

ORDEN PÚBLICO VERSUS AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Autor: Mariela Beatriz Castro*

Resumen:

Los arts. 765 y 766 del CCyC determinan uno de los debates más acalorados entre los juristas argentinos... Es que la importancia de estas obligaciones, siendo la moneda extranjera -en especial el dólar estadounidense- la más utilizada en nuestro medio para el equilibrio de las transacciones de magnitud, amerita su interpretación normativa inmediata sobre todo a la luz de la aparente contradicción que presentan entre sí.

Resulta preliminar dilucidar si la primera disposición fija una pauta de orden público o supletoria para las partes.

Adelanto mi postura asignándole carácter supletorio a la norma del art. 765 del CCyC, a partir de los argumentos jurídicos anhelados valdrán como punto de partida para un análisis más profundo que permita a letrados y jueces arribar a la solución más justa, en la aplicación de este nuevo derecho vigente.

1.- Las normas en análisis

El artículo 765 del Código Civil y Comercial (C.C. y C.) de la Nación dispone 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".

Con algunos matices sobre el alcance de esta facultad conferido al deudor, la doctrina argentina ya coincide -al menos- en reconocer un derecho de "sustitución" para esta clase de obligaciones.

En efecto, mediante ella el sujeto pasivo de la obligación (deudor) puede reemplazar su prestación de dar moneda extranjera (dar cosas, en palabras de la misma norma) por la de dar moneda de curso legal.

Se distorsiona así radicalmente el régimen de las obligaciones en moneda extranjera que introdujo la ley 23.928 de Convertibilidad y que equiparaba la moneda nacional con la extranjera. Por entonces el deudor en ambos casos debía entregar la cantidad comprometida de la especie designada (2)

Asimismo, fue la redacción que le dio al artículo 765 CCyC la comisión de reformas que redactó el proyecto, pero el Poder Ejecutivo nacional la modificó en el sentido indicado al enviar el proyecto al Congreso de la Nación.

Entiendo, que en este proceso de mutación normativa hubo una deficiente técnica legislativa toda vez que se prescindió de adecuar el artículo siguiente: 766 CCyC, que

^{1*} Profesora Adjunta, Universidad Nacional de Rosario.

estatuye precisamente lo contrario: "El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada".

Por lo limitado de este trabajo y al solo efecto disparador del debate, me interesé por analizar si la norma del artículo 765 CCyC que consigna el derecho de sustitución en favor del deudor u obligación facultativa legal -al decir de una parte de la doctrina civilista-: ¿Es imperativa o supletoria?

2.- Principales argumentos a favor de una norma supletoria

El hecho de que la norma nada diga en forma expresa sobre su carácter, pone al jurista y magistrado en la difícil tarea de interpretar la finalidad y contenido de la ley.

En mi opinión, esta norma parecería estar dirigida a reglar relaciones particulares que muy bien podrían haberse resuelto de otro modo, sin que de ello resulte ningún perjuicio de índole social o afecte el interés común.

Como anticipé, sostengo que se trata de una norma supletoria, por las siguientes razones que paso a exponer.²

a) La autonomía de la voluntad como principio rector en materia de obligaciones y contratos.

En primer lugar, por regla todas las normas del CCyC que regulan las obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas. El principio se encuentra plasmado a lo largo del plexo normativo recientemente en vigencia, lo me permito reflejar con la transcripción de tres artículos, a saber:

958: "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".

960: "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público" y

962: "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 de carácter indisponible".

Así pues, en este contexto las normas supletorias -usuales en materia contractual- son aplicables cuando las partes no hayan establecido ninguna previsión sobre el particular y por ende ellas -de común acuerdo- podrían dejarlas sin efecto

Si las partes nada establecieron, es decir, el deudor no renunció a la posibilidad de su obligación de pago en moneda extranjera a través del pago en moneda de curso legal, entonces regirá la norma en cuestión

Claramente no se trata de una norma de orden público cuyo objetivo sería desterrar la utilización de la moneda extranjera en nuestro territorio para promover la utilización de la propia.

Por el contrario, más allá de las transcriptas son numerosas las normas en el Código Civil y Comercial que imponen la moneda extranjera como moneda de pago sin que el

² BOMCHIL, MAXIMO: "Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas", LL, 06/07/2015, Cita AR/DOC/2098/2015

deudor tenga el derecho de sustitución.

Véanse los artículos 1367 de depósito irregular, 1390 de depósito bancario, 1408 de préstamo bancario y 1525 y 1527 de mutuo.

b) La voluntad de las partes expresada en contra de la norma es congruente con el principio de identidad del pago.

En congruencia con el principio de la autonomía de la voluntad, resulta armónico que el artículo 766 respete el principio de identidad del pago, encontrándose de tal forma en colisión con el 765, dado que el primero establece que el deudor *está obligado* a entregar la cantidad correspondiente de la especie designada por lo que parecería no habilitar la opción de cumplimiento por equivalente que permite su precedente el artículo 765.

La facultad asignada al deudor de cumplir y liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial a la fecha de cumplimiento de la obligación (suponemos, porque la norma no lo dice en forma expresa), en definitiva constituye una excepción al principio de “identidad de pago” que el C.C. vigente recepta en el art. 868, como otro principio rector de la Teoría general de las obligaciones.

Sin embargo, nótese que el deudor no puede aducir *ad impossibilia nemo tenetur* (arts. 955/956 y 1732 del CCyC) ya que siempre tendrá la posibilidad ³de cumplir, aspecto de particular importancia a tenor del contexto económico-cambiario actual que prácticamente veda la adquisición de divisa foránea.

c) La interpretación literal y gramatical de las normas se inclinan hacia la supletoriedad normativa

Ni del modo de expresión, de su contenido o de su contexto gramatical y lógico jurídico resulta el carácter imperativo de la norma (3)

Por el contrario, la primera de las normas analizadas norma dice que el deudor *puede* desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal y no que debe hacerlo.

En consecuencia de la letra de la norma y su integración al contexto de todo el engranaje normativo resulta indubitable que es una facultad del deudor y como tal puede ser renunciada.

Para eliminar toda duda al respecto, el artículo 944 CCyC dispone que "Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados..."

En relación al sentido lógico, el artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación [\(1\)](#) retoma la calificación contemplada en el Código Civil velezano, al ubicar a la obligación en moneda extranjera como obligación de dar cantidades de cosas (categoría que ha sido paradójicametne eliminada del nuevo código) a la vez que habilita al deudor de obligaciones en moneda extranjera a liberarse de su obligación pagando moneda de curso legal.

³ BOMCHIL, MAXIMO: “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial son supletorias y no imperativas”, LL, 06/07/2015, Cita AR/DOC/2098/2015

Sumado al hecho normativo es dable recordar que se encuentra vigente la prohibición de indexar contemplada en la Ley 23.928 de Convertibilidad (y ratificada por la vigente Ley 25.561 de Emergencia) y se encuentra limitado el acceso al mercado de cambios para adquirir moneda extranjera con fines de atesoramiento.

En suma, puede interpretarse la norma en forma literal. El hecho de que el artículo 765 diga "puede" y no "debe" puede ser considerado como un argumento que refuerza su carácter supletorio.

Adicionalmente, una interpretación armónica con el artículo siguiente 766 (que establece que el deudor *debe* entregar la cantidad correspondiente de la especie designada (es decir, la que se obligó) intensifica la idea de que aquella norma no es imperativa.

d) La autonomía de la voluntad como reconocimiento de los derechos constitucionales más fundamentales.

La autonomía de la voluntad reposa también en la garantía constitucional de libertad para el ejercicio del comercio e industria y el trabajo y la facultad de usar y disponer de la propiedad, consagrado en los artículos 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad (artículo 17, Carta Fundamental).

El CC y C bajo análisis viola el derecho de propiedad (art. 17 CN) a la luz de esa interpretación de la Corte, por cuanto arrebató un derecho al sujeto que firmó un contrato en moneda extranjera, cual es el de recibir una cantidad de esa moneda y no de otra. Ese derecho está incorporado a su patrimonio y la ley no puede privarlo de el

Si se trata de una obligación de dar cantidades de cosas y no dinero (como dice el propio código), no hay porque modificar lo convenido entre las partes mutando esas "cosas" (moneda extranjera) por moneda de curso legal puesto que ese derecho ya ingreso a su patrimonio.⁴

e) La moneda extranjera como pacto esencial y determinante de la voluntad de los particulares

Los particulares podrían realizar cualquier contrato en el que se consigne a la moneda extranjera como moneda esencial. En tal caso, si las partes pactan que la moneda extranjera es esencial para el contrato, dado que el artículo 765 del nuevo Código es una norma supletoria, reinará la autonomía de la voluntad plenamente,⁵ debiendo el deudor entregar la moneda prometida. (5)

Destacamos que no sería inusual que se interpretara con un criterio finalista (así, retomando las distinciones que se realizaron en doctrina y jurisprudencia antes de la ley 23.928 respecto al fin querido con la utilización de la moneda extranjera en los contratos) que si la moneda extranjera es utilizada solo para proteger la pérdida de valor adquisitivo del peso, el deudor podría liberarse en moneda nacional con refuerzo aún en la prohibición actual de indexar.

⁴ MANILI, PABLO LUIS: "Inconstitucionalidad de la pesificación prevista por el Proyecto de CCyC", LL, 25/09/2012, I – LL2012-E- 1375

⁵ FUNES, MARIA VICTORIA: "Obligaciones en moneda extranjera en el nuevo código", LL, 23/04/2015, 1 – LL2015-B,1066, Enfoques 2015, mayo – 22/05/2015,66

Esta no es la solución a la que adhiero; el artículo 765 es una norma supletoria que puede dejarse de lado por los particulares sin lesionar orden público alguno.

Mientras exista la posibilidad de obtener moneda extranjera aun teniendo que acudir a los mecanismos alternativos, no hay obstáculo legal para no permitir que se pacte la entrega de moneda extranjera como condición esencial del contrato.

Téngase presente el hecho de que actualmente no hay acceso al Mercado Único y Libre de Cambios para la formación de activos externos sin destino específico, es decir, para atesoramiento.

3.- La jurisprudencia en materia de obligaciones de dar moneda extranjera.-

La jurisprudencia anterior a la Ley de Convertibilidad ya sostuvo que "La estipulación entre las partes de que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera es ley para las partes según el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1197, Código Civil), y no puede verse ninguna lesión a un principio de orden público."⁶

También sostuvo que "Asimismo podemos expresar que no existe lesión al orden público que se contrate en moneda extranjera, y que el Estado puede regular el cambio de la moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de la propiedad"⁷.

Sin perjuicio de ello, ya la sala C de la Cámara Civil en los autos "Vignola", antes de la sanción de la Ley 23.928 de Convertibilidad, había interpretado que si bien estaban restringidas las operaciones de cambio en ese momento, la moneda extranjera no estaba fuera del comercio.

En consonancia con lo expuesto, el caso resonante de la jurisprudencia ya citado ("Vignola, Nidia A. c. Colombo Marchi, José" del 26/11/85) en el cual la Sala C de la Cámara Civil rechazó la conversión a moneda nacional y obligó al demandado a pagar en dólares la suma debida, estableciendo que "Dentro del régimen del art. 619 del Código Civil en el que media opción por "otra especie de moneda nacional" al cambio del día del vencimiento de la obligación, queda a salvo lo que en contrario hubieran estipulado las partes. El derecho de sustitución del deudor puede quedar vedado por la convención, al estipularse que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera (...) Si en el contrato se fijó como cláusula esencial de su celebración que se pagase el saldo de precio en billetes dólares estadounidenses, es indudable que, en el caso, la verdadera intención de las partes fue la de pactar una obligación monetaria genérica, cuyo objeto es la cosa-moneda y no un tanto de dinero. Si bien en principio se ha decidido que la obligación de pagar moneda extranjera consiente la variante de que el deudor pueda liberarse dando el equivalente en moneda nacional, ello no es así cuando se trata de obligaciones monetarias genéricas - o las de cosa dineraria—, en las que resulta esencial el pago de determinada especie".

Asimismo, dicho fallo sostuvo que "la estipulación entre las partes de que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera es ley para las partes según el principio de autonomía de la voluntad y no puede verse ninguna lesión al orden público. Puede el Estado regular el cambio de moneda en ejercicio de su soberanía, pero sin lesionar la garantía constitucional de propiedad (art. 17, Carta Fundamental). Por ello, si bien están restringidas las operaciones de cambio en el mercado financiero, las monedas

⁶ VIGNOLA NIDIA c/COLOMBO MARCHI JOSE CNCIV, sala C, 26/11/1985, LL 1986-B, p. 299 y sigte.

⁷ SANTAMARINA, MIGUEL M.A., CNCiv., Sala A, LL 1988-E, 491 con nota de Jorge R Causse

extranjeras no son cosa fuera del comercio y los particulares pueden hacer con ellas sus negocios y contratos, dándoles el valor real que a sus interés convenga", interpretando de esta manera que lo dispuesto en los artículos del Código, en particular, respecto a la regla de cumplimiento por equivalente contenida en el art. 619 del Código Civil era disponible y, por lo tanto derogable por las partes.

4.- La doctrina y la obligación de dar moneda extranjera.

Sin perjuicio de lo previsto en los articulados del Código velezano, Bueres y Highton⁸ describieron con precisión cómo la doctrina y la jurisprudencia comenzó a distinguir el fin querido con la utilización de la moneda extranjera en los contratos.

En efecto, se distinguía si la moneda extranjera era utilizada como cosa u objeto específico de la prestación, en cuyo caso el deudor debía cumplir entregando el objeto específico debido y así cumplir con el principio de identidad de pago contemplado en el artículo 740 del Código Civil, es decir, se consideraba a la moneda extranjera como cosa no fungible, única e insustituible⁹.

En este caso se incluían, entre otros, los supuestos de adquisición de moneda extranjera con fines numismáticos o las obligaciones resultantes del artículo 2240 del Código Civil, que establece la obligación del mutuario de restituir "igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad" y el artículo 2210 del Código Civil, que establece la obligación del depositario "de restituir la misma cosa depositada".

Por otra parte, se distinguía el caso en que la moneda extranjera era utilizada como cláusula estabilizadora para evitar la pérdida de valor de la moneda nacional, es decir, cuando era utilizada como precio de bienes o servicios, desempeñando la función de dinero en los contratos (usual en las compraventas, locaciones de cosas y servicios, entre otros).

La inclusión de estas cláusulas no fue controvertida en cuanto a su licitud con excepción de algunos pocos, entre ellos, Mosset Iturraspe, que sostuvo su inconveniencia fundamentalmente por acrecentar la agudización del proceso inflacionario.

En la utilización de la moneda extranjera como cláusula estabilizadora, la obligación era considerada por las partes como de dinero y el deudor podía liberarse en moneda de curso legal entregando el equivalente de la moneda extranjera en moneda de curso legal, lo que traía aparejado un corrimiento de la interpretación literal del artículo 617 en su redacción originaria.

El fundamento del cumplimiento por equivalente, como bien lo explica Alegria y Rivera¹⁰, se sustentaba en distintas normas: el artículo 607, 608 y 619 del Código Civil. Pero en opinión de estos autores, el verdadero fundamento surgía de la ley 1130 que había privado de curso legal a la moneda extranjera, estableciendo que "las monedas de oro y plata, acuñadas en las condiciones de esta ley, tendrán curso forzoso en la nación,

⁸ BUERES Alberto J. y HIGHTON, Elena I., "Código Civil y normas complementaria. Análisis doctrinario y jurisprudencial. 2A". Ed Hammurabi, p.430 y siguientes

⁹ Véase, CNCiv, "Vignola, Nidia A. c. Colombo Marchi, José", sala C, 26/11/85 y CNCiv "Sciumbre, Pedro A. c. Dibar, Carlos M. s/ resolución de contrato", Sala F, 9/3/84. También, CNCiv, Sala G, 25/9/85, ED 117-483, CNCiv., sala H, 29/8/90, LL 1991-B-376 citado por Trigo Represas Félix A., "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS2012-XI, 5

¹⁰ Véase ALEGRIA, Héctor y RIVERA Julio César, "La Ley de Convertibilidad", Abeledo Perrot, p. 139 y siguientes.

servirán para cancelar todo contrato u obligación...".

Finalmente, ya más adelante y para evitar la injusticia que se derivaba de una cotización oficial del dólar inferior al verdadero valor de mercado, se diferenciaba el caso en que la moneda extranjera si bien considerada como dinero, era calificada como moneda "esencial" del contrato en cuyo caso no cabía admitirse el cumplimiento por equivalente, es decir, por moneda de curso legal.

Incluso Boggiano¹¹ sostuvo que "La atención debida a la realidad mercantil demuestra que una obligación en moneda extranjera, pese a la calificación de cantidades de cosas que se desprende del art. 617 del Código Civil es considerada como obligación monetaria, y no como obligación de dar cosas". Asimismo, sostuvo una suerte de derogación tácita del artículo 617 del Código Civil, en virtud de leyes nacionales que tratan a las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones dinerarias. Sobre el particular, este autor sostenía que el derecho de sustitución del deudor como modo o medio de pago no debe interferir con el valor sustancial de la obligación imponiendo al acreedor aceptar un pago que no sea exactamente el valor equivalente de la prestación debida. Así, el derecho de sustitución del deudor no debe afectar el derecho de equivalencia del acreedor.

Alterini¹², antes de la sanción de la Ley 23.928 de Convertibilidad, consideró a las obligaciones en moneda extranjera como "deudas monetarias genéricas", invirtiendo la presunción que venía sosteniéndose hasta ese momento respecto a que la referencia a la moneda extranjera debe computarse como cláusula estabilizadora, salvo que aparezca como cláusula esencial del contrato. La inversión se fundamenta para este autor en que la escasez de moneda extranjera "hace suponer que si se contempló la entrega de moneda extranjera en el contrato, ello respondió a un designio central para la negociación concertada y a esa voluntad cabe sujetarse".

Rivera y Alegria por su parte realizan una distinción. Si el contrato se celebra y ejecuta en tiempo de libertad cambiaria debe reconocerse plena eficacia a la cláusula contractual que convino el pago efectivo en moneda extranjera. Si el contrato se celebró en época de control de cambios pero se cumple cuando existe libertad cambiaria, también es eficaz la cláusula sin que puedan oponerse razones de orden público económico que, señalan, citando a Savatier, "es esencialmente variable, circunstancial, y aquello que hoy está comprendido mañana no lo está y viceversa".

Por otra parte, cuando el contrato se celebra y se ejecuta en época de control también coinciden que es válida la cláusula pero sin necesidad de recurrir a la calificación de la moneda extranjera como dinero ni a la derogación tácita del artículo 617. Funda esta conclusión para los contratos de compraventa en dólares, en el hecho de que en realidad el contrato de compraventa es una permuta y que no existiría duda de que los permutantes tienen derecho a que la otra parte les entregue exactamente la cosa prometida y no sustituida por otra, por lo tanto, quien prometió dar moneda extranjera constituyendo esa prestación en condición del contrato, ha concluido una permuta perfecta, y si no puede entregarla el contrato se resuelve. De acuerdo a estos autores, "no hay una violación del orden público mientras no se prohíba lisa y llanamente que los particulares tengan en su poder moneda extranjera o que contraten sobre ella".

¹¹ BOGGIANO, "Obligaciones en moneda extranjera", Depalma, p. 2.

¹² Véase ALTERNINI, Jorge Horacio, "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", La Ley 1987-E-873.

Por último, Alegria y Rivera¹³ analizan el supuesto de que el contrato se haya celebrado en época de libertad cambiaria y se deba ejecutar en época de control de cambios. En dicho caso si el acreedor de la moneda extranjera no acepta el cumplimiento por equivalente, el contrato se resolvería por imposibilidad de pago y el deudor estaría relevado de pagar daños e intereses.

Fue así ganando terreno la idea de que las obligaciones en moneda extranjera eran obligaciones de dar sumas de dinero aunque no se excluía la posibilidad de liberación en moneda de curso legal frente a situaciones de control de cambio que imposibilitaban el acceso al mercado de cambios.

5.- Prospectiva

No es dable desconocer que la verdadera intención del legislador con la sanción del art. 765 así redactado, no fue otra que restringir la utilización de la moneda extranjera y que se trata de una norma vinculada netamente a la política económica dictada por razones de interés general.

Sin dudas es una norma de coyuntura, pero inserta en un código de fondo.

Aun cuando el deudor de una suma en moneda extranjera renuncie al derecho de substitución y se obligue a pagar efectivamente en la moneda de la especie comprometida, ello puede devenir en una obligación de cumplimiento imposible.

El régimen cambiario actualmente en vigor prohíbe la adquisición de moneda extranjera en el mercado oficial de cambios salvo por sumas reducidas.

Por ende se evidencia que las modificaciones introducidas por el Ejecutivo importan una alteración sustancial del régimen aplicable a las obligaciones contraídas en moneda extranjera, a mi entender, cabal muestra de la existencia de un fenómeno elocuentemente descrito por Jean Carbonnier medio siglo atrás al advertir que cada vez más la obligación propende a convertirse en una “relación jurídica triangular” en la que intervienen el acreedor, el deudor y el Estado, este último dueño de la moneda (que emite), de los precios y de las fuerzas mayores. Desde otro lugar, no hay duda que constituye un reflejo del retraimiento del derecho privado que se viene profundizando en las últimas décadas y que, desde luego, altera progresivamente su estructura y hasta su identidad.

Por lo demás, estimo que la reforma produce o pretende producir -al menos- una limitación de la autonomía de la voluntad creadora que sigue siendo principio rector en la materia (art. 958), y, desde esta óptica, se impone un análisis que precise su alcance o entidad para, en definitiva, habilitar la formulación de un juicio crítico.

Finalmente, recuerdo a Joaquín Llambías que ya sostuviera una verdad insoslayable: la moneda extranjera no es dinero en nuestro país, la autoridad pública local le atribuye función de unidad de medida de valor de todos los bienes únicamente a la moneda que emite, en nuestro caso al peso (la única que tiene “curso legal”), y consecuentemente no hay duda que el Banco Central de la República Argentina no puede garantizar el circulante de una divisa extranjera.

¹³ ALEGRIA, Hector, y RIVERA Julio César, "La Ley de Convertibilidad", Abeledo Perrot, p. 149.

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que las sistemáticas crisis económicas que atraviesa nuestro país alteran el poder adquisitivo de nuestra moneda, fundamentalmente debido al impacto de los procesos inflacionarios fuerza a los particulares a introducir remedios niveladores para conferir estabilidad y fortaleza a sus contrataciones, una suerte de refugio o salvoconducto que precisamente encuentran en la contratación en moneda extranjera.

Pues bien, las normas en análisis según el texto del P.E.N. “desandan” de alguna manera el sistema vigente y vuelven al cauce anterior a 1991, ya que antes de la ley N° 23.928 el art. 617 de Vélez, lo que aparejaba la aplicación de la normativa aun prevista en los arts. 606/615 del CC.

No hay duda de que el Estado Nacional en el ejercicio de su poder soberano puede y debe arbitrar las medidas legales conducentes y que estime adecuadas respecto a la moneda extranjera y otras de similar naturaleza que componen el derecho privado económico, sea porque se procure que el tráfico de esta no desplace a la que es de curso legal en la República o bien por otras razones de la más variada índole.

6.- Conclusiones

Considero que la norma del artículo 765 del CCyC constituye una norma supletoria y, por lo tanto, podría ser dejada de lado por los particulares en uso de su autonomía de la voluntad.

Sin embargo no garantizo que ésta sea la interpretación que adopten nuestros tribunales, pero si entiendo sería la más justa.

Mientras subsista la imposibilidad de indexar, la única alternativa que tienen las partes para no quedar expuestas a una inflación endémica o a una devaluación importante es acudir al pago efectivo en moneda extranjera a través de cualquiera de los mecanismos alternativos reseñados.

En consecuencia:

De lege lata: Propicio una interpretación integradora y armónica de los arts. 765 y 766 del Código Civil y Comercial y por los sendos fundamentos esgrimidos en el contexto del Nuevo Código de fondo vigente, debe considerarse la sustitución prevista en favor del deudor una norma de carácter supletorio.

De lege ferenda: En el caso de discutirse una posible reforma al C.C y C, propicio la modificación del art. 765 el cual deberá redactarse de la siguiente manera:

"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 cosas *genéricas* y, *salvo pacto en contrario*, el deudor puede liberarse dando el equivalente, *al tiempo del pago*, en moneda de curso legal".