

Quiebra e inconstitucionalidad de los artículos 7 y 8 de la ley 23.928.

Una declaración que urge en tiempos de pandemia

Por Gabriela Fernanda Boquin(\*)

## 1. INTRODUCCION

Hace más de dos décadas que vivimos una escalada inflacionaria. Los abruptos cambios en el poder adquisitivo de la moneda han llevado a la doctrina a buscar distintas soluciones para paliar sus consecuencias que han sido identificadas como nominalismo y valorismo monetario. La realidad condujo a que en distintos países se produjera una crisis del nominalismo adoptado, particularmente en aquellos que padecieron fuerte desorden monetario fruto de elevados niveles inflacionarios. Ello determinó la irrupción de un nuevo sistema, el valorismo, que pone énfasis en el poder adquisitivo de la moneda, admitiendo la actualización monetaria de lo adeudado, hasta alcanzar los valores reales o de cambio efectivamente adeudados.

La Argentina luego de la ley 23.928 (con las modificaciones de la ley 25.561) que impide cualquier mecanismo de actualización de deuda, no hay dudas que se encuentra enrolada en la tesis del nominalismo, el cual no podría ser derogado por voluntad de los particulares.

La declamada seguridad que brinda el “nominalismo” en épocas de inestabilidad económica y de fluctuación fuerte en el valor de la moneda es sólo aparente, puesto que lo único seguro es el número de moneda que habrá de recibirse al momento del cobro del dividendo pero el valor del crédito será incierto.

En este breve artículo trataré demostrar la inconstitucionalidad del sistema implementado por la ley 23.928 en cuanto a su aplicación en los procesos falenciales respecto del acreedor pues como consecuencia de los efectos del estado de cesación de pagos del deudor, deberá soportar sobre su derecho crediticio otras consecuencias disvaliosas[1] más allá de las previstas por la ley 24.522.

El tratamiento de la temática nos urge en tiempos en que la liquidez escasea y los activos ociosos en las quiebras esperan su realización generando gastos y deteriorándose, mientras los acreedores no pueden efectivizar el cobro de las acreencias que podrían ser volcadas a la producción, o el consumo.

## 2. La ley 23.928. Prohibición de mecanismos de actualización.

Los artículos 7 y 8 de la ley 23.928 impiden la actualización de los créditos verificados en una quiebra.

En el momento de la sanción de la ley 23.928 en 1991 se había implementado un régimen de convertibilidad del dólar estadounidense con la moneda nacional existiendo paridad cambiaria y una tasa de inflación anual que rondaba los 15,84%[2]. Por su parte, en el año 2002, si bien la ley 25.561 modificó la ley 23.928 poniéndole fin al régimen de convertibilidad monetaria en nuestro país al haberse generado una crisis económica, financiera y fiscal que alteró de forma significativa las relaciones jurídicas existentes, se decidió no derogar la prohibición de actualización de deudas tratando de no volver a épocas pasadas y reavivar más aun la inflación de ese momento.

En este nuevo escenario de crisis, inédito por los impactos económicos de la pandemia y el necesario aislamiento social preventivo y obligatorio, pero inserto en un marco inflacionario poco habitual en otros países del mundo, en el que se ven alterados los valores y las prestaciones de las obligaciones modificando significativamente la correspondencia en las relaciones jurídicas, es preciso hacer líquidos los activos ociosos de las quiebras e intentar no perjudicar aún más a los acreedores sometidos a ellas.

Para fundar mi posición debo destacar que en los últimos años (2015-2019)[3] hubo en el país una importantísima desvalorización monetaria, producto de una elevadísima inflación acumulada que fue del 403,42% implicando que el poder adquisitivo de la moneda local se redujera notoriamente. En los últimos 27 años sufrimos una inflación acumulada de más del 3.100 por ciento.

Así, surge prístinamente la erosión en el valor de la moneda y ello, sin duda, es responsabilidad del Estado, quien debe implementar medidas económicas pertinentes tendientes a disminuir tal impacto; pero habiendo ocurrido una fortísima devaluación de la moneda nacional (peso argentino conforme el

art. 7 de la ley 23.928 y el art. 765 del CCyCN) corresponde la implementación de otros mecanismos alternativos que permitan paliar las consecuencias de esa pérdida del poder adquisitivo.

Sin perjuicio de ello, en los últimos tiempos se observa un fenómeno que para los concursualistas no era habitual, tal es un sinnúmero de quiebras que culminan por pago total y con remanente para el deudor o los socios o accionistas de la persona jurídica fallida. Ello producto del paso exagerado del tiempo que insuena la venta de los activos y la aprobación de los proyectos de distribución, sumado a la inflación, devaluación, revalorización de los activos al compás de una u otra, y la cristalización de pasivos que se desvalorizan durante el trámite.

A mi criterio la malsana comodidad que se origina en los procesos falenciales no puede beneficiar al deudor quien vería la posibilidad de cobrar un remanente satisfaciendo a sus acreedores de una manera solo aparente. De ser así el costo del desfasaje lo afrontarían únicamente los acreedores quienes ven disminuido su patrimonio y todo ello por la sencilla razón de haber tenido que comparecer a un proceso de quiebra a recuperar su crédito, o una parte de él (art. 32 de la ley 24.522), trámite de cuya dilación no son responsables.

El acreedor que concurre a una quiebra ante la insolvencia de su deudor, lo hace en virtud del carácter universal del proceso y con la expectativa de recuperar algo de su acreencia. El problema central de esta discusión radica en la licuación del crédito al alterarse el valor intrínseco de la moneda durante el tiempo que transcurre entre la verificación de un crédito y la fecha en que se realiza el pago del dividendo. La pérdida ocasionada al patrimonio del acreedor sometido a esas circunstancias excede la disminución habitual que experimenta toda acreencia frente a la insolvencia de su deudor: suspensión de intereses, quita del capital verificado, espera normal en el cobro.

El eficiente desarrollo de todos los procesos de quiebra, tiene por finalidad “la realización de los bienes del quebrado a fin de que, transformados en dinero, pueda aplicarse su importe al pago de los créditos en su contra. Con ese objetivo, los funcionarios de la quiebra deben obtener de ella la mayor ventaja o precio posible. [4]

El acreedor concurrente posee un derecho al dividendo concursual y a obtener la recuperación de su crédito al mayor valor posible al momento de la distribución, fruto de la realización de los bienes que integran el activo y así acercarse al pago íntegro que debe primar (art. 869 del CCyCN).

En la actualidad, ante un escenario inflacionario sostenido durante los elongados plazos de la quiebra, el mantenimiento de la prohibición de la actualización de las deudas, importaría una disociación de la realidad económica y el patrimonio del acreedor no sólo está disminuido por la quita propia de la insuficiencia del activo, o la suspensión de los intereses desde el decreto de quiebra, sino que experimenta un daño adicional que está dado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por una multiplicidad de causas, entre ellas, las políticas económicas y el tiempo insumido en el pago del crédito.

La inflación no es un hecho de la naturaleza sino un hecho humano ilícito. Está causado por una serie de acciones y omisiones estatales, que afectan una de las funciones de la moneda que el derecho reconoce: la de reserva de valor. En definitiva, el hecho reduce el poder adquisitivo de la moneda a que tienen derecho sus poseedores. La ilicitud se justifica por los efectos que el proceso depreciatorio causa en quienes poseen dinero. La imposición del curso forzoso y de la aceptabilidad compulsiva de los medios de pago creados por el Estado, conlleva la contraprestación de custodiar su valor y la conservación de su poder de compra.

Cuando se afecta ese poder de compra, se altera el equilibrio en las relaciones contractuales provocando el enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra, lesionándose su derecho de propiedad.

Sumado a ello, esa pérdida del poder adquisitivo es consecuencia directa de la vulneración de otras garantías constitucionales como la falta de obtención de una decisión en un plazo razonable y la tutela judicial efectiva.

Si bien el derecho de propiedad no es absoluto, conforme fuera establecido en reiterada doctrina por la Corte Suprema de la Nación[5]; no es menos cierto que las limitaciones y restricciones que sufren los acreedores en sus patrimonios en virtud de la ley 23.928 resultan irrazonables (art. 28 de la CN) al estar

sometidos por largos lapsos temporales a los efectos devastadores de la inflación siendo que los activos de las quiebras no lo sufren revalorizándose por la misma razón que perjudica al acreedor.

Es por ello que considero que los efectos de la aplicación de los artículos 7 y 8 de la ley 23.928 en las quiebras no son razonables. El fundamento del principio de razonabilidad radica en la comprobación social de que la convivencia o el bienestar social pueden requerir la limitación relativa de los derechos de unos para salvaguardar el derecho de otros y permitir la armonía de todos. En términos generales, la razonabilidad de una reglamentación o de una interpretación jurídica no puede juzgarse en abstracto sino en una situación concreta (el llamado test de razonabilidad). Ello no significa que tales intervenciones deban quedar libradas a la arbitrariedad del poder; por el contrario, es necesario que los criterios básicos de intervención sean establecidos apriorísticamente y de modo consensuado[6].

Claramente la época en que los acreedores deben percibir sus créditos escapa a una situación de normalidad, atento la situación inflacionaria vivida los últimos años en el país, la aplicación de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 no sólo vulnera el derecho de propiedad de los acreedores en virtud de la falta de percepción en un tiempo razonable de su acreencia, sino que hacen cargar sobre ellos, las consecuencias de una deficitaria labor judicial. Desde ya, que ello implica una negación de la garantía de tutela judicial efectiva.

La inconstitucionalidad de las normas que prohíben mecanismos de actualización de las deudas en las quiebras declaradas, en tanto carecen en la actualidad de toda justificación es un hecho que se impone si se corroboran los principios que justifican al proceso falencial. Desde la reforma al proceso efectuada por la ley 26.684 podemos decir que los fundamentos justificantes y basilares del sistema concursal son tres: la conservación de la empresa, la conservación de las fuentes de trabajo y la protección de los créditos. Los dos primeros desaparecen en caso de liquidación sin continuidad de la explotación por lo cual quedaría solo por cumplir el principio protectorio de los acreedores que se alcanza con la mayor satisfacción de los créditos. Pagar el capital licuado con intereses que no acompañan la desvalorización monetaria, los cuales además no tienen como función recomponer el capital sino paliar los efectos de la mora, cuando existen activos que de una u otra forma no se han visto amortizados o devaluados (por mayor valor ya sea por la inversión de fondos o revalorización por precios de mercado) no es una solución justa que respete el principio justificante de la protección de los créditos.

Esa diferencia en el tratamiento entre el pasivo y el activo repercute directamente en el patrimonio del fallido. Ello en tanto la realización de los bienes se realizó a precios de mercado aunque a valores de realización en proceso de falencial y los créditos se pagarían a valor nominal a la fecha en que fueron verificados.

El incremento en los activos ante la prohibición de actualización de deudas previstas en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, conllevaría un remanente que beneficia al deudor quien, por la causa que fuere, es artífice de su falencia y no habría percibido suma alguna de no haberse modificado las condiciones económicas en nuestro país ni dilatado el proceso, como habitualmente nos acostumbramos a que ocurra.

Lo dicho nos lleva a otra reflexión que fundamenta la inconstitucionalidad normativa: evitar que la prohibición de actualizar los créditos se convierta en un mecanismo que permita incurrir en usos abusivos de los procesos falenciales. Caso contrario, ningún deudor va a hacer el esfuerzo de pagar en tiempo y forma dado que su mejor decisión sería someterse a un proceso de quiebra, que si dura cierto tiempo le permitirá, de forma directamente proporcional a su prolongación aumentar su activo y licuar su pasivo. Al negarse la actualización a los créditos se transforma el proceso concursal en un medio apto para socializar las pérdidas del empresario, trasladando el riesgo propio de la actividad a los acreedores, lo cual es contrario a los principios de un sistema de economía de mercado que se basa en la asunción de riesgos.

Quiero dejar aclarado que de ninguna forma considero que estar sometido a un proceso falencial es abusivo, la abusividad se genera si desde la justicia no se reparan las consecuencias dañosas que importa la aplicación de una ley que prohíbe la indexación de las deudas en un contexto de altísima inflación y notoria pérdida de valor de la moneda que vuelve casi insignificante, en relación a lo que representaba cuando fue verificado, el crédito que tiene que percibir el acreedor. En ese escenario, se vuelve abusivo el estar sometido a un proceso falencial, en tanto el daño ocasionado a los acreedores no sólo alude a la

quita que pudo tener por insuficiencia de activos, sino, aun de cobrarse el 100% del crédito a valor nominal hay una quita mayor y que se relaciona con la pérdida del poder adquisitivo de ese crédito.

Por otro lado, un recurso como el propuesto no afecta a la solución buscada por el deudor, como es el fresh start, pues si los activos no alcanzasen a cubrir pasivos actualizados, quedaría liberado de los mismos por efectos de la conclusión del procedimiento.

Finalmente aprecio que seguir sosteniendo la imposibilidad de actualización en las quiebras es una postura que niega la realidad no sólo de los hechos sino la jurídica. Me explico: el legislador ha considerado, en un principio, que determinadas situaciones debían quedar al margen de la prohibición de actualización de capital y expresamente así lo consignó. Ejemplo de ello son: decreto 1733/2004 que dispone una excepción a la prohibición de indexar de los títulos en pesos emitidos como resultado del canje de deuda pública; obligaciones pesificadas por la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario en virtud de la aplicación del CER (art. 4 del Decreto 214/2002); decreto 905/2002 en relación a las imposiciones en entidades financieras y las medidas crediticias a partir del 1/6/2002; decreto 1096/2002 consistente en los valores negociables que emitía el Gobierno Nacional o el BCRA (bonos ajustables con índice CER ley 25.713 y ley 25.827).

Ahora bien, la excepción pasó a ser regla ante el dictado de normas que proponen distintos modos de actualización por índices especiales para cierto tipo de obligaciones como la ley 27.271 que dispone el sistema UVA, (art. 21) y exceptúa de lo establecido en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 a los créditos concedidos bajo ese sistema; la ley 27.423 que establece la regulación de honorarios de abogados y procuradores cuya medida es el UMA y su valor es fijado periódicamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la ley 27.467 en cuanto dispone que los contratos de leasing sobre bienes muebles registrables o los préstamos con garantía prendaria están exceptuados de los art. 7 y 10 de la citada ley, la ley 26.773 que implementa el RIPTE (remuneración promedio de los trabajadores estables) para las indemnizaciones por accidentes de trabajo o la muy reciente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación para el caso de los cánones locativos.

### 3. Conclusión:

La aplicación de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en cuanto impiden todo mecanismo de actualización de los créditos, resultan inconstitucionales en función del tiempo insumido en los trámites de la mayoría de las quiebras por el impacto negativo que la devaluación de la moneda nacional tiene en el patrimonio de los acreedores.

Prohibir la actualización de los créditos por la aplicación inexorable de la ley 23.928 importa permitir la conculcación de garantías constitucionales y convencionales y autorizar que el proceso concursal, en su faz liquidativa, sea una herramienta para consumir un ejercicio abusivo del derecho del deudor a enriquecerse a costa de su propia falencia.

En tiempos en que se analiza y debate respecto de cuáles son las mejores herramientas para salir o paliar la crisis que impuso la aparición del COVID 19, debemos en primer lugar empezar a considerar los efectos devastadores no sólo de la inflación sino de la normativa que, por vetusta y negadora de la realidad, agudiza los males que trae aparejados aquella.

(\*) Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial. Profesora titular por concurso de Derecho Comercial III UNPAZ, Profesora titular de Derecho Comercial I y III UCALP, Profesora Titular de Derecho Comercial III UMSA, Profesora adjunta regular por concurso de Elementos de Derecho Comercial UBA, Profesora de doctorado en la Materia Concursos y Quiebras de las Universidad de San Carlos de Guatemala

[1]Provincially, Tratado de Derecho de Quiebra, Volumen II, Barcelona, 1958, editorial AHR, p.305, nro. 234

[2]<https://www.inegi.org.mx/.../indice.../CalculadoraInflacion.aspx>

[3]De enero del 2015 a diciembre del 2019

[4]Ramirez, José A., La quiebra. Derecho concursal español. Barcelona, 1998, Bosch, Casa editorial, tomo II, p. 1539

[5]Fallos: 331:1116; 320:222; 308:2626, entre muchos otros

[6]Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, T. I, 2017, Rubinzal Culzoni, p. 194.

Citar: [elDial.com](https://www.elDial.com) - DC2B4F

Publicado el 03/07/2020