

¿PODREMOS RECONOCER EL EFECTO INFLACIONARIO EN LOS CONCURSOS Y EN LAS QUIEBRAS?

por

MARTIN G. STUPNIK, ANDRES ARIEL STUPNIK y SERGIO A. J. STUPNIK

(Doctrina Societaria y Concursal, Tomo XX, Edición N° 251, Octubre 2008, pág. 941 a 953, editada por Errepar S.A., Buenos Aires, Argentina)

El propósito del presente trabajo es reconocer que el fenómeno de inflación ya está instalado en la realidad pero aún no está aceptado su tratamiento en los juicios y procesos universales, por ello nos preguntamos si comenzará una nueva tendencia judicial para reconocer y regular este fenómeno en las relaciones entre particulares, específicamente en el ámbito de los trámites de los concursos y de las quiebras y sobre todo, estar un poco más preparados o tener instalado el tema para su análisis, para el momento de resolver determinadas situaciones.

I. INTRODUCCION.

Partimos como premisa de este trabajo del hecho que el reconocimiento de los efectos de la inflación no está autorizado por la normativa legal vigente, es decir, actualmente la inflación como fenómeno no está reconocida oficialmente en nuestro sistema.

El ajuste por inflación está prohibido por la ley de convertibilidad¹. También está prohibido el ajuste por inflación en las previsiones de la ley 25.651² de declaración de emergencia pública, vigente a partir de la última gran crisis de finales del año 2001 y principios del año 2002.

A partir de dicha normativa de emergencia se creó un sistema de "pesificación" de las deudas en moneda extranjera y de reconocimiento de un ajuste por CER o CVS, a las deudas preexistentes en tal moneda, es decir las anteriores al año 2002. Pero una deuda o contrato en pesos, o una relación jurídica posterior, o bien nacida luego del año 2002, no puede ser ajustada por inflación.

El Decreto 214/2002 dispone en su artículo 5° que "lo dispuesto en el artículo precedente, no deroga lo establecido por los artículos 7° y 10° de la Ley N° 23.928 en la redacción establecida por el artículo 4° de la Ley N° 25.561. Las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la Ley N° 25.561, no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste".

La Ley N° 25.561 dispone en su artículo 7° 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. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley". Y finalmente, agrega en dicho mismo artículo que "quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

Dicho de otra manera, no puede actualizarse el crédito por inflación y reclamarse el pago del capital actualizado o indexado. La inflación existe, más sin embargo la normativa vigente no prevé su

1 El Poder Legislativo dictó en Marzo de 1991 la Ley 23.928, cuyo artículo 1° fijaba el valor del dólar estadounidense en la suma de 10.000 australes (más tarde equivalentes a un peso).

2 Sancionada y promulgada parcialmente el 6 de Enero de 2002.

reconocimiento como instrumento eficaz para atenuarla ni tampoco para regular su impacto.

Continúa la citada Ley de Emergencia en su artículo 10° que “mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de Abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.”

En las normas referidas a la elaboración y confección de los estados contables, tampoco está permitido reflejar el ajuste por inflación. Ello implica no poder actualizar los costos registrados, ni reflejar los valores reales reexpresando el costo de un activo, con lo que el activo pasa a tener un costo menor en su registración -no actualizado, registrado a la fecha de su adquisición-, ya que al día de la venta, este activo tiene un valor de venta mayor, que es ficticio.

Y siendo que en materia de impuestos tampoco está previsto el ajuste por inflación (que como herramienta de ajuste ya existía previo a 1991), la inflación en este caso refleja una ganancia inexistente, que lo único que permite es captar mayores impuestos en base a una ganancia irreal, pues se vende por el valor real de mercado, pero se compara con un valor desactualizado de compra (de costo), y en base a la diferencia en cuestión se pagan tributos. Y ello es atendible, como mero instrumento de mayor recaudación fiscal, pero no es política fiscal en el sentido estricto que la acepción de dicho término tiene y debería de ser.

Como surge de la realidad, ya cayó en desuso esta prohibición de la actualización o repotenciación de precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Basta para ello compulsar los últimos doce o quince resúmenes de facturación de servicios públicos, de educación privada, de servicios de medicina prepaga, abonos de gimnasios, transporte escolar, consumos de supermercados y precios de vestimenta, así como precios de servicios gastronómicos por sólo citar algunos casos.

La inflación existe y como tal, implica una pérdida del valor de la moneda, la pérdida del poder adquisitivo, y con ello la disminución de la expectativa de cobro de un crédito, de un sueldo, de una indemnización. Lo que se recupera a través del tiempo, en un juicio que no reconoce este fenómeno, implicará recuperar menor poder adquisitivo de la misma moneda.

Que la ley no permita reconocer los efectos de la inflación significa disociar la normativa vigente de la realidad. A nivel práctico, presentamos la primer dificultad a los efectos de este trabajo, que será la de poder distinguir una inflación oficial (la que difunde el instituto encargado de su medición y/o de cualquier organismo que lo suceda con estadísticas que al año 2008 aparecen cuestionadas en su metodología de medición y credibilidad, tanto a nivel doméstico como internacionalmente) de la inflación real, notoriamente superior a la reconocida oficialmente y a la que según el rubro del que se trate, puede superar ampliamente la oficial³.

Esto presentará un problema al momento de resolver conforme la jurisprudencia que más abajo se citará, la diferencia o desfasaje existente entre la variación de precios oficiales y las tasas de interés, con la real depreciación de la moneda.

Lamentablemente, existe una costumbre muy arraigada, de olvidarse que el derecho debe regu-

3 “...el inverosímil dato del IPC de Julio, que mostró una caída en el valor de los alimentos...”; “...crecen en la Argentina los fantasmas del default...”, La Nación, Sección Economía, 24/08/2008

lar las relaciones en forma actual y vigente. La administración de justicia debe ser eficaz y debe reconocerse que los procesos judiciales son lentos y que por más éxito que se logre con una acción o estrategia judicial, hay circunstancias externas que son económicas o políticas, que pueden amenazar o frustrar el cobro íntegro de un juicio o el recupero de una acreencia.

Hoy en día, la única forma permitida para paliar el efecto de la inflación es a través de la tasa de interés. A esta época la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina (BNA) es de aproximadamente el 18,00 % (dieciocho por ciento) anual. Y dicha tasa, a la luz de los hechos y de la evolución cotidiana de los precios, si bien apenas podría resguardar el valor de la moneda –pues aún es menor que los índices de inflación real-, no permite cumplir el rol de tasa de resarcimiento que una tasa interés debería de contemplar, por el transcurso del tiempo y su efecto en la moneda.

Llegar a la “verdad jurídica objetiva” debe ser una finalidad de la administración de justicia. Permitir la disociación de la realidad y la norma jurídica, es no lograr el objetivo de justicia, y entre las fuentes del derecho está “la costumbre” en última instancia. La costumbre impone hoy en día el ajuste por inflación de todos los sectores de la economía que no quieren quedar rezagados, pero aún no pudo imponerse su aceptación en los juicios.

Entonces, es sabido que en la realidad, en el mercado y en las relaciones jurídicas, económicas y sociales, la inflación existe y es parte de los negocios. Existen ajustes por inflación en los precios de productos de consumo, en los contratos de alquiler -encubierta mediante contratos con precios escalonados-, sin mencionar el alza obligatoria de con posterioridad al año 2002 de las remuneraciones y el aumento de los haberes jubilatorios.

En resumen, luego de la salida de la convertibilidad y luego de un período de crecimiento inicial, se denota ahora en forma manifiesta y pública, un aumento del nivel del costo de vida. Entonces nos cuestionamos porque debemos mantener la costumbre de no permitir el reconocimiento de la inflación en las sentencias, en los juicios y finalmente, en los procesos concursales y en las quiebras.

Para brindar una respuesta a ello, analizamos diferentes situaciones relacionadas a los procesos universales y colectivos, en particular a los concursos y las quiebras.

II. ARANCEL DE LA SINDICATURA (art. 32 “in fine”, LCQ).

Desde el año 1995, es decir hace ya 13 años, se mantiene en igual importe el valor del arancel verificadorio que supuestamente es a cuenta de honorarios como un anticipo, y que fue el justificativo del por entonces Ministro de Economía de la Nación (Domingo Cavallo) para fundamentar la reducción del costo de los procesos concursales, que impulsó la eliminación a cargo del concursado y/o de la masa de acreedores, de la retribución de la representación letrada de la Sindicatura, ahora a cargo de ésta, y la reducción a la mitad de la escala arancelaria en lo referido a los honorarios de dicho funcionario, con relación al régimen concursal anterior.

La suma de \$ 50,00 de arancel por pedido de verificación recibido, que al principio motivó algún tipo de satisfacción, ya es un triste recuerdo de los funcionarios, o un aporte mínimo que contribuye a solventar gastos. Más no se puede considerar hoy en día, seriamente, salvo contadas excepciones, un anticipo de honorarios. Ello, por efecto de la inflación, donde la solución o un ajuste, no está permitido ni aparece viable.

II. LAS REGULACIONES DE HONORARIOS.

Existen casos en que desde la presentación del Informe General, que detalla y consolida los valo-

res del activo y el pasivo del ente concursado, pasa entre uno o dos años -por la complejidad del asunto, por ser un mega concurso, o por haber sufrido demoras o apelaciones el expediente propio de alguna compleja situación procesal- hasta la homologación y la consecuente regulación de honorarios.

En esta situación, nos encontraremos con un activo y pasivo desfasados por la inflación, al momento en que deben de regularse los honorarios.

Por ello, aparece como solución conciliadora, la obligación de presentación de un estado detallado del Activo y del Pasivo, con valores actualizados a la fecha más próxima de homologación, al sólo efecto de exponer la variación por inflación, sin que esto de pie a nuevas modificaciones o que permita a la concursada impugnar en forma extemporánea la valuación de activos y pasivos, o generar sustanciaciones en tiempos impropios (es decir, tratar de hacer lo que no se hizo en la etapa del artículo 40, LCQ y utilizar dicha oportunidad para revivir planteos o impugnaciones que eran propios de la etapa informativa).

Con esta presentación, antes de regular honorarios que son retributivos de la actuación de los profesionales que representan a las partes, el Juez contará con elementos objetivos y actualizados a la época de resolver.

III. LOS ACREEDORES Y SUS CREDITOS.

Para el caso de los acreedores, la situación es doblemente sacrificada, en tanto su crédito se consolida a fecha de presentación en concurso preventivo, y no está permitido por ley el devengamiento de intereses posteriores -salvo los privilegiados- durante el trámite del concurso (cfme., artículo 19, LCQ).

Ellos deberán luego someterse a una decisión mayoritaria de propuesta de acuerdo en la medida que fuera aceptada por los demás acreedores concurrentes con mayorías suficientes. Y la ley no exige que la propuesta contemple el pago de intereses.

Menos aún prevé la ley en su última modificación -luego del paquete de normas de emergencia económica- que la propuesta deba contemplar un ajuste que mantenga el valor de la moneda, de lo que deberá pagar el concursado para cumplir su propuesta.

Si partimos de la base de una inflación anual estimada de entre el 20,00 % y el 30,00 % de los últimos tiempos, veremos que cualquier propuesta preventiva que conlleve un pago en más de 5 años a partir de esta fecha, puede implicar un serio deterioro de la moneda de cobro concursal.

Por ello, sin menoscabar derechos adquiridos de concursos en trámite, con homologación firme y situaciones ya juzgadas y pasadas en autoridad de cosa juzgada, y sin que el Estado se intrometa en las facultades del deudor de poder diseñar, programar y ofrecer libremente la propuesta que ofrecerá a sus acreedores -es decir, sin que exista la posibilidad de "imponer" propuestas que satisfagan la voluntad y/o el criterio judicial-, consideramos que las propuestas de acuerdo preventivo aún no exteriorizadas deberían tener a futuro, algún mecanismo de ajuste que permita cubrir al acreedor el valor de su crédito. Es decir, la propuesta debe diseñarse de manera tal que permita al deudor cumplirla y al acreedor ver su crédito resguardado del efecto inflacionario, amén de los términos reales de pago y de quita propuestos.

Paradójicamente, es el propio Banco de la Ciudad de Buenos Aires, quien para fundar sus pretensiones frente a las quiebras, en tanto pretende no abonar los intereses devengados por los depósitos

en dólares que luego fueron pesificados por decisión de la Suprema Corte⁴ (que ordena devolver los fondos en su moneda de origen), invoca la teoría de que es la propia Suprema Corte la que condenó la devolución del “valor” o “quantum” de lo depositado.

Sin quererlo, de esta manera, el Banco Ciudad introduce en decenas de quiebras el concepto de resguardar el valor de la moneda o el quantum de lo recibido o de lo debido⁵. Y siendo que dichas invocaciones provienen de un banco oficial, las mismas bien podrán servir de argumento en favor de resguardar el valor de los créditos de los acreedores en los concursos y quiebras.

IV. EL ART. 52, INCISO 4º DE LA LCQ y LAS FACULTADES DEL JUEZ.

Se debe tener en cuenta que los jueces cuentan con las facultades que les otorga el artículo 52, inciso 4º de la LCQ a los efectos de evaluar si una propuesta de pago, es susceptible de ser o no tildada de abusiva. Ahora bien, ¿qué pasaría si el deudor no ofrece reconocer el fenómeno inflacionario y efectúa una propuesta preventiva extensible en el tiempo, que no contenga ningún método de ajuste de las cuotas? ¿Podrá en tal caso el Juez a cargo del concurso homologar igualmente la propuesta que los acreedores en su mayoría han votado favorablemente y que no contenga este elemento o mecanismo de ajuste?

En tal hipótesis, pensamos que el Juez se debe guiar por el sentido y espíritu de la ley, y que el hecho de que el deudor incluya una cláusula de ajuste en su propuesta solucionaría analizar este eventual conflicto, pero que de omitirse la misma, en principio, haría prevalecer la voluntad universal de los acreedores, expresada a través de la concurrencia, es decir, pensamos que en tal hipótesis debe respetarse el principio de la mayoría concursal.

Obviamente, el deudor sabrá que se encuentra sujeto a eventuales impugnaciones a su acuerdo por una minoría disidente, a la que tendrá que enfrentar, defenderse y que ello podría poner en riesgo su estrategia de reorganización.

En su caso, consideramos que al igual que lo que surge del espíritu de la propia ley, el Juez deberá evaluar cual sería la situación de los acreedores frente a una hipotética quiebra, en comparación a la situación de los mismos aceptándose una propuesta de acuerdo que no contempla el reconocimiento de la inflación. De maduro cae en este trabajo, que será parte fundamental de esta decisión para el Juez, saber que no ha existido fraude en la obtención de los votos y que por las constancias de autos, surge que las conformidades fueron otorgadas libremente por los acreedores, y que no ha existido en el caso propuestas discriminatorias entre acreedores de igual categoría.

Como esto podrá ser materia de debate, atándonos literalmente a los términos de la Ley N° 24.522, cabe concluir que la misma no exige que el deudor reconozca los efectos de la inflación en su propuesta, sin perjuicio que con el panorama actual, ello sería conveniente, apropiado y una solución para una rápida homologación de la propuesta preventiva.

Esta materia deberá evolucionar a partir de la interpretación que los jueces y el Tribunal de Alzada efectúen de la evolución de la economía y de las relaciones entre los particulares. A nuestro criterio, este análisis y debate, entrara por la vía y aplicación del artículo 52, inciso 4º, y por ello, no estando el deudor literalmente obligado a tal reconocimiento, en caso de que eventualmente se termine “imponiendo” en algún caso concreto la necesidad de incluir un paliativo de la inflación, al menos debería de determinarse nuevos plazos para que se reabra el período de exclusividad ya vencido, de tal forma que

4 “EMM S.R.L. c/TIA S.A.”

5 El Banco alegó que por tratarse los depósitos judiciales de un depósito irregular, no está obligado a devolver la misma cosa, sino su “valor”, y que ese “valor” depositado que debe restituir fueron dólares, que debió restituir en el equivalente en pesos al momento de la restitución, sin intereses.

el deudor cuente con posibilidad de negociar desde cero con sus acreedores nuevamente los términos de la nueva propuesta de pago (pues sería injusto decretar la apertura del proceso de salvataje -cram-down- o decretar la quiebra, por una modificación impuesta a la propuesta que había sido ya aceptada por la mayoría de los acreedores).

Y en tal hipótesis eventual, siempre cabe tener presente a nuestro criterio, que la propuesta que implique una “modificación” del texto de la propuesta originaria, cualquiera fuera su entidad, si resulta beneficiosa para el acreedor, no requiere nueva expresión de conformidad por escrito, pues se supone que la misma lo beneficia, con lo que en tal caso el deudor que modifica la propuesta para bien, deberá estar exento de obtener nuevas conformidades (con todas las exigencias formales que ello implica) de los acreedores que ya han votado favorablemente.

Otra solución para esta hipótesis sería analizar en cada caso en concreto la cuestión difiriendo el tratamiento del planteo para la etapa de cumplimiento de acuerdo preventivo, la época de pago de cada cuota, lo que permitirá al juzgador contar con elementos concretos y actualizados para poder resolver un planteo que en principio, le podría resultar abstracto por anticipado.

Al riesgo de inflación, se suma el riesgo devaluación de la moneda argentina a futuro sin importar a estas alturas el escenario o cotización que ha tenido el dólar frente a las demás monedas de mercado (euro, reales, pesos).

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que no se debería de imponer una cláusula de ajuste, sin perjuicio de que la existencia de la misma es conveniente y que con ello se evitará seguramente la sustanciación de impugnaciones en los términos del artículo 52, inciso 4° de la LCQ. Y en tal hipótesis, consideramos que se debería de demostrar la real voluntad de refinanciación o reorganización de la empresa, sin que ello implique abuso del derecho del deudor en perjuicio de sus acreedores.

En estas circunstancias, se convierte en un elemento importante la previsión de la LCQ de poder efectuar “propuestas alternativas” que den convencimiento al juzgador que la concursada ha hecho un esfuerzo en presentar a sus acreedores un panorama de propuestas alternativas que permitan elegir a los acreedores un amplio menú de opciones a satisfacción de su parte para el pago de sus acreencias.

Y en dicho sentido, cabe citar a modo de ejemplo, las propuestas alternativas presentadas en forma unificada por las empresas agrupadas en el trámite del proceso preventivo de la firma Alpargas, que permiten a los acreedores una variada gama de opciones según lo que cada acreedor entienda más conveniente a sus intereses, sea ello la aceptación de una propuesta de pago en efectivo de menor importe en un tiempo reducido, una propuesta a largo plazo con entrega de obligaciones negociables, una propuesta de capitalización del crédito con la entrega inmediata de acciones con cotización pública y transparente que permiten su negociación.

V. LOS JUICIOS EN TRÁMITE.

Todo lo expuesto por nuestra parte, resulta de aplicación a los procesos en trámite, de acuerdo a las siguientes consideraciones, a saber, teniendo en cuenta los diversos casos que podrían darse.

1) Concursos en trámite, con propuesta homologada y firme, y en etapa de cumplimiento.

En estos casos ya tramitados (su etapa informativa y preventiva) en los que las propuestas de acuerdo preventivo se encuentran formalizadas, aprobadas por los acreedores y ya homologadas, consideramos que no se puede invocar el efecto inflacionario para acomodar los valores de las cuotas

concordatarias, ello en virtud del principio de preclusión procesal y de la seguridad jurídica. Salvo, que algún acreedor en particular hubiera efectuado reservas en tal sentido en el pasado, con lo que habría que analizar el caso en concreto en la etapa de cumplimiento de acuerdo preventivo.

Es así como el deudor y el acreedor han pasado ya por el proceso concursal, que implica necesariamente un sacrificio de ambas partes, y se encuentra consolidada la situación de los créditos verificados, los créditos prescriptos (a raíz del transcurso de los 2 años desde la presentación en concurso preventivo), la novación de la propuesta, y la reorganización económica financiera del deudor. En estos casos no nos parece justo ni razonable, que un acreedor se presente y pida el reajuste de su cuota concordataria, más allá de los términos de la propuesta aprobada, consolidada y homologada judicialmente.

En dichos casos, consideramos que el círculo procesal se ha cerrado, que tanto el deudor como el acreedor pasaron a pérdida lo que tuvieron que perder y que la relación jurídica se encuentra encaminada al cumplimiento de lo que se que el deudor ofreció y el acreedor a través de la mayoría concurrente aceptó.

2) Los nuevos concursos en trámite.

A diferencia de los casos anteriores, entendemos que en los nuevos concursos en trámite, en los que el deudor aún no expresó la propuesta o la misma no se encuentra aprobada, el propio deudor debería de reconocer el fenómeno inflacionario y compensar al acreedor con el reconocimiento del ajuste y/o de la actualización del crédito de alguna manera.

Ello implica que el deudor reconoce y mantiene su facultad de efectuar y ofrecer una quita y una espera, o cualquier otro tipo de propuesta o solución que la ley prevé en su artículo 45. El hecho es que dicha propuesta de pago, con su respectiva quita o espera, implicará un sacrificio aceptable por el acreedor, que conoce que su deudor está en una difícil situación económica financiera que lo lleva a su concursamiento.

Lo que no sería lógico o aceptable a futuro, es que este acreedor tenga riesgo de ver licuado no ya su crédito, sino la "cuota" de lo que le corresponde percibir por un efecto impensado o no deseado, como ser la inflación. La idea es que el pago respete, reconociendo y previendo un mecanismo de ajuste, el fenómeno inflacionario y que el deudor demuestre intención de salvaguardar de ello a sus acreedores a futuro, para respetar el compromiso de abonar el valor de las cuotas concordatarias sin que estas se vean reducidas aún más.

Esta propuesta, es necesario aclarar, no implica imponer o forzar al deudor a hacer algo más allá de lo que exige la ley, es decir, respetamos el hecho que el deudor pueda efectuar la quita más salvaje que la ley le aprueba, en la medida que ello sea aprobado por sus acreedores. Incluso, sostenemos la libertad y facultad de que el deudor consagre una propuesta sin incluir intereses.

Por su parte, cabe entender que a nuestro criterio, esta aplicación solo podría darse (salvo mejores condiciones a ser expresadas en una propuesta de acuerdo por el propio deudor) ajustándose el crédito por inflación desde la fecha de homologación del acuerdo en adelante, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la cuota por efecto de la inflación, hasta la fecha de su vencimiento.

Y esto implica adelantar nuestra opinión en el sentido que la pretendida aplicación de este instituto tampoco podría pretenderse desde la presentación en concurso preventivo, pues lógicamente, si la propia ley suspende el devengamiento de intereses, sería contradictorio que se devengue otro tipo de ajustes de un crédito durante la etapa concursal. Nuestra idea es que es necesario adecuar el valor de

la "cuota" más no la de adecuar el "crédito". Ello, sería materia de una eventual futura evolución de la jurisprudencia que admita la verificación del crédito con más su actualización por inflación a la época de presentación en concurso preventivo. Por otro lado, esta actualización solo sería legítima desde la fecha de homologación a la fecha de vencimiento de la cuota, y no más allá (salvo desde la fecha en que se interpela la mora en el pago de la cuota), pues es sabida que una gran mayoría de acreedores en un trámite concursal no concurre al "domicilio" de su deudor o en el que se ha fijado como domicilio de pago para exigir el cumplimiento, presentándose a su comodidad muchas veces a intimar luego del plazo, directamente en el expediente judicial. Y ello a nuestro criterio, no implica que el deudor se encuentre en "mora" en el pago de la cuota, ni que el acreedor tenga razón en la forma elegida para cobrar.

3) Las quiebras.

En las quiebras, entendemos que debería de poder computarse el ajuste por inflación, por el período de tiempo que transcurre entre la presentación del Informe Final del artículo 218 LCQ y la efectiva puesta a disposición del dividendo falencial y de los honorarios y demás gastos del concurso.

En efecto, en virtud de los trámites propios a la aprobación de un proyecto de distribución (observaciones, edictos, apelaciones, elevación del expediente y pase al Fisco), muchas veces el trámite posterior a la presentación del Informe Final demora por lo menos un año para que los acreedores tengan disponible su cobro, así como los profesionales. En tal caso, resultaría lógico que al confeccionar las planillas de pago (anexos al oficio prenumerado) el Sindico pueda ajustar por inflación el crédito que a cada parte le tocará percibir en el banco.

El límite a dicho ajuste, en su totalidad, será obviamente la concurrencia de nuevos accesorios devengados entre la fecha de formulación del proyecto de distribución de fondos y la de puesta a disposición del dividendo y de los demás estipendios, para lo cual el excedente que pudiera existir necesariamente será parte de una nueva distribución.

VI. JURISPRUDENCIA.

Hemos tomado conocimiento de cierta jurisprudencia que fue de gran utilidad para delinear y elaborar este trabajo. La misma se citará a continuación.

En la causa N° 40749/94, "Méndez, Gerardo Luis c/Black Carvajal y Cia. S.A. s/Despido", la Cámara Nacional del Trabajo (Sala III) en fecha 7/11/02, dejó sin efecto la sentencia de Primera Instancia que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la Ley N° 23928 (Ley de Convertibilidad) y el artículo 5° del Decreto PEN 214/2002, que ordenaba la actualización de la condena conforme el índice de precios al consumidor.

Lo importante a destacar de dicho fallo del año 2002 es el fundamento que nos da en relación a lo expuesto a lo largo de este trabajo sobre la comparación entre el rendimiento de la tasa de interés y la tasa de inflación "real". Y si bien en dicho fallo se ha rechazado la aplicación del ajuste por inflación ordenada en Primera Instancia, resulta interesante la construcción jurídica que permite extraer este antecedente, ello en los siguientes términos:

"No es la indexación, sin embargo, el único medio para restablecer el valor original de las deudas. Otro, empleado con mayor generalidad cronológica y geográfica, es la fijación de una tasa de interés que no sólo compense la falta de uso del dinero retenido sino exprese además la expectativa inflacionaria que en cada momento rija en el mercado".

"El método de los intereses es una solución aproximada, ya que no mide exactamente la va-

riación de los precios sino el modo en que los actores económicos, en su conjunto, prevén la evolución futura de los precios desde el momento en que los intereses se pactan. Pero hay que reconocer que tampoco la indexación es una solución precisa, porque depende de la evolución de una canasta de artículos, seleccionada por el organismo encargado de confeccionar la estadística, sin considerar cómo la variación de todos los precios (esos y otros) ha de incidir en la capacidad adquisitiva de un individuo determinado, habida cuenta de los hábitos de consumo del sujeto concreto.”

“La indexación se impone, pues, incluso por vía directamente constitucional, cuando la economía se desboca y la inflación se vuelve tan imprevisible que ni siquiera las tasas de interés fijadas en el mercado libre son capaces de proveer un remedio aproximadamente confiable para la desvalorización monetaria real”.

“En tales casos, se hace preciso medir la inflación ex post facto y corregir sus efectos sobre el pago mediante la aplicación del correspondiente coeficiente. Pero, mientras la situación no llegue a ese extremo y pueda ser salvada mediante el uso de la tasa de interés, no hay lesión constitucional suficiente para aniquilar una expresa disposición legal que prohíba la indexación.”

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala B) por su parte, en las actuaciones “Flores, Samuel H. c/Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Amigal Limitada” (Lexis Nexis N° 35022331) de fecha 14/06/2007, interpretó a “contrario sensu”, que es factible la aceptación del reajuste del capital, aplicando índices inflacionarios, siempre y cuando se desarrolle debidamente el argumento o fundamento de la petición y se acredite que los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina no resultan suficientemente resarcitorios de la invocada pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

“En lo que concierne al daño emergente, procede reconocer a favor del actor un interés conforme a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos en treinta días (CNCom., en pleno, 27/10/1994, “S.A. La Razón s/Quiebra s/ Incidente de Pago de los Profesionales”), computado sobre las sumas embargadas, desde la fecha en que se produjo cada embargo, según resulta de fs. 35 vta./36 y hasta las fechas en que Flores percibió el reintegro de dichas sumas; determinación que se sujetará a lo que resulte de la liquidación a practicarse.”

“El valor que se obtenga de esa cuenta, conformará el capital de condena por daño emergente y devengará el mismo tipo de interés hasta la fecha del efectivo pago”.

“Eso implica desestimar la pretensión de reajustar al capital aplicando índices inflacionarios, conforme lo establecido por el artículo 7º, Ley 23.928, ratificado por el artículo 4º, Ley 25.561. En lo que atañe el planteo de inconstitucionalidad de la normativa que prohíbe el reajuste monetario no procede desde que en su formulación se omitió un adecuado desarrollo argumental y comprobación práctica demostrativa de que los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina no son suficientemente resarcitorios de la invocada pérdida del poder adquisitivo de la moneda.”

Podemos citar también los párrafos del siguiente antecedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala A) de fecha 19/02/2008⁶ (Lexis Nexis N° 70044959) en que la Fiscal General Dra. Alejandra Gils Carbó expone claramente que ante un planteo de inconstitucionalidad formulado respecto de la norma que contempla la aplicación del CER, que dicho planteo debe ser suficientemente

fundado y acreditado y que "...las manifestaciones de la apelante no constituyen una correcta tacha de invalidez con base constitucional..." pues las "...afirmaciones genéricas que realizó sin explicar qué perjuicio concreto se derivaría hacia su parte, no son suficientes a los fines antes indicados".

La Cámara de Apelaciones, además de ratificar dicho criterio, rechazó el planteo de inconstitucionalidad pretendido por la recurrente, agregando en su fallo conceptos que son interesantes de citar a los efectos del presente análisis, dado la estrecha relación que tienen con el análisis que efectuamos en los ítems anteriores, pues sostiene dicho antecedente:

"Es pues interpretable que, por ejemplo, el llamado coeficiente de estabilización de referencia sería aplicable a las obligaciones reestructuradas por la Ley 25561, ello como complemento de ajuste legal de la "pesificación" dispuesta respecto a todas las deudas".

"...cabe interpretar, pues, que el alcance del artículo 1º, Decreto 320/2002 se clarifica con lo dispuesto por el artículo 2º. Este último, dispone que "el artículo 8, Decreto 214/2002 es de aplicación exclusiva a los contratos y a las relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 25561".

"...de otro lado, cabe señalar que el CER no es un "accesorio" en los términos que plantea la concursada sino que dicho coeficiente no es más que la expresión actualizada del capital reconocido, cuyo fin es recomponer razonablemente una deuda de dinero, que se ha visto sujeta a la devaluación operada respecto del signo monetario. En este marco, el capital ajustado no pierde su naturaleza ni varía su calidad de tal".

"...sentado ello, cabe apuntar que, tratándose el crédito de marras de una acreencia que reviste privilegio especial prendario, el reajuste aquí reconocido -CER- resulta aplicable desde el 04/02/2002 hasta el efectivo pago, por aplicación analógica del criterio ya sentado por la Corte Suprema in re "Copaca S.A. s/Quiebra" del 20/05/1982 (LL, 1983-D, p. 231)".

Y finaliza dicho fallo con el análisis de la tasa de intereses y la facultad judicial de morigerar los mismos cuando se consideren excesivos:

"Admitida la procedencia de los intereses pactados, a criterio de los suscriptos debe reconocerse a los magistrados la facultad de morigerar los intereses susceptibles de ser calificados de "excesivos" o "usurarios", en supuestos, como el de la especie, en que por las circunstancias del caso, se pone en evidencia respecto de los intereses pactados, un cuadro de desproporción de los valores económicos en juego, en atención al tipo de moneda pactada y la tasa utilizada situación que torna necesaria su recomposición en términos de justicia. Si bien no existe en nuestra legislación una base legal que fije la cuantía de los intereses y que -indirectamente- determine cuál es la tasa que debe reputarse "excesiva" o "usuraria" -influyendo especialmente en esa apreciación el ritmo de la inflación- corresponde a los tribunales establecer la compatibilidad entre la tasa de interés y el orden moral, de forma tal de invalidar, no ya el pacto de intereses en sí mismo -como causa de deber-, sino la tasa de esos réditos, en la medida que se la juzgue exorbitante."

VII. CONCLUSIONES.

Existe una recomposición autorizada por el sistema legal del capital desvalorizado, de aplicación sólo a deudas en moneda extranjera a las cuales se les aplicó la pesificación derivada de la normativa de emergencia. Se aceptó y aplicó entonces, el ajuste del capital por CER.

En el año 2002 y siguientes, ello sirvió de remedio para determinadas situaciones en un momento de extremada tensión social, en que a una deuda en moneda extranjera, correspondía su pesificación y aplicación del CER.

A poco que analizamos el transcurso de los años posteriores (2002, 2003, 2004 y siguientes) en que la economía dio vuelta de página, se recompusieron las relaciones y el país comenzó a crecer; sin embargo en estos años posteriores a la devaluación, comenzó a deteriorarse nuevamente la moneda.

De tal forma, entendemos entonces que reconocer un ajuste únicamente a determinadas situaciones, es discriminar permitiendo que sólo se ajusten por inflación las deudas otrora dolarizadas que sufrieron la pesificación. Una deuda anterior al año 2002 en pesos, no puede ajustarse por CER, como así tampoco una deuda posterior al 2002 contraída en pesos o inclusive en dólares.

Con ello, al día de la fecha, estamos frente a un sistema que sólo permite ajustar por inflación a través de la aplicación del CER o del CVS en su caso, el capital nominal adeudado de determinadas deudas, y no de las contraídas a partir del año 2002, o las anteriores a dicha fecha, pero en pesos.

Conforme los antecedentes que hasta aquí recopilamos, influirá de manera decisiva la redacción y forma de presentar un planteo de esta naturaleza, la debida explicación al Juzgador, la invocación o el planteo de la inconstitucionalidad de la normativa prohibitiva de estos ajustes, y por sobre todo, no quedarse en la mera invocación genérica de los daños y perjuicios, sino demostrar en forma efectiva al Tribunal que el planteo es real, concreto, y que genera perjuicios palpables que el Juez pueda comprobar.

En las propuestas de acuerdos preventivos en trámite, corresponderá analizar cada caso en base a las situaciones concretas que puedan plasmarse y no dar curso a meras presentaciones o impugnaciones "genéricas" sin fundamento real, de parte de acreedores que buscan sacar provecho de una situación inflacionaria para presionar al deudor a efectuar una propuesta en mejores condiciones, mediante impugnaciones genéricas.

Por su lado, el Juez también deberá evaluar si la real intención del deudor es dilatar el proceso y licuar a sus acreedores, o en su caso, lograr con éxito la reestructuración de su negocio y empresa, y si ha hecho algún tipo de esfuerzo adicional para tratar de adaptar sus propuesta a la realidad vigente, basándonos en la posibilidad de efectuar propuestas alternativas que contemplen diferentes soluciones: un pago de menor capital en tiempos breves, una alternativa de recupero de mayor cantidad a plazo más largo, resguardar el acreedor con una combinación de monedas, con intereses que sean acordes a un panorama inflacionario, promover algún tipo de ajuste para la propuesta, etc.

Lo importante, será velar por el resguardo de los acreedores, la seguridad jurídica que necesita el deudor para reorganizar su negocio, la continuidad de la empresa en marcha, mantener la empresa vigente como fuente generadora de trabajo, y poder adaptar lo que será un tramite concursal a esta nueva época inflacionaria con el menor sufrimiento para todos los actores involucrados, sean éstos los acreedores, el deudor, el Síndico y/o demás profesionales que tienen la expectativa genuina de ser retribuidos justamente, en base a una regulación adecuada y a una moneda de pago vigente, con poder de consumo, no en base a una regulación desfasada por el mero transcurso del tiempo en virtud de una panorama inflacionario que a esta altura resulta imposible de negar.

