

***OBLIGACIONES DE DAR MONEDA EXTRANJERA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
– SU APLICACIÓN AL REGIMEN CONCURSAL
Héctor Guillermo VÉLEZ***

I. El nuevo artículo 765 CCYC. Su ubicación metodológica.

La ubicación metodológica del nuevo artículo 765 del código civil resulta relevante para poder entender cuál fue la clasificación que los miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación dieron a las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

En realidad, la previsión normativa que contempla la existencia de obligaciones consistentes en dar moneda que no sea de curso legal en el país, se encuentra como formando parte de una norma general dedicada a conceptualizar a las obligaciones de "dar dinero" contenida en el Libro tercero (Derechos Personales), Título 1 (Obligaciones en general), Capítulo 3 (Clases de obligaciones), Sección 1 (Obligaciones de dar), Parágrafo 6 (Obligaciones de dar dinero).

De acuerdo a su localización y a los argumentos expuestos en los fundamentos del Código por sus redactores, no deberían haber dudas acerca de que las obligaciones en moneda extranjera en el nuevo ordenamiento serían consideradas como obligaciones de dar sumas de dinero. No obstante, veremos que luego de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo al texto original, se ha producido una alteración sustancial en la norma que la descoloca de todo el sistema, y ocasiona una ruptura del método empleado, al definir las como obligaciones de dar "cantidades de cosas".

A su vez, para mayor agravamiento, la norma reenvía a una categoría reconocida en el Código de Vélez entre los Arts. 606 y 615 pero que ha desaparecido en nuevo régimen legal, por lo que se debería entender que ahora quedarían comprendidas dentro de las llamadas "obligaciones de género" que sí encuentran regulación en el Parágrafo 4 de la misma Sección.

La disposición que reglamenta el cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera se encuentra en la segunda parte del artículo 765 del Código Civil y Comercial, y expresa: "...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"

Esta norma que dispone ahora un sistema dual de cumplimiento obligacional, al posibilitar dar cantidades de cosas o su equivalente en moneda de curso legal, importa un cambio radical en el tratamiento de las obligaciones pactadas en monedas que no tengan curso legal en la República ya que a partir de la sanción de la Ley 23.928 denominada de Convertibilidad del Austral, rigió en el país un sistema de nominalismo rígido al modificarse los Arts. 617 y 619 del Código de Vélez.

El artículo 617 del Código Civil, en su actual redacción, establece: "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."

A su vez, el artículo 619 prescribe: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento". Hemos subrayado los aspectos centrales en ambos dispositivos a fin de poner de manifiesto dos cuestiones fundamentales: a) En la actual redacción del Código Civil las

obligaciones en moneda extranjera son consideradas como obligaciones de dar sumas de dinero, y b) Al tornarse exigible el cumplimiento de la prestación, el deudor únicamente se desobliga entregando la cantidad y especie designada en el contrato.

Del juego armónico de ambas normas se desprende que el legislador consideró como obligaciones dinerarias los compromisos patrimoniales expresados en divisa de otro país y reguló su cumplimiento mediante la entrega de la misma cantidad de la moneda extranjera convenida. Ello, a su vez, se vio reforzado con la prohibición de indexar dispuesta por los Arts. 7 y 10 de la mentada Ley de Convertibilidad.

El cambio legislativo que comenzó a regir a partir del primero de Abril de 1991 puso fin a profundas disquisiciones doctrinarias motivadas en las previsiones originarias contenidas en el Código Civil y clarificó el panorama de los actos jurídicos en los que se estipulaba el cumplimiento de prestaciones en moneda extranjera. En la redacción de Vélez Sarsfield se consideraba a las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en el país como de "dar cantidades de cosas" y el deudor se desobligaba entregando el equivalente en moneda nacional.

El sistema adoptado sorteó sin dificultades la crisis del año 2002 y se mantuvo inalterado pese a las modificaciones sustanciales introducidas por la ley 25.561 al Régimen de Convertibilidad, ratificándose el cumplimiento de obligaciones dinerarias en moneda extranjera con claro apego al principio nominalista del dinero y en marcado distanciamiento de las teorías valoristas aplicables a esta clase de obligaciones.

Pero como señalamos al comienzo, la nueva norma incluida en el artículo 765 del CCYC se aleja de esos ejes rectores en materia de obligaciones dinerarias y produce dos sensibles modificaciones al sistema vigente: i) Considera a las obligaciones en moneda extranjera como obligaciones de dar cantidades de cosas, y ii) establece que el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

A su vez, el artículo 766 de la nueva legislación obliga al deudor a entregar la cantidad adeudada en la especie designada.

La contradicción entre ambas normas resulta evidente ya que mientras la norma del 765 prevé la valorización de la prestación enunciada en moneda extranjera según su "equivalente" en moneda de curso legal, inmediatamente el siguiente precepto establece la obligación del deudor de entregar la misma cantidad y especie comprometida.

Por su parte el artículo 772 del nuevo Código dispone: "Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección."

Adelantamos que es el reconocimiento legal de la deuda de valor, lo que creemos autorizará a que obligaciones estipuladas en moneda extranjera puedan constituir una opción válida y legal para prever en los contratos una mecánica paliativa de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda local, debiendo las partes cumplir con lo comprometido mediante la entrega de la especie designada (Art. 766) o bien su equivalente en dinero (Art. 765) calculado al valor real de la divisa a la fecha de cumplimiento de la obligación (Art. 772).

Como se puede advertir, la articulación de estas tres normas en forma coherente con todo el ordenamiento y atendiendo a la realidad económica subyacente, posibilitará que esta clase de

obligaciones no se vean alcanzadas por la prohibición de indexar mantenida por los Arts. 7 y 10 de la ley 23.928 que mantienen vigentes tanto la ley 25.561 como el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

II. Las modificaciones introducidas al Anteproyecto. La necesaria referencia al sistema del Código Civil y a la Ley de Convertibilidad.

La contradicción entre los artículos 765 y 766 señalada en el acápite precedente tiene su génesis en las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto presentado por la Comisión Redactora que cambió la médula del tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera, mutándolas de obligaciones de dar sumas de dinero a obligaciones de dar cantidades de cosas.

En efecto, el texto originariamente redactado rezaba: Artículo 765 "...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 sumas de dinero.

A su vez, el artículo 766 establecía: "Obligaciones del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la moneda designada, tanto si la moneda tiene curso legal, como si no lo tiene."

Los cambios introducidos modificaron sustancialmente el tratamiento de esta clase de obligaciones generando un escenario de incertidumbre e inseguridad que obligará a desempolvar viejos artículos de doctrina y antigua jurisprudencia desde hace varios lustros olvidada.

Como se puede advertir, se ha producido una regresión al sistema de Vélez Sarsfield, quién no había imaginado el devastador fenómeno de la inflación monetaria -al menos en la magnitud en que se presentó-, generándose la necesidad en la comunidad jurídica de brindar soluciones justas que, en armonía con la normativa vigente, dieran cobertura adecuada a las situaciones nacidas bajo su efecto.

Fue precisamente mientras regía el sistema originario del Código Civil previo a la sanción de la Ley 23.928, cuando con mayor necesidad los autores y la jurisprudencia se vieron obligados a echar mano a los principios fundamentales del derecho y a garantías de rango constitucional para compensar las inequidades de un sistema legal que imponía al acreedor la percepción del monto de la obligación dineraria sin ajustes ni aditamentos de ninguna naturaleza. El Código de Vélez no permitía la aplicación de equivalentes de valor en las obligaciones dinerarias y la doctrina más ortodoxa fulminaba las cláusulas de actualización por considerar que operaban como disparadores de la inflación al reconocerse a esta por anticipado¹.

Estas posiciones motivaron expresiones de destacada doctrina² y de señera jurisprudencia³ que con sensatez advertían sobre la legitimidad de pactar operaciones en moneda extranjera desde que la misma no era usada como medio para provocar el deterioro de la moneda legal, que constituiría una causa final ilícita, sino como preservación de las nocivas derivaciones de una diferencia pecuniaria ajena a las partes. No hay nada ilícito en ello, se enfatizaba, la inflación no

1 BORDA, Guillermo "Tratado de derecho civil. Obligaciones" Ed. Perrot, Bs. As. 1983, Tomo I, Pág. 389 y sgtes.

2 CAMARA, Héctor "El concurso preventivo y la quiebra" Ed. Depalma Bs. As. 1982 Vol I, pag. 528 y Sgtes.

3 Ver voto del Dr. Llambias en autos " Trillia de Bell, Adelina E. c. Kogan Mauricio y otros -CNCiv. Sala A, Junio -5-1963 E.D. T 4, Pág 941

depende de los contratantes, sino que se les impone a ellos con sus graves consecuencias. De ahí que sea legítimo el empleo de una cláusula tendiente a asegurar la equivalencia de las prestaciones.

Estaba claro que la realidad había superado las previsiones del legislador, por lo que la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a aceptar una flexibilización gradual de este principio que fue ganando terreno en materia de obligaciones dinerarias.

Se predicaba también que las divisas extranjeras podían ser incluidas en los contratos de derecho interno considerándolas como "cosas", es decir como mercancías objeto del contrato o como precio de los bienes o servicios intercambiados, equiparando su función a la del dinero ya que los fines perseguidos por los contratantes no era la efectivización del precio de la prestación en esa moneda extranjera, sino que, en realidad, se trataba de cláusulas de estabilización⁴. A su vez, se sostuvo que cuando se insertaren como "precio" podía nacer una subespecie y ser consideradas estrictamente como "dinero". Otro sector de la doctrina, alejándose de la previsión contemplada en la versión originaria del Código Civil aceptaba una tercera categoría que entendía a la moneda extranjera como "dinero esencial del contrato"⁵ y requería del cumplimiento in natura para la materialización del pago.

En contraposición con estos, existieron quienes hacían una interpretación literal de la norma llegando a sostener que las obligaciones pactadas en moneda extranjera en un contrato de intercambio de bienes y servicios importaba una permuta al resultar imposible equiparar a la divisa foránea con el dinero⁶.

Más allá de las enriquecedoras discusiones habidas en la doctrina de esa época, a poco de andar quedó claro que la realidad económica imponía una solución distinta. La constatación de esta necesidad, compartida también por los precedentes jurisprudenciales, llevo a afirmar que el vendedor que pacta el pago en moneda extranjera jamás esperaría ser tratado como un acreedor de mercaderías ya que sería gravemente perturbador de las regulaciones típicas que los contratos más heterogéneos desde una compraventa, una transferencia de tecnología hasta un leasing, quedarán todos sujetos al régimen de la permuta o al de los contratos atípicos solo porque el precio del contrato se pactara en moneda extranjera⁷.

Esa línea argumental recibió importantes aportes de distintos sectores de la doctrina generando agudas reflexiones. Que la moneda extranjera sea dinero, aunque no tenga curso legal en el país, explica que el precio de una compraventa pueda fijarse en dólares, dándose así cumplimiento a la exigencia de contraprestación dineraria que impone el artículo 1323 del Cód. Civil⁸ postulándose, en definitiva, que el régimen jurídico aplicable a estas obligaciones era el de las dinerarias.

De esta forma, a pesar de que el Código Civil encuadraba a los compromisos en moneda extranjera como de "dar cantidades de cosas", era de práctica frecuente el apartamiento de esta clasificación legal y la utilización de la divisa extranjera -preferentemente el dólar norteamericano-

4 CASIELLO, Juan José en BUERES Alberto y HIGHTON Elena I. CODIGO CIVIL Y NOMRAS COMPLEMENTARIAS ANALISIS DOCTINARIO Y JURISPRUDENCIAL. ED. HAMMURABI BS.AS. 2006, T2A, Pag. 431

5 PAOLANTONIO, Martín "Obligaciones en moneda extranjera y las restricciones cambiarias en la contratación privada" DCCy E Sección Doctrina - Octubre de 2014

6 Véase LLAMBIAS Jorge Tratado de Derecho Civil - Obligaciones. Ed. Perrot, Bs As. 1975 Tomo IIA Pags. 183 y sgtes.

7 BOGGIANO, Antonio "Obligaciones en moneda extranjera" Ed. Depalma Bs. As. 1987 pag. 6

8 ALTERINI, Jorge "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca" LA LEY - 1987-E Pág. 873 y Sgtes.

para cuantificar el monto de prestaciones de ejecución diferida o continuada pactadas en los contratos.

Por eso se ha dicho que la modificación sustancial que impondría la Ley 23.928 no fue una consecuencia de la convertibilidad monetaria, sino que puede considerarse como la elevación a norma positiva de un criterio que venía cobrando cada vez más impulso en la doctrina y la jurisprudencia⁹.

No caben dudas que en esta directriz se alinearon los miembros de la Comisión que proyectaron la norma conforme a esos principios y que en armonía con el método escogido y el sistema obligacional desplegado, enmarcaron a los compromisos en moneda que no sea de curso legal en la República, como de dar sumas de dinero.

Para despejar toda duda acerca de lo afirmado, basta con recurrir a los fundamentos del nuevo Código en los que se puede encontrar la siguiente referencia: "... Obligaciones de dar dinero. Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista reafirmado por la ley 23.928, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("López c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A."), de "un proceso de estabilización de la economía". En este caso, es necesaria una definición de carácter normativo que establezca con claridad y precisión el alcance de la obligación. Por eso se dice que 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 hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Se dispone que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene...".

Como se habrá notado, la norma finalmente sancionada se aparta de la proyectada y, con desacertada factura técnica, clasifica a las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en la República como obligaciones de dar cantidades de cosas, pareciendo olvidar que en el nuevo Código Civil y Comercial esta categoría ha desaparecido dejándose como recipiente general a las obligaciones de género. Tal desprolijidad se agrava con las diferentes soluciones dadas para los contratos de depósito y préstamo bancario¹⁰ y de mutuo¹¹ y más aún cuando agrega: "...El deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal..".

La realidad económica ha impuesto que en nuestro país se piense, hable, calcule y pacte en moneda fuerte (dólar); y como consecuencia de ello, se prevean en los contratos de ejecución continuada o diferida, cláusulas de pago en moneda extranjera como factor de estabilización de las prestaciones dinerarias futuras. Esta realidad no habrá de cambiar por la sola existencia de la

9 PAOLANTONIO, Martín E. "Obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de código civil" En Lecciones y Ensayos N° 90 Año 2012, consultado por internet en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/

10 El Art. 1390 establece: "Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto- El Art. 1408 prescribe: "Préstamo bancario. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme a lo pactado.

11 El Art. 1525 reza: Concepto. Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determina cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

norma, por lo que es probable que se generen graves dificultades a la hora de la interpretación de los contratos y de la exigibilidad del pago cuando se pretenda cobrar en moneda que no sea de curso legal en la Argentina.

Vemos que se ha perdido una valiosa oportunidad por dejar definitivamente suplida esta deficiencia de la obra de Vélez Sarsfield que había sido enmendada por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de su vigencia para preservar a los contratantes de los procesos inflacionarios e hiperinflacionarios que se desencadenaron a partir de la década del 70. Si ya en 1871 el Código Civil preveía la existencia de obligaciones consistentes en dar moneda que no fuera de curso legal en el país, con mucha mayor razón el nuevo ordenamiento jurídico unificador del derecho privado nacional debía contemplar esta clase de obligaciones brindando una regulación jurídica moderna y acorde a los usos y costumbres del derecho monetario patrio, que garantice la seguridad jurídica y la celeridad del tráfico obligacional en tan sensible materia. Así lo entendieron los notables juristas a cargo de su redacción y así fue expuesto en los fundamentos del Código, pese a lo cual se legisló en sentido opuesto a lo aconsejado.

Como se señaló, en un país signado por las nocivas secuelas de la inflación, la incorporación de cláusulas de pago en moneda extranjera pasó a constituir una modalidad contractual corriente a la que los operadores acuden, en general, como mecanismos de ajuste de las prestaciones dinerarias objeto de los contratos.

Por esa razón, las obligaciones pactadas en moneda extranjera, es decir aquellas que no sean de curso legal en el país, muy frecuentemente excederán las operaciones propias del comercio internacional -ámbito natural de su aplicación-, para constituir un método paliativo al envilecimiento del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia directa de la inflación. En estos casos, la estipulación de pagos en una moneda fuerte no tendrá otra finalidad que otorgar a las partes de una relación jurídica un remedio casero y a veces insuficiente para combatir los efectos de esa grave patología de la economía que, en general, produce indeseables situaciones de desequilibrio económico con la consecuente afectación de los intereses de alguna de las partes de la relación jurídica.

Por eso pensamos que la solución puede encontrarse en el artículo 772 CCYC al prever que para la cuantificación de las deudas de valor el monto de las mismas deba referirse al valor real que corresponda tomar a la fecha de su evaluación, pudiendo ser expresada en moneda sin curso legal habitualmente utilizada en el tráfico.

Insistimos con la idea que solo mediante la interpretación de que se trata de deudas de valor las obligaciones pactadas en moneda que no sea de curso legal en el país, se podrán estipular prestaciones en esas especies como una opción válida y legal que permita a las partes intervinientes en el acto jurídico que les de origen resguardarse de algún modo de la pérdida de valor de la moneda local, toda vez que deberá el deudor cumplir con lo comprometido mediante la entrega de la especie designada (Art. 766), o bien su equivalente en dinero (Art. 765), pero en este caso la conversión deberá ser realizada a la fecha de cumplimiento de la obligación (Art. 772).

Si esta interpretación no fuera válida, nos veríamos paralizados frente a un retroceso reprochable que prontamente la doctrina y la jurisprudencia, y acaso una ley especial, se deberían encargar de corregir.

III. Posibles interpretaciones del nuevo sistema legal.

De acuerdo a lo que venimos manifestando, otra vez más el desafío consistirá en resolver cómo compatibilizar la realidad económica y las necesidades del mercado con los nuevos dispositivos legales.

Aunque la respuesta a estos interrogantes no constituye tarea menor, creemos que el bosque ha sido despejado con anterioridad a la sanción de la Ley 23.928 por los autores que se dedicaron a su estudio y por los fallos que marcaron un rumbo sin retorno hasta su materialización en la normativa vigente desde 1991 que vuelve ahora a verse modificada.

Compartimos la opinión que se cuenta con toda esa ardua evolución doctrinaria y jurisprudencial plasmada a lo largo de casi cincuenta años de nuestra historia reciente, lo que constituye un bagaje de importantísimos conocimientos definitivamente incorporados a nuestro saber jurídico, a los que, a no dudar, habrían de recurrir otra vez nuestros tribunales judiciales, si nuevamente fuese necesario¹².

III.1.- Pautas de interpretación.

Frente al confuso panorama que presenta el nuevo régimen legal con relación a prestaciones consistentes en la entrega de una divisa extranjera, en la búsqueda de pautas claras de interpretación de esta normativa y sin pretender descender a las profundidades de tan basta como compleja problemática, creemos que es una buena oportunidad para ensayar algunos posibles predicados a la luz de la nueva reglamentación legal.

Con la intención anunciada se puede sostener que:

III.1.a.- No existe prohibición para la contratación en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta posibilidad estuvo siempre disponible y no creemos que existan prohibiciones legales que invaliden la contratación en moneda extranjera. A su vez, el amplio marco de la autonomía de la voluntad de las partes, que entre particulares no se contraponen con fines superiores de orden público, permite la contratación fijando el precio de bienes o servicios en divisa de otro país, aunque no desconocemos las dificultades que pueden presentarse al momento de exigirse el cumplimiento mediante la ejecución forzada de bienes del deudor.

No obstante lo afirmado, el tema quedará íntimamente vinculado con el "valor de cambio" cuando por razones de política de Estado se hayan dispuesto restricciones a la libre adquisición de la moneda comprometida. Mucho mayor será la dificultad si frente a esa imposibilidad jurídica ajena a la voluntad de las partes, existiesen dos o más cotizaciones de la divisa extranjera.

No coincidimos con una posición que sostiene que la moneda de otro país no puede ser precio de los contratos a título oneroso en los que se exige que el precio sea expresado en dinero¹³. Para este autor los contratos de compraventa, suministro, locación de cosas y servicios, leasing, transporte, mandato, depósito, renta vitalicia, solo podrían pactarse en dinero legal.

Creemos que se ha dictado un Código de la realidad que confiere a los jueces amplísimas facultades para la adaptación de la norma al caso concreto. Se sostiene en el Título Preliminar que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, pero también y fundamentalmente

12 TRIGO REPRESAS, Félix "Deudas de dinero y deudas de valor. Significado actual de la distinción". En REV de Derecho Privado y Comunitario Tomo 2001-2 Ed. Rubinzal Culzoni, Pág. 43

13 ZURUETA, Mariano Ramiro "Las obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012" publicado en DJA 19/06/2013, 95

sus finalidades de modo coherente con todo el ordenamiento.

Es precisamente esta coherencia, que se erige como un principio orientador del exégeta, la que obliga a una hermenéutica global y acorde a todo el sistema y, como se expresa en el artículo 1 a los usos, las prácticas y costumbres. Entendemos que la existencia tan arraigada entre nosotros de esas prácticas y de esos usos que hemos descripto en las páginas precedentes, lo que nos autoriza a pensar que probablemente los tribunales dejen de lado el nominalismo monetario estricto y acepten pactos de entrega de divisa extranjera, como forma de precio de los contratos, considerándolas obligaciones de valor con arreglo a los principios de la autonomía de la voluntad de las partes, la buena fe, la equidad, el equilibrio y la integridad del cumplimiento de las prestaciones.

III.1.b.- No es necesario que la moneda extranjera pactada sea "moneda esencial" del contrato.

Toda la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia anteriores a la Ley de Convertibilidad abonaban la posibilidad de que cuando el precio estuviera pactado en dinero foráneo la contratación era válida, descartando los argumentos fundados en que la moneda extranjera no podía ser considerada como integrativa del "precio" en los contratos.

Por eso se sostiene que a partir de la regulación de las obligaciones de valor que consagra el artículo 772 CCYC podrán pactarse deudas en moneda sin curso legal en el país, para luego ser convertidas a su valor real al momento del pago.

Se ha dicho que la obligación de dar dinero consiste en un quantum, una cantidad determinada que mediante su entrega se extingue. En cambio las obligaciones de valor encierran en su concepto la noción del quid, es decir no será ya la cantidad debida, sino un valor comparativo y equivalente de suerte que las obligaciones de valor se vean cumplidas mediante la entrega de la cantidad de dinero que la prestación represente al día de su vencimiento, sea cual fuere la fluctuación que haya tenido la moneda legal durante el tiempo pactado para el pago¹⁴.

Esta posición ya era invocada para desembarazarse de los alcances del artículo 7 de la ley 23.928 que prohíbe la repotenciación de deudas en "pesos", autorizando al deudor a desobligarse entregando la cantidad de dinero comprometida. Prestigiosa doctrina sostenía que todos los demás créditos que no se hallen expresados en una cierta y determinada cantidad de moneda local, quedan excluidos de tal preceptiva; siendo por tal razón que a los fines de su ulterior pago podrán ser liquidados respetándose o conservándose a su respecto la misma aptitud patrimonial que tuvieron ab origine, aunque ello se traduzca en una cantidad numéricamente mayor que la adeudada al tiempo del nacimiento de la obligación, siempre que en definitiva ambas sumas tuvieren idéntico poder adquisitivo¹⁵.

III.1.c.- Los contratos de depósito y préstamo bancario quedan afuera de la previsión genérica del artículo 765 CCYC.

Algunos autores¹⁶ opinan que la especialidad del contrato bancario lo sustraería del ámbito de aplicación de la norma general por tratarse de obligaciones que el legislador ha mandado a devolver en la moneda de la misma especie, aunque creemos que tal argumento no sería aplicable

14 Cfrme. ALEGRIA y RIVERA en "La ley de convertibilidad" Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1991 pág. 50 y Sgtes.

15 TRIGO REPRESAS, Félix A. "Deudas de dinero y deudas de valor significado actual de la Distinción..." Op. Cit. Pág. 43

16 MARQUEZ, José Fernando "Las obligaciones de dar sumas de dinero en el código civil y comercial" LA LEY on line AR/DOC/684/2015

al contrato de mutuo, por lo que podría pensarse en una posible colisión normativa entre la previsión general del Art 765 y la especial del artículo 1525 para este último tipo de contratos. Veremos que tal conflicto legal se vería zanjado si se considera a las obligaciones en moneda extranjera, objeto de los contratos de mutuo, como obligaciones de valor comprendidas por el artículo 772 CCYC.

La interpretación de que los compromisos bancarios deberán ser cumplidos en la moneda acordada fue anunciada por la propia Presidenta de la Nación¹⁷ en el acto de promulgación del nuevo Código Civil y Comercial al referirse expresamente a los Arts. 1390 y 1408 que regulan a los contratos de depósito y préstamo bancario, respectivamente.

III.1.d.- El contrato de mutuo en divisa externa puede ser exigido en esa especie de moneda.

El cumplimiento de la obligación emergente de un contrato de mutuo, aunque consista en la entrega de cosas, requiere para su extinción total el pago y este, como tal, debe observar los caracteres de integridad, identidad e indivisibilidad para su eficacia cancelatoria.

Por ello, sin perjuicio de lo normado en forma genérica por el artículo 765 para las obligaciones en las que se pacte una prestación de dar, nada impide pensar que en materia préstamo de moneda extranjera entre particulares, el acreedor pueda exigir el cumplimiento en especie a fin de que se observen los requisitos del pago, si se considera a la obligación en moneda extranjera contraída en estas relaciones jurídicas como obligaciones de valor en los términos del artículo 772 CCYC.

Se ha dicho con agudeza que aplicar el principio nominalista cuando se está contratando sobre un valor es un contrasentido; el nominalismo sólo es aplicable a lo que tiene un valor nominal: la moneda. Porque una deuda de valor es siempre una deuda de valor y no se cristaliza sino para el pago¹⁸.

A su vez, sostenemos que las deudas pactadas en moneda extranjera al haber sido clasificadas ahora por el artículo 765 CCYC como de dar cantidades de cosas, es decir excluidas de su categoría de dinerarias, quedan atrapadas por el concepto de deudas de valor. Seguimos en este razonamiento las enseñanzas de LLambías en cuanto a que son deudas de valor “todas las que tienen un objeto distinto del dinero”¹⁹.

III.1.e.- Es posible la estipulación de una cláusula de pago mediante la entrega de bonos o acciones que coticen en moneda extranjera.

Podría darse el caso que, ante restricciones cambiarias que impidan la cancelación de la prestación debida por el deudor de moneda extranjera (generalmente divisa norteamericana), las partes prevean que la misma se haga efectiva mediante la entrega de bonos externos, acciones o papeles de deuda en mercados extranjeros o internos que permitan su liquidación en dólares billetes y posibilite el pago en esa moneda al acreedor. En estos casos, las partes deberían dejar claramente convenido que se trata de una opción subsidiaria convenida para asegurar el cumplimiento efectivo en moneda extranjera, aun cuando tal mecánica importe un incremento en la adquisición de la moneda comprometida que podría aumentar sensiblemente el monto de la

17 INFOBAE del 10/07/2014 puede consultarse en <http://www.infobae.com/2014/10/071599997-la-presidenta-aseguró-que-el-nuevo-código-legitima-contratos-en-moneda-extranjera>.

18 ALTERINI, Atilio A. “Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral” LA LEY 1991-B, Pág.1053

19 LLAMBIAS, Jorge J. “¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?” ED. 63-871

prestación originaria. Si esto se estipulara expresamente en el contrato, se descartaría la aplicación de la teoría de la imprevisión reglada por el artículo 1091 del nuevo estatuto civil y comercial y la parte que se obligó debería cancelar su obligación en la forma convenida, aunque se configure una onerosidad sobreviniente. Ello, porque si las partes expresaron su intención en tal sentido dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y de los principios de información, integridad y buena fe, no sería lícito invocar luego dificultades administrativas o mayores costos para tratar de sortear la estipulación contractual asumida con pleno discernimiento y libertad, en un país en el que situaciones como las descriptas no constituyen casos excepcionales y extraordinarios o ajenos al riesgo propio a los que nos tiene acostumbrado nuestra frágil economía nacional.

No obstante ello, dejamos a salvo que si como consecuencia de una medida extrema del Estado se produjere una devaluación tan significativa del peso nacional que tornara excesivamente onerosa la obligación pactada por las partes, estas podrían pedir, o bien la resolución total o parcial del contrato, o bien su adecuación conforme a lo prescripto por la citada norma legal (Art. 1091 CCYC)

III.1.f.- La cláusula de pago efectivo en moneda extranjera en los títulos cambiarios.

Podría sostenerse que lo prescripto por el artículo 765 CCYC deroga la previsión contenida en el artículo 44 de Dcto. Ley 5965/63 que autoriza la incorporación de una cláusula de mención facultativa de pago efectivo en moneda extranjera, pero creemos que tal afirmación sería desacertada.

En efecto, ya durante la vigencia de principios nominalistas imperantes en el Código Civil se había aceptado la posibilidad de que una letra de cambio o un pagaré con cláusula de pago efectivo en otra divisa podía ser exigida en la especie consignada por tratarse de una manifestación cambiaria de tipo especial que la ley expresamente había contemplado.

Si eso fue posible mientras regía la obra de Vélez, con mayor razón ahora que el novísimo cuerpo legal vuelve en esta materia al principio sentado por el codificador cordobés pero con el apalancamiento que importa el reconocimiento de las obligaciones de valor en forma expresa como lo hace el artículo 772.

No advertimos conflicto normativo alguno que impida la exigencia de cumplimiento en moneda extranjera de una cambial redactada conforme a la tercera parte del artículo 44 del régimen cartular, como no sean los ya expuestas dificultades para obtener su cobro por vía judicial mediante la subasta de bienes del deudor, conforme lo veremos seguidamente.

IV. El problema del efectivo pago.

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora, bien podríamos imaginar sentencias que condenen a un deudor de moneda extranjera al pago de lo comprometido en la especie designada (Arts. 766 y 772 CCYC). En tales supuestos el problema de más difícil solución será encontrar la mecánica de cobro en divisa extranjera luego de la ejecución forzada por vía de subasta pública de bienes del deudor.

En estos casos, salvo que el acreedor hubiere obtenido medidas cautelares sobre títulos de deuda en moneda extranjera de propiedad de su deudor, cuentas bancarias en dólares si estas estuvieren permitidas o depósitos de moneda extranjera en poder de particulares, en los demás

supuestos el remate se realizaría en pesos ya que en la actualidad no existe la posibilidad de depositar dólares en la cuenta judicial²⁰.

Se debería recurrir entonces a la aplicación de los principios valoristas ya que el juez se vería obligado a convertir el monto obtenido en la subasta al valor de la moneda extranjera que el mismo condenó a pagar y esto sólo podría hacerse el día de su cancelación, es decir, debería calcularlo a la fecha del mandamiento de pago correspondiente. Sólo de esta forma, con la cantidad de pesos que le libre el tribunal, el acreedor podría adquirir la moneda foránea objeto de la prestación.

El problema adquiere relevancia frente a la existencia de restricciones cambiarias que impidan a los particulares la adquisición de cualquier tipo de divisa en el mercado local. Pero mayor interés despierta el tema cuando se advierte que, amén de las restricciones aludidas, podrían existir varios tipos de cotización de la moneda extranjera ya que en estos casos el conflicto radicaría en el tipo de cambio a tomar para realizar la transformación.

Ahora bien, en situaciones como la descrita en las que, frente a expresas prohibiciones para la adquisición de divisa extranjera y ante la existencia de un mercado único regulado de cambios, no quedaría ninguna otra alternativa que practicar la conversión monetaria al tipo de cambio oficial que informe el Banco Central de la República Argentina, aún con pérdidas para acreedor o deudor cuando el valor oficial difiriera en más o en menos con la cotización libre de mercado, incluso si esta estuviera prohibida por la ley.

Sería este el camino más aproximado a la solución que se propugna, aunque la existencia de un tipo de cambio legal y oficial que difiera del paralelo o real impediría al juez tomar a este último como valor de referencia, debiendo recurrir al tipo de cambio fijado por el Estado con las consabidas distorsiones que frecuentemente producen los controles oficiales respecto del real valor de la divisa y el consecuente riesgo de lesionar el interés de alguna de las partes y con ello alejarse de la búsqueda de la equidad y de la justicia conmutativa que debe imperar en el equilibrio de las relaciones jurídicas de esta naturaleza.

V. Las deudas en moneda extranjera frente al concurso y quiebra del deudor.

Revisada la regulación dispuesta en el Código Civil y Comercial respecto a las prestaciones acordadas en moneda que no sean de curso legal en la República Argentina, corresponde analizar ahora su aplicación en los concursos preventivos y las quiebras.

Es por todos conocido que el proceso concursal en cualquiera de sus especies -preventivo o falencial-, cristaliza la masa pasiva del patrimonio del deudor obligando a todos los acreedores por causa o título anterior a insinuar sus acreencias mediante el singular trámite de verificación de créditos estatuido por la ley, dentro de las que quedan naturalmente incluidas las obligaciones en moneda extranjera.

La Ley Concursal 24.522 establece como deben hacerse valer estas pretensiones crediticias regulando una mecánica para los concursos preventivos y otra diferente para las quiebras.

En el segundo párrafo del artículo 19 se prescribe que: "Las deudas en moneda extranjera se

20 Cfrme. FAVIER DUBOIS (h) Eduardo(Obligaciones en moneda extranjera: Cepo y diferencias cambiarias - LA LEY2014-C, 471)

calculan en curso legal, a la fecha de la presentación del informe del síndico previsto por el art. 35, al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías."

Antes de ingresar al tratamiento del tema, resulta oportuno señalar que la Ley 24.522 ha reproducido las previsiones que la Ley 19.551 mantenía respecto a esta clase de obligaciones. Lo curioso es que habiéndose dictado la Ley Concursal que hoy nos rige en el año 1995, en plena vigencia de la Ley de Convertibilidad que había clasificado a las obligaciones pactadas en moneda que no sean de curso legal como obligaciones dinerarias, se haya mantenido su regulación bajo el rótulo de "deudas no dinerarias".

Empero, sin perjuicio de la particularidad señalada, que acaso habrá obedecido a un involuntario descuido del legislador concursal, la Ley 24.522 se presenta ahora perfectamente alineada con las previsiones del nuevo Código Civil y Comercial que clasifica a estas obligaciones como de género y no como compromisos dinerarios.

En realidad el artículo 765 CCYC define que la obligación debe "considerarse como de dar cantidades de cosas..." A su vez, la doctrina concursalista²¹ al tratar las deudas no dinerarias que corresponda hacer valer en los concursos, manifiesta que son aquellas cuya prestación consista en un hacer o una omisión, o en dar cosas ciertas o inciertas que no sean dinero.

Ello permitiría pensar que, en un juego armónico de ambas disposiciones y atendiendo a lo expresado por los autores, para la legislación concursal las deudas en moneda extranjera no son deudas dinerarias y deben ser incluidas como obligaciones de dar cantidades de cosas ciertas o inciertas que no sean dinero. Esta clasificación haría plenamente compatible el nuevo Código con el régimen concursal en vigor, al no existir colisión normativa ni conceptual en el tratamiento que ambos ordenamientos le han asignado a las obligaciones de entregar moneda que no sea de curso legal en la Nación.

Es decir que, en consonancia con el sistema adoptado por el nuevo régimen legal privado argentino, la Ley Concursal manda a convertir a moneda de curso legal todas las deudas en moneda extranjera, fijando como fecha para su cuantificación la de la presentación del informe individual del síndico que, según términos de esa propia ley, debe hacerse como máximo treinta días hábiles posteriores a la fecha fijada por el juez para la presentación de los pedidos de verificación de créditos al síndico.

Se advertirá que, de acuerdo a esta disposición concursal, no resulta relevante, a los fines de la conversión de la deuda, ni el momento del vencimiento de la obligación ni el momento de su efectivo pago sino la fecha de presentación del informe individual del síndico tal como lo dispone el referido texto legal.

Esta aparente ausencia de razonabilidad temporal del cálculo de valor tiene su fundamento en la propia mecánica establecida por la Ley Concursal para la determinación del cómputo de las conformidades a la propuesta del deudor, que deberá observar tanto una proporción del pasivo verificado y declarado admisible como un porcentaje de la cantidad de acreedores aceptados, en un juego de doble mayoría que corresponde evaluar al juez para dictar la homologación del acuerdo preventivo.

Es el mismo estatuto concursal el que establece que dicha conversión a moneda de curso legal será "...al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías..." (Art. 19) adoptando un criterio

21 HEREDIA, Pablo Tratado exegético de derecho concursal, Ed. Abaco, Bs As 1998, Tomo 1 pág 505

distinto al régimen de la quiebra en la que esta clase de acreedores concurren por un valor en moneda de curso legal calculado con carácter definitivo²² a la fecha de la declaración de la falencia o del vencimiento de la obligación, si fuere anterior, a opción del acreedor conforme lo prescribe el artículo 127 de ese cuerpo legal.

Esto lleva a afirmar que en el concurso preventivo la conversión es meramente provisoria y se realiza a los fines del cálculo del pasivo y de las mayorías que habrá que tenerse en cuenta para la determinación de la existencia del acuerdo concursal. En cambio en la quiebra, la transformación monetaria se producirá a la fecha de la resolución que la declare o del vencimiento del plazo obligacional si este fuere anterior y así lo pretendiese el acreedor.

Establecido entonces el procedimiento regulado por la ley para el tratamiento de deuda en moneda externa frente a un concurso preventivo o una quiebra, una cuestión de decisiva importancia en esta materia es la determinación del valor de cobro, ya que el problema de mayor interés que presentan esta clase de acreencias no es su conversión transitoria para la determinación de las mayorías ni del cómputo del pasivo, sino su cuantificación al momento del efectivo pago²³.

Bajo esta óptica, se presentaron dos escenarios diferentes conforme a que la plataforma fáctica hubiese tenido lugar con anterioridad o luego de que comenzara a regir la Ley 23.928, toda vez que antes de entrar en vigor la convertibilidad existía amplio consenso de que las deudas expresadas en moneda extranjera podían ser convertidas (por segunda vez) al momento del pago de la cuota concordataria o de la efectivización del dividendo falencial, en su caso, respetándose en los procedimientos preventivos las quitas y esperas que hubiera contenido la propuesta aprobada por los acreedores²⁴.

Otro sector de la doctrina sostenía que en los concursos sólo podían percibirse en moneda extranjera aquellos créditos emergentes de obligaciones que auténtica y realmente hubiesen sido constituidas en moneda extranjera²⁵. Se precisaba que eran los créditos en los que la causa fuente de la obligación reconocía una relación económico-jurídica que justificaba el empleo de moneda externa como contraprestación. Como pedagógico ejemplo se aludía a créditos financieros de fuente externa, o con fuente en depósito de divisas, la importación de mercaderías u otros bienes o contratos internacionales en general²⁶, pero esas posiciones fueron todas mantenidas mientras se encontraba vigente la mentada Ley de Convertibilidad.

Es innegable que el tema dejó de atraer la atención de la doctrina durante la vigencia de la convertibilidad, ya que, existiendo paridad cambiara equivalente entre el peso y el dólar durante más de diez años, la cuestión de la conversión o su fecha dejó de ser un tema de interés. Resultaban estériles los esfuerzos intelectuales destinados a elucidar si era más justo y conveniente que la transformación en moneda de curso legal de las acreencias instrumentadas en divisas foráneas se produjera a la fecha de la presentación del informe individual del síndico, al momento del pago de la cuota concordataria o de la liquidación del dividendo falencial que le correspondiere percibir a esta clase de acreedores.

22 RIVERA-ROITMAN-VITOLLO "Ley de Concursos y Quiebras" Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2000, Tomo I, Pág. 166

23 CAMARA, Op. Cit. Pág. 530

24 Una reseña completa de la jurisprudencia de ese momento puede verse en HEREDIA, Pablo Op. Cit. Pág. 506, nota 93

25 HEREDIA, Pablo. Op. Cit. Pág 508

26 ALEGRIA-RIVERA "La Ley de convertibilidad", op. Cit. Pág. 200

Pero con anterioridad a la vigencia de la Ley de Convertibilidad, mientras por una parte el Código Civil clasificaba a esta clase de deuda como obligaciones de dar cantidades de cosas y por otra parte la Ley de Concursos las mandaba a cuantificar en moneda de curso legal, la fecha de esa cuantificación resultaba de máxima relevancia por el diferente valor que podía adquirir la moneda extranjera pactada, según fuera practicada en las diferentes etapas procesales enunciadas.

Estas dificultades llevaron a que algún sector de la doctrina entendiese que, a los efectos de garantizar adecuadamente la aplicación del principio de la *pars conditio creditorum*, las deudas en moneda extranjera debían convertirse a moneda de curso legal a la fecha de la presentación en concurso, a todos los efectos del procedimiento²⁷.

Incluso, aún con posterioridad a que comenzara a regir la Ley 23.928, se predicó que en los supuestos de quiebra la conversión era definitiva a moneda de curso legal como reflejo del principio de la igualdad en el trato de los acreedores a fin de evitar que aquellos que pactaron en otra moneda puedan beneficiarse o perjudicarse según las fluctuaciones del mercado de cambios, poniéndose de relieve que la ley de quiebras es el instrumento que tiene el estado para tutelar y defender el crédito no de los incumplimientos, sino contra la insolvencia²⁸.

Algunos sostuvieron que existía una notable diferencia entre los acreedores de otras prestaciones no dinerarias que siendo convertidas a dinero legal a la fecha de la presentación del concurso, de su vencimiento si fuere anterior o de la declaración de la quiebra según el caso, solo podrán cobrarlas en dinero como consecuencia de la novación objetiva impuesta por imperio de la ley. En cambio, las deudas en moneda extranjera podrán ser cobradas por el acreedor en los términos concursales acordados pero en la moneda originariamente pactada o bien a su valor de cambio a la fecha del pago.

Esta reflexión, válida por cierto mientras el sistema legal argentino contemplaba a las obligaciones en divisas externas como de dar dinero como consecuencia de la modificación introducida en 1991 al artículo 617 del Código Civil y ratificada luego por la ley 25.561 de 2002, entra en crisis ahora frente a la norma del artículo 765 del CCYC que las considera como obligaciones de dar cantidades de cosas, impidiendo por vía de su definición legal que los jueces puedan interpretarlas como de otra naturaleza. Siendo ello así, cabría preguntarse qué régimen les resultará aplicable a partir de la vigencia del flamante compendio legal, visualizándose algunas interesantes situaciones de aparente conflicto normativo, que señalamos a continuación.

a.- Siendo que el nuevo Código Civil y Comercial define a las obligaciones de moneda extranjera como de dar cantidades de cosas -entiéndase de género por desaparición de aquella categoría-, vedando al intérprete la posibilidad de considerarlas como obligaciones dinerarias y habida cuenta que la Ley de Concursos y Quiebras contiene una expresa regulación para las deudas no dinerarias que manda a convertir al momento de la presentación o su vencimiento anterior, podría afirmarse que a partir del 1ro de Agosto de 2015 las deudas en moneda extranjera deberían recibir el tratamiento previsto por el ordenamiento concursal respecto a las deudas no dinerarias.

El efecto que esto produciría sería que las deudas pactadas en otras monedas que no sean de curso legal se deberían convertir a la fecha prevista por la ley para las obligaciones no dinerarias, produciéndose su novación legal y que sean canceladas en pesos argentinos cristalizados a la

27 TONON, "Derecho Concursal I - Instituciones Generales", Ed. Depalma Bs. As. 1988, Pág. 140

28 VITOLLO, Daniel R. Comentario a la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 Ed. Ad Hoc, Bs As. 1996 Pág. 111

fecha de la presentación en concurso o del vencimiento de la obligación si este fuere anterior.

b.- Dada la previsión contenida en el artículo 55 de la Ley de Concursos y Quiebras que confiere efecto novatorio al acuerdo preventivo homologado respecto de todas las obligaciones por causa o título anterior a la presentación, bien podría pensarse que las obligaciones originariamente pactadas en moneda extranjera quedarían transformadas, por imperio del concordato, en obligaciones dinerarias a pagar en moneda local.

Esta conclusión no resulta fácil de contradecir a luz de la expresa previsión legal y el tema no ha sido suficientemente tratado por la doctrina. No obstante, consideramos que esta clase de obligaciones bien podrían constituir una categoría especial dentro de la propuesta de acuerdo preventivo, lo que les permitiría conservar su calidad de divisa externa aún luego de la homologación. En estos casos, el deudor sólo podría desobligarse pagando el dividendo concursal en la moneda pactada por derivar esta obligación de la propuesta concordataria.

Pero el conflicto se presentaría si el deudor omitiese en su propuesta dar tratamiento a las obligaciones en moneda extranjera, considerando a estas como pesificadas a la fecha de presentación del informe individual e incluidas en la misma categoría que a las obligaciones dinerarias y las no dinerarias convertidas en moneda de curso legal.

Resulta notorio que esto beneficiaría desproporcionadamente al deudor mediante la licuación de esta clase de pasivos, generándose una clara desigualdad frente a otros acreedores. Creemos que en estos casos sí se violaría el principio de tratamiento igualitario de la planta de acreedores, desde que se tendría como si fuesen de igual naturaleza a los créditos pactados en pesos y los de otra clase de moneda, cuando evidentemente no pueden ser equiparados.

El problema se presentaría también en el caso de quiebra devenida como consecuencia de incumplimiento del acuerdo preventivo homologado, ya que, en estos casos, en la falencia ulterior sólo podrían hacerse valer las prestaciones concordatarias homologadas. Ello implicaría que quién verificó un crédito en moneda extranjera tendría muy diferentes resultados según el tipo de proceso concursal de que se trate y la naturaleza y contenido de la propuesta del deudor.

En efecto, en casos de concursos en los que se incluye en una categoría a los acreedores de moneda extranjera, el concordato homologado no produciría más que el reconocimiento de esa obligación sellándola para el futuro, sea que se paguen en el proceso preventivo o que se declare la quiebra posterior. En cambio, si nada dice el deudor en su propuesta respecto a esta clase de obligaciones o las incluye dentro de las deudas pesificadas, la aprobación del acuerdo en estos términos podría producir la transformación de esos créditos en obligaciones en dinero legal, con un doble efecto perjudicial ya que no solo se percibiría la acreencia en pesos, sino que se cobraría en moneda de quiebra con las demoras y disminuciones propias de los procesos liquidativos.

Frente a esta situación de inequidad, el juez concursal bien podría echar mano al resorte legal reconocido por la jurisprudencia y parte de la doctrina que se ha dado en llamar "la tercera vía" y que consiste en exigir al deudor, como condición para la homologación del acuerdo, la contemplación de una nueva categoría residual que incluya a los acreedores en moneda extranjera previéndose su pago en la divisa comprometida. Se evitaría de este modo que los alcances novatorios previstos por la ley configuren un abuso de derecho que afecte o lesione garantías de jerarquía constitucional²⁹.

29 Una solución pretoriana similar brindó la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el Fallo "Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I .A. p/ Conc. s/ l nc. Cas." dictado por la Suprema Corte de Mendoza el 24 de Junio de 2003.

Aunque esta solución ha sido implementada por la jurisprudencia únicamente ante la existencia de abusos contenidos en las propuesta de acuerdo preventivo, bien podría darse a esta herramienta pretoriana una mayor laxitud y permitir que ante la inequívoca desproporción de las prestaciones producto de la licuación o eventual remisión de la deuda, el juez pueda exigir al deudor la reformulación de su oferta con inclusión de esta clase de acreedores en una nueva categoría concursal que les asegure la percepción del valor real de la acreencia.

Ya en el año 1986 la Cámara Nacional en lo Comercial había considerado un abuso de derecho el aprovechamiento de estas circunstancias para excusarse al pago de una obligación cartular en dólares. En esa oportunidad se resolvió que “Los perjuicios derivados de las restricciones cambiarias son a riesgo del deudor moroso de una obligación en moneda extranjera...La opción del Art. 44 del decr. Ley 5965/63 en el caso de una letra de cambio en moneda que no tiene curso en el lugar de pago, se otorga al acreedor y no al deudor...El deudor de una letra de cambio en dólares estadounidenses no puede ejercer su facultad de liberarse satisfaciendo lo debido con más el perjuicio moratorio un año después de la fecha en que la deuda se hizo exigible, pues al ejercer su derecho en la ocasión mas perjudicial para el acreedor incurre en un ejercicio antifuncional y abusivo de su derecho.”³⁰

c.- Otro análisis permitiría sostener que existiendo una disposición en la ley concursal que contempla la existencia de deudas en moneda extranjera en forma expresa y, sin atribuirles el carácter de dinerarias, reglamenta su insinuación así como la forma de su percepción por parte del acreedor en el proceso concursal, esta reglamentación especial tendría supremacía legal respecto del régimen general del nuevo Código y en consecuencia se mantendría inalterado.

Creemos que esta última es la interpretación adecuada, ya que el artículo 19 de la Ley 24.522 replica la previsión del artículo 20 de Ley 19.551 dictada en el año 1972 durante la plena vigencia del sistema reglamentado por Vélez Sarsfield en los originarios 617 y 619 del Código Civil, a los que retorna el nuevo ordenamiento luego del cambio introducido por el Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la subsistencia sin cambios del Decreto/Ley 5965/63 que en su artículo 44 contempla el libramiento de una letra de cambio en moneda extranjera previendo su efectivo pago en esa divisa como cláusula de mención facultativa, confirma la posibilidad de que por imperio de previsiones expresas incluidas en leyes especiales, y sin que ello importe un apartamiento de la norma general dispuesta en el artículo 765 CCYC ni considerar a las obligaciones pactadas en moneda extranjera como dinerarias, puedan ser tratadas en la forma en que cada uno de estos regímenes legales haya previsto para su regulación particular.

Además, la presencia del artículo 772 en el Código Civil y Comercial que considera la existencia de las obligaciones de valor aplicando su régimen precisamente a aquellas que no son dinerarias, lleva a la solución propuesta al no existir ahora dudas respecto a que las estipulaciones en moneda extranjera no encubren un factor de corrección del peso, sino el referente de valor que debe guardar el pago al momento de practicarse con la real cuantía de la prestación original.

El principio de respeto a la *pars conditio omnium creditorum* importa el tratamiento igualitario de aquellos que estén en similares condiciones contractuales³¹. Este principio de igualdad también tiene raíz en el precepto constitucional que ordena el tratamiento igualitario de todos los iguales

30 Cfrme. ESCUTI, Ignacio A. “Títulos de crédito” Bs As. 1995 .Ed. Astrea Pág. 90

31 Esta es la interpretación que debe darse a este inveterado principio aún frente a la existencia de diferentes categorías que autoriza la ley 24.522 según lo señalan ESCUTI Ignacio- JUNYENT BAS Francisco “Instituciones de derecho concursal- ley 24.522” Ed. Alveroni, Cba. 1998, Tomo I, Pág. 68

en iguales circunstancias (Art. 16 Constitución Nacional). De esto se desprende que si el acreedor que concedió crédito a su deudor tomó los recaudos de gravar con prenda o hipoteca activos del obligado, es de toda legitimidad que no se lo equipare con los quirografarios a la hora de cobrar, del mismo modo que no podrá asimilarse a los acreedores que acordaron en pesos con aquellos que por previsión, desconfianza, sagacidad o por la naturaleza misma del negocio, convinieron que el pago se haga en divisa externa. Se evitará el perjuicio al acreedor que de otra forma vería cristalizado el monto nominal de su crédito a la fecha del informe del síndico y percibiría una cantidad nominal igual a la comprometida pero licuada y reducida en su poder adquisitivo.

Coincidiendo con esta posición, se ha destacado que en los concursos la ley no manda a una conversión forzosa y definitiva a moneda local, sino por el contrario, resulta legalmente admisible que en el acuerdo preventivo se pacte el pago de estas deudas en la moneda de origen, lo que no afectaría la paridad de trato, agregándose que si nada previera en la propuesta al respecto, las deudas en moneda extranjera deben ser satisfechas en la especie de moneda originaria³².

Por eso sostenemos que ante la presencia en el nuevo Código del artículo 772 que autoriza a que las deudas que consistan en cierto valor, el monto del mismo debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Esta norma da la posibilidad de ser expresada en moneda sin curso legal que sea utilizada normalmente en el tráfico, señalando que una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esa sección (Obligaciones de dar).

VI. Conclusiones.

Dado que el nuevo estatuto civil y comercial de la Nación no considera a las obligaciones de dar moneda extranjera como dinerarias, una correcta hermenéutica a la luz de las previsiones de los artículos 765, 766 y 772, llevan a sostener que aquellas pueden ser clasificadas como deudas de valor.

La doctrina nacional dominante sostiene que el nominalismo no puede ser impuesto a las obligaciones de valor, por cuanto el acreedor tiene derecho a estar en situación de proveerse de los bienes que representan dicho valor y que, para ello, debe computarse su cuantía actual y no la meramente histórica, afirmándose que si entre el momento en que la obligación nace y el de pago ese valor es representado por sumas de dinero diferentes, tal situación no puede ser entendida como una violación al principio nominalista, pues el mismo no juega en esta materia y queda circunscripto sólo a deudas dinerarias³³.

Conforme a lo expresado destacamos que, dado que el artículo 7 de la Ley 23.928 dispone que el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada, queda claro que la norma alude únicamente a las obligaciones dinerarias y no a las deudas de valor³⁴. A su vez, al haber sido excluidas las obligaciones en moneda extranjera de la categoría de dinerarias conforme a lo preceptuado por el artículo 765 CCYC., se arriba a la forzosa conclusión que esta clase de

32 ROUILLON Adolfo N. (Director) "Código de comercio comentado y anotado" Ed. La Ley, Bs. As. 2007 T IV-A, Pág. 287 y Sgtes.

33 PIZARRO – VALLESPINOS "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones" Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999 Tomo I, Pág. 383

34 Posición compartida por MOISSET DE ESPANES, TRIGO REPRESAS, A. ALTERINI, AMEAL, LOPEZ CABANA, BUSTAMANTE ALSINA, CASIELLO, BANCHIO, PADILLA, Cfme. PIZARRO-VALLESPINOS Op. Cit. Tomo I, pág. 384

compromisos crediticios quedan encuadrados como obligaciones de valor dentro del nuevo Código permitiéndose que su cuantificación en dinero sea determinada el día del efectivo pago.

Por lo dicho, pensamos que las obligaciones en moneda extranjera que se pretendan cobrar en los concursos preventivos deben observar el sistema de verificación de créditos y su conversión a los efectos del cómputo de las mayorías y de la composición del pasivo, pero, a falta de propuesta de pago efectivo en divisa por parte del deudor, se deberán volver a cuantificar a su valor de conversión a la fecha del pago. Es decir, una vez practicada la reorganización que proponga el concursado, sea que estas contengan reducciones del crédito o planes de pagos en cuotas, o ambas a la vez, cada pago que le corresponda percibir al acreedor deberá ser efectivizado en moneda extranjera, o bien en moneda local calculada a un valor que le permita al acreedor la adquisición de la divisa comprometida cada vez que perciba el pago.

Creemos que la solución propuesta no encierra una cláusula de ajuste restringida por la ley, sino que importa asignarle a esta clase de obligaciones una categoría legal reconocida por el nuevo derecho que regirá en el país, al haberse previsto las obligaciones de valor como categoría autónoma distinta a las dinerarias y las genéricas de dar.