueblo, el gobierno, el Estado”, Rosario, Pueblos del Sur, 2007, p. 499.

¹⁴ Sampay, Arturo, *Informe del convencional constituyente Arturo Sampay para la reforma constitucional de 1949*, www.educ.ar/recursos/129184/informe-de-arturo-sampay-para-reforma-constitucional-1949

¹⁵ Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, 4ª ed., Bs. As., Perrot, 1976, p. 126.

vínculo —e— importa en rigor la crisis de la concepción clásica —liberal individualista— del contrato”¹⁶.

La Corte Suprema establece que “el contenido de un contrato puede ser reglamentado porque no es absoluto. Si se persigue el interés general, así ocurrió con la fijación del límite máximo al plazo de las locaciones establecido en el Código Civil... Para asegurar el interés general en un momento determinado y por razones de emergencia económica”¹⁷.

Para reglamentar la libertad válidamente Lorenzetti propone que se cumpla con el siguiente “test” argumentativo: la persecución de un fin público; la demostración de la razonabilidad de la restricción a cargo de quien la invoca; la no desnaturalización del derecho afectado; la proporcionalidad entre la situación y las medidas tomadas, ya que la medida debe tender directamente a la satisfacción del interés alegado, y no debe ser más extensa de lo necesario, debiendo demostrarse que cualquier otro medio hubiera sido ineficaz; la igualdad en el reparto de cargas; el debido proceso sustantivo.

Para finalizar este punto, debemos decir que por la naturaleza de este trabajo hemos descartado las cosmovisiones minoritarias y nos hemos centrado en las dos más importantes en cuanto al contrato: “la liberal —individualista— y la solidarista... esas discrepancias irreductibles son el trasunto de dos concepciones diametralmente opuestas que pugnan por acentuar su influencia en el ordenamiento jurídico de todos los pueblos”¹⁸.

§ 6. *Leyes supletorias, imperativas y de orden público.* El contrato es producto de la autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo es menester considerar que en él se produce una ensambladura con otras fuentes regulatorias como la Constitución Nacional y las leyes de orden público, así también supletorias y demás fuentes de derecho.

Un segmento de la doctrina distingue leyes supletorias, imperativas y de orden público. Es decir que según esta corriente de opinión existen tres clases de leyes según su validez en relación a la voluntad de las personas.

Las leyes imperativas son las que en cualquier caso los particulares no pueden dejarlas de lado. Asimismo, Borda puntualiza dos temas empíricos: que las leyes más importantes y numerosas son imperativas y que hay una tendencia cada vez más acentuada al intervencionismo estatal¹⁹.

Las leyes supletorias o interpretativas son aquellas que las partes de común acuerdo pueden dejar de lado. “El legislador suele tener en cuenta la posibilidad de que las partes, al celebrar un contrato, no hayan previsto algunas de las consecuencias que pueden derivar de él; para esos casos, establece reglas que, desde luego, solo tienen validez en la hipótesis de que los interesados nada hayan dispuesto sobre el particular”²⁰. Es un campo enteramente librado al principio de la autonomía de la

¹⁶ Mosset Iturraspe, *Manual de derecho civil. Contratos*, p. 54.

¹⁷ CSJN en Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 119.

¹⁸ Mosset Iturraspe, *Manual de derecho civil. Contratos*, p. 326.

¹⁹ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 62.

²⁰ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 60.

voluntad: “el legislador permanece neutral ante el problema; desde el punto de vista social, *lo mismo da una solución que otra*”²¹.

En este punto es menester tener presente lo normado por el art. 944: “Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados”. “En lo que respecta al objeto de la renuncia, debe tratarse de un derecho que sea susceptible de ser abandonado. En ese sentido, en principio pueden ser renunciados los derechos que el ordenamiento jurídico concede en interés particular de las personas, pero no los otorgados en miras del orden público”. En este último caso “no se trata de prerrogativas concedidas en exclusivo interés individual, sino de derechos instituidos en resguardo del interés general”²².

Las leyes de orden público poseen cuatro efectos según la doctrina clásica: 1) las partes no pueden derogarlas por acuerdo de voluntades; 2) impiden la aplicación de la ley extranjera, no obstante, cualquier norma legal que así lo disponga; 3) impactan en la retroactividad o ultractividad de la ley; 4) no puede alegarse válidamente el error de derecho.

Creemos conveniente acordar nuestra opinión con la de Borda. Las leyes de orden público son imperativas y las leyes imperativas son de orden público. Para el autor una cuestión es de orden público cuando responde “a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado... Por eso las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas... toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión, leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos”²³.

A veces el carácter imperativo o supletorio surge expresamente de la ley y otras no. El concepto de orden público es impreciso y desconcertante. En esto coincide unánimemente la doctrina.

El art. 962 prevé que para tomar conocimiento acerca de cuándo estamos ante una norma indisponible debemos tener en miras tres dimensiones: su modo de expresión, contenido y contexto.

“a) Su modo de expresión: a menudo, las propias normas establecen la obligatoriedad de su aplicación o declaran el carácter de orden público de sus contenidos, supuestos en los que resultan indisponibles para las partes.

b) Su contenido: se consideran normas indisponibles las que regulan sobre cuestiones de derecho público; nombre, estado, capacidad, domicilio, matrimonio, uniones convivenciales, etc.; orden sucesorio, libertad de testar, legítima, etc.; derechos reales y aquellas cuestiones vinculadas con un concepto dinámico y razonable de moral y buenas costumbres, entre otros supuestos.

²¹ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 61. La bastardilla es nuestra.

²² Caramelo - Herrera - Picasso (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, p. 321.

²³ Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 65.

c) Su contexto: se consideran indisponibles las normas que regulan en materia de emergencia cualquiera sea su naturaleza”²⁴.

La autonomía de la voluntad descansa sobre la libertad y supone igualdad jurídica de los contratantes “pero la observación de la realidad demuestra que, frente a la igualdad formal, están las desigualdades reales”²⁵.

La mayoría de los contratos, son redactados por una de las partes. La otra sólo se limita a firmar o no firmar. Sabemos por nuestra experiencia en la profesión que la gran mayoría de los contratos que se realizan en la actualidad, no son negociados sino un “contrato tipo” o el fruto de “condiciones generales” predisuestas sobre la base de módulos ya impresos por una de las partes, dejando sólo a la contraria la posibilidad de aceptar (firmar) o no firmar. Carlos Gherzi abona esta apreciación empírica. Según el autor “en la actualidad, el 90% o más de los contratos que se hacen se hacen por adhesión. Sorpresivamente el proyecto empieza definiendo el contrato como al acuerdo de voluntades, volviendo al proyecto de Vélez de 1869. No puede ser que un proyecto desconozca la realidad. La realidad es que el principio general son los contratos de adhesión y la excepción son los de negociación individual”²⁶.

Esta práctica se realiza por dos motivos. Por un lado, por la dinámica actual de las relaciones económicas que hace a la rapidez de la redacción del contrato. Ahora bien “esos fines –que no son, claro está los de la norma permisiva al momento de su sanción, pero sí los de la norma en su interpretación y comprensión actual– se desnaturalizan –configurando un verdadero abuso– cuando el que impone las cláusulas o condiciones generales aprovecha su situación o rol para desequilibrar la contratación”²⁷.

Y por otro, por una realidad que es que suele haber una parte con mayor poder negocial que otra. Por ende, impone el contenido. Con precisión meridiana Borda dice: “Quien compra en nuestros días una máquina valiosa, un televisor, una radio, un automóvil, no discute con el industrial las condiciones del contrato; tampoco puede hacerlo quien adquiere algo en los grandes almacenes o quien toma un medio de transporte colectivo. Él no tiene sino una opción: lo toma o lo deja. Y si lo necesita, lo toma, por más inconvenientes que sean las condiciones del contrato”²⁸.

En un plano el orden público es visto como la protección de la parte más débil. En este caso se verifica “una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación sino mera adhesión... Lo que se pretende es proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual... Lo que interesa son las situaciones de poder, y no la existencia de formularios pre-redactados. Se pretende asegurar una igualdad de oportunidades para que las partes puedan expresar su consentimiento, suprimiendo las distancias económico-sociales... No es una intervención

²⁴ Caramelo - Herrera - Picasso (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. III, p. 346.

²⁵ Alterini - Ameal - López Cabana, *Derecho de obligaciones*, p. 670.

²⁶ Carlos Alberto Gherzi y el futuro *Código Civil y Comercial unificado*, “Es un proyecto que sigue el modelo neoliberal de ajuste”, www.diariojudicial.com/nota/2074.

²⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia contractual*, Bs. As., Ediar, 1977, p. 90.

²⁸ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 126 y 127.

que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se expresen en un pie de igualdad”²⁹.

En ese sentido explica Lorenzetti que “la doctrina ha tenido ocasión de señalar que la interpretación de la regla *favor debitoris* debe ser entendida en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. En relación a las denominadas ‘condiciones generales de contratación’ se ha dicho que se debe interpretar contra el predisponente”.

En otro plano el orden público es visto como un elemento de coordinación. “A la sociedad le interesa que haya buenos contratantes, que obren bien, socialmente, y ello configura un nuevo espíritu contractual que puede denominarse ‘principio de socialidad’”³⁰.

Y en otro sentido es denominado como de dirección. “En este caso lo relevante es la justicia distributiva; son los objetivos económicos que tiene el Estado y que se imponen a la población, y se mira al contrato en función de externalidades económicas.

El distingo entre el orden público de dirección y el de protección puede encerrar algunas dificultades. Las normas que protegen a los débiles inciden en el programa económico y, viceversa, la dirección general de la economía influye sobre la posición de las partes débiles. No es bueno dogmatizar ni discutir acaloradamente si una norma entra dentro de uno u otro sector”³¹.

Por nuestra parte, también pensamos que, si el orden público es protección del más débil, coordinación y dirección por separado, también lo son integrados, quien desequilibra la contratación en perjuicio del otro individuo, también lo hace con respecto a la comunidad de la que son parte no solo ambos sino también sus respectivas familias y seres queridos.

§ 7. *Política, derecho y economía. nacionalismo e internacionalismo*. Coincidimos con Borda en la siguiente cuestión: “¿Cuáles son los alcances y límites de la voluntad como poder jurígeno, o sea, como fuente de derechos y obligaciones? Este es un delicado problema que ha recibido diversas soluciones a lo largo del transcurso de la civilización humana. Y es actualmente uno de los problemas más vivos del derecho civil, puesto que tiene contactos con la economía y la política”³².

Precisamente respecto de la vinculación entre política - derecho - economía, así como a la tensión nacionalismo - internacionalismo, en nuestro caso creemos que es preciso tener presente que es inadecuado sostener que el derecho de facultades y/o prerrogativas con total independencia de la finalidad o resultado práctico que con su empleo se obtenga. En ese ideario señala Mosset Iturraspe que “las instituciones jurídicas formadas por normas, regidas y gobernadas por normas, tienden a organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida. El derecho no puede desligarse del sentido político, ya que cada norma supone la elección de un fin y la de unos medios para conseguirlo”.

²⁹ Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 97.

³⁰ Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 99.

³¹ Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 101.

³² Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 123.

Estos fines deben ser reconocidos y valorados por los integrantes de la comunidad. Y sostiene Mosset Iturraspe: “El argumento acerca de la ignorancia de los fines debe merecer, a nuestro criterio, el mismo tratamiento que la ignorancia de las leyes... Más aun cuando los fines no pueden ser otros que los de satisfacer necesidades e intereses propios del bien común”³³.

En un sentido similar, aunque más cercano al justo medio aristotélico, De Castro y Bravo expresa que “ninguna regla merece el carácter de jurídica si sólo tiene en cuenta el interés individual (conveniencia de un grupo o clase), o si únicamente atiende el llamado del interés general (consideración exclusivista de una mítica comunidad)”³⁴.

En tal sentido Borda afirma que la crisis de la concepción liberal - individualista del contrato se debe en lo económico a que “una exigencia de justicia reclama la intervención del Estado para evitar el aprovechamiento de una parte por la otra”³⁵. Y en lo político “el individualismo está dejando paso a una concepción social de los problemas humanos. En muchos países triunfa el colectivismo. Aun sin llegar a ese extremo, hay una mayor preocupación por la justicia distributiva, por la socialización paulatina de la economía. El individuo (y su voluntad) ceden ante consideraciones sociales”³⁶.

Atento que el derecho tiene en vistas el bien común y éste desde nuestra óptica es la realización de la persona en comunidad, todo intento de desintegrarlo de la economía, resulta inadecuado. Precisamente advierte Mosset Iturraspe que “en cuanto a la relación del derecho con la economía nada mejor que el estudio de la institución contractual, la figura del contrato, para demostrarlo. El contrato es un producto jurídico, un instrumento del derecho, destinado a satisfacer las necesidades del hombre, sobre la base de su participación o intervención en todas las etapas del proceso económico: en la producción, en la distribución y en el consumo... Los hombres del derecho... deben conocer las reglas de la economía para detectar el impacto que una u otra concepción sobre una institución jurídica cualquiera –por ejemplo, el contrato–apareja. Las relaciones económicas toman un sentido u otro según que la contratación queda librada al interés privado exclusivamente o asegure la armonización de este con el comunitario”³⁷. Y en otra obra agrega que “puede afirmarse, sin hesitaciones, que toda persona está comprendida en la red económica del contrato, aunque carezca de bienes; pues aun cuando se limite a mendigar ya irrumpe en ella, bajo la forma de la donación”³⁸.

En tal sentido señala Jean Carbonnier que “el contrato precisa, para ser perfecto, la mediación de toda suerte de cualidades como el civismo, la justicia y la sinceridad –el orden público y las buenas costumbres representan– una exigencia de validez absolutamente general, comportando el mínimum de conformismo social exigible a todos los contratantes”³⁹.

³³ Mosset Iturraspe, *Justicia contractual*, p. 71.

³⁴ De Castro y Bravo, citado por Mosset Iturraspe, *Justicia contractual*, p. 72.

³⁵ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 127.

³⁶ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 127.

³⁷ Mosset Iturraspe, *Justicia contractual*, p. 73 y 74.

³⁸ Mosset Iturraspe, *Manual de derecho civil. Contratos*, p. 53.

³⁹ Carbonnier, citado por Mosset Iturraspe, *Justicia contractual*, p. 77 y 78.

El contrato aparece de forma importante en la circulación, reparto, consumo y producción, en suma, en todas las fases económicas. De manera que las palabras contrato y economía guardan suma relación.

B) LA OBLIGACIÓN DE DAR MONEDA QUE NO SEA DE CURSO LEGAL

En un plano legal el dinero es “el medio normal de que se sirve el hombre para procurar otros bienes; a la inversa de lo que ocurre con las demás cosas, no proporciona al hombre ningún placer por sí mismo (salvo el goce patológico del avaro que recuenta sus monedas)...

Es una creación ideal: se toma un signo cualquiera, al que se le atribuye la función de servir de unidad, se le da un nombre, independiente de sus cualidades y se lo lanza a la circulación... el dinero carece de valor intrínseco”⁴⁰.

Y en un plano económico “la moneda es nuestra vida misma, la categoría de nuestro bienestar y la medida de nuestras insatisfacciones. Es más aún, es el barómetro de los equilibrios colectivos, el pulso de la intensidad nacional en que puede palpase su fuerza de resistencia, su salud o su decrepitud... La moneda es un símbolo de la nación como la bandera y el escudo”⁴¹.

Por eso los Estados suelen plasmar en ellas sus héroes nacionales. Y por eso también el papel moneda es “emitido sin respaldo oro. El tenedor carece de derecho a canjearlo; tiene curso forzoso. Es el sistema que hoy rige universalmente. La firmeza del signo monetario no depende ya del encaje de oro, sino de la seriedad con que se manejan las finanzas públicas, de la solidez de la economía, del equilibrio entre el circulante y la riqueza nacional. El monto de las emisiones no guarda relación con un encaje inexistente o casi inexistente, sino con las necesidades reales de la circulación y la economía”⁴².

Como decimos ut supra el art. 765 reza: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Pizarro y Vallespinos explican que “el carácter de curso legal de una moneda significa que el dinero goza de sanción y de proclamación estatal, y como consecuencia de ello, es irrecusable como instrumento de pago cuando es ofrecido por el deudor en cumplimiento de su obligación”⁴³. En el ámbito nacional solo el peso tiene curso legal.

⁴⁰ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, p. 383.

⁴¹ Scalabrini Ortiz, Raúl, *Cuatro verdades sobre nuestras crisis*, Bs. As., Lancelot, 2009, p. 18 y 19.

⁴² Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, p. 384.

⁴³ Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, p. 355.

Asimismo, aportan que “el curso forzoso, en cambio, significa la calidad de curso legal aplicada al papel moneda inconvertible. De allí que esta cualidad de la moneda está compuesta de dos elementos; por un lado, la regla de curso legal, vinculada a la relación deudor-acreedor y, por el otro, la regla de inconvertibilidad, vinculada a la relación emisor del billete-tenedor”⁴⁴.

En cuanto a la mora, “en materia de obligaciones de dar sumas de dinero, la indemnización por la mora consiste en el pago de intereses, legales o convencionales”⁴⁵.

Estas cuestiones se encuentran reguladas en el art. 38 de la ley 12.155 de creación del BCRA, su Carta Orgánica y el art. 7 de la ley 23.928. Asimismo, la regulación constituye la salida a la ley de convertibilidad del ciclo menemista.

Básicamente el asunto cuenta con tres hitos históricos. El Código Civil de Vélez Sársfield considera a estas obligaciones como de dar cantidades de cosas (art. 617).

Luego la ley de convertibilidad reemplaza este artículo, considerándolas como de dar sumas de dinero. Así aclara Nicolau que “la ley 23.928 de convertibilidad de la moneda nacional, al tratar de legitimar el empleo corriente del dólar en el tráfico comercial, incorporando modificaciones al régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, pudo ocasionar enormes incoherencias en ese régimen. En efecto, el nuevo texto del art. 617, si bien crea cierta confusión al disponer ‘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’, crea cierta confusión, pues la moneda extranjera no es dinero. No obstante, al emplear una expresión suficientemente elíptica, ‘debe considerarse como’ de dar sumas de dinero, ha evitado cualquier problema técnico, ya que no se afirma que las obligaciones en moneda extranjera ‘sean’ obligaciones dinerarias, sino que son ‘como’ obligaciones dinerarias... cuando el poder político puso en marcha un plan que requería implantar la paridad de la moneda nacional y el dólar, inmediatamente modificó aquel régimen”⁴⁶.

A partir del Código Civil y Comercial unificado de 2015, se retornó a la senda velineana.

Ahora bien ¿Cuál es la diferencia? Como regla, si se las considera como de dar cantidades de cosas, el deudor puede abonar la deuda en la moneda pactada o a través de su equivalente en moneda nacional al tiempo del vencimiento de la obligación o el pago; si se las considera como de dar sumas de dinero no procede el pago por equivalente pues el deudor carga la especie designada en moneda extranjera.

Esta respuesta es la consecuencia del nominalismo, un principio de vigencia universal que significa que, existiendo una deuda de dinero, se ha de pagar siempre la suma o cantidad que aparezca como debida, aunque la moneda haya variado su

⁴⁴ Pizarro - Vallespinos, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, p. 356.

⁴⁵ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, p. 392.

⁴⁶ Nicolau, Noemí L., *Las tendencias en el derecho contractual argentino a la luz de las reformas concretadas y proyectadas en la última década*, www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1011/950.

valor adquisitivo. Por eso enseña Borda que “en rigor, no puede hablarse con propiedad de obligación de dinero, sino con referencia a aquel que tiene curso forzoso”⁴⁷.

Resulta cardinal a los efectos de comprender mejor la voluntad del legislador del 2015 puntualizar que no solamente retorna a la senda velezana de considerarlas como obligaciones de dar cantidades de cosa, sino que añade un reaseguro explícito: “y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. Y este reaseguro explícito no sólo es añadido con respecto al texto del Código decimonónico sino también al Anteproyecto puesto que éste no lo contiene.

Según Pizarro “la solución luce orientada a incentivar el pago en moneda nacional de deudas pactadas en moneda extranjera, tratándose del criterio que, con matices y variantes, prevalece en el derecho comparado”⁴⁸.

La situación se dificulta ante la siguiente pregunta. Invocando el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ¿pueden las partes apartarse de lo normado por el legislador? La doctrina se encuentra dividida. Al respecto consideramos menester reproducir el siguiente párrafo. Para algunos, la solución que consagra el artículo tiene carácter dispositivo y permite que, salvo pacto o disposición legal en contrario (por ejemplo, art. 1390, Cód. Civil y Comercial), el deudor se libere de una deuda en moneda extranjera pagando el equivalente en dinero nacional. Es decir que, el deudor solo podrá hacer uso del derecho de conversión cuando en la convención nada se haya estipulado al respecto, es decir, cuando solo se haya establecido el pago en moneda extranjera sin que la entrega de la cosa sea elemento esencial de la obligación, o sin que se establezcan formas alternativas de adquirir la cosa si no se encuentra en el mercado nacional, o de valorizar en forma diferente a la cotización oficial de la moneda. En este sentido, se ha expresado que no se trata de una norma de orden público, por lo que las partes podrán pactar la entrega específica en moneda extranjera. Pero si la contraprestación no tiene una conexión con la moneda extranjera pactada, entonces se estaría utilizando como un modo de actualizar la deuda en moneda nacional, y esto implica violar la prohibición de indexar instituida por los arts. 7° y 10 de la ley 23.928, regla esta de orden público e inderogable por las partes, por lo cual el deudor podrá liberarse entregando la cantidad de moneda nacional equivalente a la moneda extranjera pactada”⁴⁹. En la primera opinión aparecen Pizarro y Graciela Wüst, mientras que en su alternativa José Márquez.

En una axiomática crítica de la solución legislada, Paolantonio asevera que “las razones que explican el recurso a la moneda extranjera en la contratación privada no pueden ser eliminadas por ninguna norma del Código Civil, que lo único que lograría con una solución como la propuesta, es exacerbar las dificultades para celebrar contratos de ejecución diferida o continuada que se siguen de mantener la errónea prohibición de pactar cláusulas indexatorias. El contrato es un instrumento de planificación, y las partes necesitan contar con los mecanismos legales para morigerar los efectos perniciosos del envilecimiento monetario y la inestabilidad económica”⁵⁰.

⁴⁷ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, p. 389.

⁴⁸ Pizarro, citado por Caramelo, comentario art. 765, p. 56

⁴⁹ Caramelo - Herrera - Picasso (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. III, p. 56.

⁵⁰ Paolantonio, Martín E., *Las obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de Código Civil*, “Lecciones y Ensayos”, n° 90, p. 213.

Por su parte, Borda distingue dos situaciones: a) cuando la entrega de la moneda es un elemento esencial y la prestación tenida en cuenta por el acreedor: “en este caso estamos en presencia de una deuda de cantidad específica de cosas y la obligación no se cumple pagando el equivalente en moneda nacional; tal sería por ejemplo, el caso de que una casa de cambio prometa a un cliente tal o cual moneda extranjera”; b) cuando en la intención de las partes responde a la sustitución de una deuda de dinero por una deuda de valor tendiente a protegerse de la desvalorización monetaria. Allí “la obligación se cumple ya sea entregando la cantidad de moneda extranjera pactada, ya sea entregando su equivalente en moneda nacional al cambio del día de pago” y el profesor realiza un concepto claro: *“Deben considerarse nulas las cláusulas que prohibieran el pago en moneda nacional, porque esta es un medio cancelatorio de carácter obligatorio dentro del territorio nacional; las cláusulas que se opusieran a la utilización del peso nacional como medio de pago serían contrarias al orden público”*⁵¹. Asimismo, emerge otra pregunta. ¿Puede pactarse una deuda en moneda extranjera pagadera en moneda nacional al cambio que rija el día del pago en la bolsa de un país extranjero? Borda contesta que “tal estipulación es ilegal. Significa, ni más ni menos, sustituir nuestro sistema monetario por un sistema extranjero y reemplazar la fuerza calculatoria que tiene el peso conforme a nuestra legislación”⁵².

CONCLUSIONES EN TORNO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Teniendo presente que “las preguntas son más permanentes que las respuestas”⁵³ y que no es nuestro designio en un escrito de estas posibilidades materiales, consagrar conclusiones definitivas sino dejar abiertos interrogantes para apreciar mejor la importancia de comprender las consecuencias de la disponibilidad o indisponibilidad del art. 765 in fine del Cód. Civil y Comercial, conforme a lo investigado, podemos presentar las siguientes conclusiones.

Nos centraremos en dilucidar la cuestión en torno a si el artículo judicializado constituye una norma imperativa o supletoria. Precisamente porque ello adquiere una doble importancia. Una va a ir progresivamente perdiendo relevancia y la otra constituirá una cuestión debatida de forma permanente.

El primer despliegue gira en torno al efecto inmediato de aplicación del Código Civil y Comercial unificado. Según su art. 7, este se aplica con efecto inmediato respecto de las situaciones jurídicas existentes regladas por la ley sean estas supletorias o imperativas. Pero respecto de las relaciones jurídicas regladas por los particulares, es de aplicación el tercer párrafo: “Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. Es decir que en los contratos como el de marras es vital conocer si la norma es imperativa o supletoria. Sólo se aplica la nueva

⁵¹ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, p. 405. La bastardilla es nuestra.

⁵² Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, p. 406.

⁵³ Ciuro Caldani, Miguel Á., *Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, Zeus, 2000, p. 17.

ley en materia contractual si esta es imperativa. Naturalmente esta cuestión va a ir perdiendo importancia con el paso de los años.

El segundo despliegue en torno a la posibilidad o no de renunciar al empleo del art. 765 in fine. Lo recordamos: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. Indudablemente si esta disposición es supletoria, las partes pueden colocar y hacer aplicar una cláusula donde se emplee una solución alternativa y si es imperativa no. Evidentemente esta cuestión causa polémicas que podrían renacer en el porvenir del derecho de acuerdo a la política de control –o no– de cambios. Si hay control de divisas extranjeras como cuando se dictó el nuevo Código la cuestión es importante. Si se elimina el control de cambios como en la actualidad, resulta prácticamente abstracta.

Los jueces tienen la función, es decir la facultad y el deber de procurar con prudente arbitrio y equidad que los convenios se cumplan del modo que acordaron las partes y con buena fe. Por ello para interpretar sus alcances no podemos limitarnos tan sólo a lo fundamentalmente expresado, sino que resulta menester tomar en consideración las consecuencias que del propio accionar de las partes, derivan. La interpretación de los contratos no debe ceñirse tan sólo al texto escrito ni prescindir del esclarecimiento del fin que han querido los contratantes, siendo menester, por el contrario, valorarlo debidamente en su integridad. Una norma es supletoria cuando al legislador le da lo mismo una solución que otra.

En el caso en comentario nos preguntamos: ¿Puede dar lo mismo una solución que otra? Si no puede dar lo mismo, no es supletoria.

Por nuestra parte, adelantamos que la resolución del tribunal nos resulta inadecuada. Para nosotros la norma del art. 765 in fine es indudablemente imperativa por el cúmulo de argumentos jurídicos que exponemos a continuación.

Conforme al art. 962 dicha norma resulta indisponible por su modo de expresión. Desde nuestra óptica el tribunal yerra al considerar que la palabra “puede” (“el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”) debe considerarse como que “puede” renunciar a ese derecho al momento de contratar y por lo tanto es un indicio de supletoriedad. Consecuentemente si leemos de manera completa, el legislador indica “debe” (“la obligación ‘debe’ considerarse como de dar cantidades de cosas”). Es decir que, por el contrario, señala imperatividad.

En relación a esto por favor repárese en lo que viene. A contrario sensu, siguiendo el razonamiento del tribunal, ¿cómo debió entonces el legislador escribir la oración para indicar imperatividad? Respondiendo con el razonamiento de los magistrados, el legislador debió decir: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor debe liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. Así redactado llevaría al error de pensar que, al momento de pagar, el deudor aun queriendo hacerlo en dólares se encuentra forzado a hacerlo en pesos. Naturalmente este desliz de apreciación se debe a que se omitió distinguir los momentos regulados por el codificador. Un momento es el de celebración del contrato y otro el de pago. Lo supletorio (“puede”) es justamente en el momento de pago. Efectuarlo en la moneda de curso legal equivalente o en la moneda

extranjera. En ese sentido, la única renuncia válida o la única posibilidad de disponer sobre el tema se encuentra al momento del pago, efecto indudable de las obligaciones de dar cantidades de cosas. La opción la tiene el deudor y se dispone al momento de pago.

No en el momento de celebrar el contrato. Allí el legislador prescribe imperatividad (“debe”).

Además, como dijimos *ut supra* por el sólo hecho de que la obligación debe ser considerada de dar cantidades de cosas, el deudor puede liberarse pagando el equivalente en moneda de curso legal.

Por otra parte, desde nuestra óptica los contratantes que colocan esta renuncia se proponen un fin contrario al orden público. El valor liberatorio de la moneda de curso legal es parte del orden público; ora de protección, ora de coordinación, ora de dirección, ora los tres juntos. Nosotros creemos que consulta a los tres, pero coincidimos con Lorenzetti en la necesidad de evitar discutir acaloradamente a cuál sector pertenece.

Sí nos resulta más fructífero hacer hincapié en que de acuerdo al art. 962 dicha norma es indisponible por su contexto. Indudablemente la norma regula una cuestión de derecho público en tanto asunto normativo monetario que se encuentra regulado junto con el art. 38 de la ley 12.155 de creación del BCRA, su Carta Orgánica y el art. 7 de la ley 23.928.

Asimismo, creemos insolvente el argumento vertido por el tribunal que considera supletorio al artículo porque no hay en el Código ninguna norma que prohíba la contratación en moneda extranjera, sino que hay varias que lo permiten. Esa situación descripta es correcta pero la norma específica es más importante y clara que las otras citadas con respecto a supuestos inespecíficos. La norma específica prevalece sobre la genérica.

Nos resulta un error de apreciación considerable la parte del voto del doctor Guardiola que señala que la posibilidad de pagar el equivalente en pesos moneda nacional constituye una excepción al orden público. ¿Entonces a contrario sensu tenemos que entender que el orden público es pagar en dólares? Es indudable la respuesta negativa.

Desde nuestra perspectiva resulta un fórceps el intento de aplicación del art. 766 que regula en forma general las obligaciones de dar dinero por sobre el art. 765 que específicamente toma las obligaciones en moneda que no sea de curso legal como de dar cantidades de cosas. Lo mismo ocurre con el art. 958 que regula la libertad de contratar como principio general. Insistimos, la norma específica prevalece sobre la genérica.

Decimos más arriba que en un plano el orden público es visto por la doctrina como la protección de la parte más débil. En el caso se verifica una renuncia del deudor a la facultad del art. 765. Ahora bien, ¿dicha facultad fue renunciada con autonomía de la voluntad? ¿El contrato se realizó por discusión o el acreedor por su posición más fuerte redactó las cláusulas? Esa situación no se desprende del caso en concreto. Sin embargo, en contexto presente señalado *ut supra* en donde la gran mayoría de los contratos no son consensuales, se agiganta la doctrina de Sampay (también desarrollada *ut supra*) en cuanto a que el postulado de la no intervención del Estado en

materia económica, es contradictorio a sí mismo porque la no intervención significa dejar libres las manos a las pujas de poder entre grupos. En tales circunstancias la no intervención implica la mediación en favor del más fuerte. Por ende, no intervención significa aproximadamente lo mismo que intervención. Entonces si es verdad lo que señala Ghersi; si es verdad que el 90% o más de los contratos se hacen por adhesión y si es cierto lo que señala Borda en cuanto a que la evolución del capitalismo ha concentrado cada vez mayores fuerzas en pocas manos y la libertad e igualdad subsisten en el plano jurídico pero no en el económico, la no intervención, el dejar el campo enteramente librado a la autonomía de la voluntad, en realidad significa intervenir a favor de que quien redacta las cláusulas en la gran mayoría de los contratos, imponga la renuncia al derecho del artículo en cuestión.

Si en rigor de verdad como señalamos más arriba, no puede hablarse de obligación de dinero sino con referencia a la moneda de curso legal, declarar jurisprudencialmente al art. 765 como disponible, lo convertiría en la práctica como una obligación de dar dinero. Vale decir, lo normado quedaría como excepcional y lo anormal se transformaría en regla.

Lo supletorio implica que las personas excepcionalmente se aparten de la norma en virtud de la autonomía de la voluntad. “Norma” etimológicamente viene de “normal”. Por eso si nos detenemos un momento a pensar la cuestión. ¿Podría el legislador crear el art. 765 como supletorio sabiendo que la práctica puede transformar lo anormal en normal? Naturalmente no. Por ello coloca la expresión “debe”: “debe considerarse como de dar cantidades de cosas”.

Decimos arriba que resulta cardinal a los efectos de comprender mejor la voluntad del legislador del 2015 puntualizar que no solamente retorna a la senda velezana de considerarlas como obligaciones de dar cantidades de cosa, sino que añade un reaseguro explícito: “y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. Y este reaseguro no sólo es añadido con respecto al texto del Código decimonónico sino también al Anteproyecto puesto que éste no lo contiene.

Consecuentemente se impone lo pensado por Mosset Iturraspe en cuanto a que esta crisis de la libertad contractual en la que descansa la autonomía de la voluntad trae aparejada la crisis de la fuerza obligatoria del contrato. También lo añadido nuevamente por Borda en cuanto a que hay una tendencia natural cada vez más acentuada al intervencionismo estatal. Suele decirse que la distinción entre la protección individual y el orden público no es clara. En ese sentido quien desequilibra nocivamente un contrato particular, perjudica en un punto a toda la comunidad.

Yendo al plano económico y político, si bien es necesario tener en miras los casos particulares para realizar la justicia, en general podemos afirmar que un empleo de la divisa carente de curso legal en nuestra patria, impacta negativamente en el valor de nuestra moneda, que como desarrolla Scalabrini Ortiz, es el pulso de la intensidad nacional en que puede palparse su fuerza de resistencia, su salud o su decrepitud.

El contrato aparece de forma importante en la circulación, reparto, consumo y producción, en suma, en todas las fases económicas. De manera que las palabras contrato y economía guardan suma relación.

A los efectos de la construcción o destrucción del poder de nuestra nación, ¿qué es más conveniente? ¿Que la norma del art. 765 in fine del Código Civil y Comercial sea considerada supletoria, o imperativa? ¿Cuál es la voluntad del codificador?

Según Pizarro “la solución luce orientada a incentivar el pago en moneda nacional de deudas pactadas en moneda extranjera, tratándose del criterio que, con matices y variantes, prevalece en el derecho comparado”⁵⁴.

Indudablemente los riesgos para la construcción de una independencia económica nacional provocados por la proliferación de hecho del uso contractual supletorio del dólar o de cualquier otra moneda carente de curso legal son variopintos.

Los principales costos incluyen la dependencia económica, pérdida de las políticas monetaria, cambiaria y fiscal, una tendencia a la pérdida de competitividad en el concierto internacional y la dificultad de salir del esquema. Esa trama nos lleva a confirmar el carácter imperativo que le da el legislador en su misión constitucional al artículo en cuestión.

Argentina es un Estado dependiente que precisa desarrollarse. Enseña Ha-Joon Chang que “para poder importar tecnologías, un país en desarrollo necesita exportar y obtener ‘divisas’ (monedas aceptadas en todo el mundo como el dólar estadounidense o el euro), ya que nadie aceptará su moneda como pago”⁵⁵. Si encima su Banco Central se ve obligado a vender divisas con fines domésticos como una contratación entre ciudadanos de su propio país, la situación se dificulta aún más. En estos momentos nuestra nación sufre déficit comercial. “¿Cómo se las arreglan los países que tienen déficit comercial? ¿No tienen que conseguir dinero para pagar las importaciones cuya factura excede los beneficios de sus exportaciones? Por supuesto que sí”⁵⁶. En este caso lo común es que los países no lleguen a cubrir el déficit con ingresos de divisas derivadas de sus pocos ciudadanos que trabajan para entidades extranjeras, ni dividendos inversiones extranjeras en posesión de residentes en el país y deben llegar al punto de “que alguien les de dinero (a esto se lo denomina ‘transferencias corrientes’)... En ese caso debe pedir dinero prestado”⁵⁷. Allí se origina o abulta la deuda externa que suele venir acompañada de pérdida de independencia económica ya que los prestamistas habitualmente imponen condiciones para prestar.

Estamos hablando de una cuestión de suma importancia para el conjunto de la comunidad. Recordemos que el artículo del Código Civil que reguló la cuestión fue modificado por la mismísima ley de convertibilidad.

Por eso sostener a ultranza, la ideología que mantiene un principio o axioma con total independencia del resultado práctico que con su empleo se obtiene, es por lo menos inadecuado. Ello colisiona con un principio básico que es el de la realidad. Sólo si partimos de la realidad podemos realizar normas verdaderamente positivas.

⁵⁴ Caramelo - Herrera - Picasso (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. III, p. 56.

⁵⁵ Chang, Ha-Joon, *Economía. Para el 99% de la población*, Bs. As., Debate, 2015, p. 372.

⁵⁶ Chang, Ha-Joon, *Economía*, p. 376.

⁵⁷ Chang, Ha-Joon, *Economía*, p. 377.

Coincidimos con Mosset Iturraspe en que las instituciones jurídicas organizan la comunidad conforme a un ideal de vida y en que el derecho no puede desligarse del sentido político.

Cada norma supone la elección de un fin y unos medios para lograrlo. Para un jurista tener sólo en miras el bolsillo de un acreedor (en el caso acerca de cómo logra este resguardarse colocando un monto en dólares pre redactando un contrato donde su deudor renuncia a la facultad del art. 765) sin pensar lo que ocurre si esa práctica se viraliza en la comunidad, construye un saber contrario a la realización de la libertad.

Desde nuestra perspectiva no puede realizarse la persona en una comunidad frustrada.

En ese sentido la libertad individual descansa en la realización de la independencia no solo económica sino integral de la comunidad.

En la perspectiva estructurante de nuestro saber, el derecho tiene en vistas el bien común y éste consulta la realización del individuo en comunidad. Por eso pensamos que todo intento de desintegrar el derecho de la economía, resulta inadecuado. El contrato se encuentra presente en todas las fases económicas. Las palabras contrato y economía deben integrarse adecuadamente en la construcción axiomática del derecho.

Siguiendo con otra arista de la indisponibilidad por el contenido, abona a este el nominalismo, ese principio de vigencia universal que no centra su atención en el valor adquisitivo de la suma debida sino en la moneda de curso legal.

Para finalizar, por todo lo argumentado adherimos a lo señalado por Borda: *“Deben considerarse nulas las cláusulas que prohibieran el pago en moneda nacional, porque esta es un medio cancelatorio de carácter obligatorio dentro del territorio nacional; las cláusulas que se opusieran a la utilización del peso nacional como medio de pago serían contrarias al orden público”*⁵⁸. Para nosotros la norma en cuestión es imperativa y de orden público.

Esta respuesta es señera con respecto a los dos despliegues señalados al inicio de las conclusiones: el art. 765 del Cód. Civil y Comercial es aplicable inmediatamente conforme al art. 7 y las partes no pueden apartarse de él.

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.

⁵⁸ Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, p. 405, la bastardilla es nuestra.