

Efectos de la Insolvencia sobre los Contratos con Prestaciones Recíprocas Pendientes*

Por Lautaro Peralta Galván**

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCION.....	2
1.	<i>Connotaciones de la insolvencia.....</i>	2
2.	<i>Nociones previas sobre las soluciones concursales.....</i>	3
II.	CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS CON PRESTACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES:.....	5
III.	EFFECTOS DEL CONCURSO PREVENTIVO.....	7
3.	<i>Generalidades.....</i>	7
4.	<i>Efectos de la presentación en concurso preventivo.....</i>	9
5.	<i>Contratos alcanzados por el art. 20, LCQ.....</i>	11
6.	<i>Contratos de ejecución continuada. La problemática en torno a la locación.....</i>	14
7.	<i>Continuación del contrato.....</i>	18
	a) <i>Opción a favor del concursado.....</i>	18
	b) <i>Exclusividad del deudor. Plazo legal de treinta (30) días.....</i>	20
	c) <i>Rol de la sindicatura:.....</i>	22
	d) <i>Efectos de la continuación del contrato.....</i>	22
	e) <i>Naturaleza y alcance de la autorización judicial.....</i>	23
8.	<i>Quid de la tradición simbólica.....</i>	26
9.	<i>Situación del contratante in bonis. Facultad resolutoria.....</i>	28
10.	<i>Caducidad de los plazos contractuales. Aplicación del art. 753 del Código Civil.....</i>	32
11.	<i>Resolución por incumplimiento anterior a la presentación en concurso preventivo.....</i>	34
IV.	EFFECTOS DE LA QUIEBRA.....	36
12.	<i>El marco legal.....</i>	36
13.	<i>Generalidades.....</i>	38
14.	<i>La materia contractual.....</i>	40
	f) <i>Contratos alcanzados por el art. 144.....</i>	40
	g) <i>Contratos excluidos.....</i>	41
	h) <i>Contratos de ejecución continuada:.....</i>	42
15.	<i>Situación provocada por la quiebra. Imposibilidad de cumplimiento.....</i>	43
16.	<i>Suspensión del contrato.....</i>	45
17.	<i>Continuación del contrato.....</i>	46
18.	<i>Resolución del contrato a causa de la quiebra.....</i>	51
19.	<i>Inactividad del tercero in bonis y de la sindicatura.....</i>	54
20.	<i>Daños y perjuicios derivados del incumplimiento a causa de la quiebra.....</i>	55
V.	RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	57
21.	<i>Inaplicabilidad del pacto comisorio.....</i>	57
22.	<i>Fundamentos de la norma.....</i>	57
23.	<i>Efectos.....</i>	59
VI.	CONCLUSIONES FINALES.....	62

* Tesina de la Maestría en Derecho de la Empresa, Universidad Austral, 2000.

** Abogado, UNLP. Magister en Derecho de la Empresa, UA.

I. INTRODUCCION.

1. Connotaciones de la insolvencia.

La insolvencia –o cesación de pagos-, entendida como el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles, resulta el presupuesto objetivo para el funcionamiento de los procedimientos concursales.

Las leyes concursales, contienen disposiciones de fondo y de forma, combinadas, a fin de aprehender el fenómeno de la insolvencia y amortiguar sus efectos nocivos en la economía.

De tal manera, entre otras consecuencias, afecta a las relaciones jurídicas concebidas por el deudor con terceros, sometiendo a las mismas a un régimen particularizado de acuerdo a las premisas y objetivos de los institutos concursales.

La disciplina particular se justifica en la propia cesación de pagos en que se halla incurso el deudor, que por su intrínseca gravedad económica distorsiona los principios y el funcionamiento de las relaciones jurídicas entabladas entre sujetos *in bonis*.

Ello, porque si bien los contratos se celebran para ser cumplidos (1197, 505 y cc., Cód. Civil), las partes responden de sus obligaciones con su patrimonio, prenda común de los acreedores, que en caso de insolvencia, se revela insuficiente para satisfacer de modo normal las deudas contraídas con el universo de ellos.

El tercero vinculado con el deudor mediante negocios pendientes, posee un crédito contra el concurso (nacido con anterioridad a la presentación en concurso o declaración en quiebra), que resulta sometido a los efectos rigurosos del procedimiento, y que en principio y de acuerdo a la naturaleza del concurso, debería

enfrentar la carga de su verificación para ser incorporado al pasivo concursal. Como luego se verá, el ordenamiento concursal ofrece alternativas con particularidades diversas.

Estas son algunas de las connotaciones sufridas por las relaciones jurídicas preexistentes a los procesos concursales, producidas en virtud de la insolvencia del deudor, que ameritan soluciones diversas a las concebidas por el derecho en épocas de normalidad.

En el presente trabajo, y sobre la base de lo expuesto en la presente introducción, se abordará la temática de los efectos de la insolvencia frente a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, en forma separada para el concurso preventivo y para la quiebra, toda vez que el ordenamiento concursal argentino ha regulado la cuestión de modo relativamente diferente ¹.

2. Nociones previas sobre las soluciones concursales.

La legislación concursal se ocupa de la incidencia del concurso sobre los contratos pendientes.

En líneas generales se puede decir que adopta tres soluciones para los concursos (preventivo y liquidativo)²: hay contratos que quedan resueltos ³; hay contratos que continúan; y hay contratos que quedan suspendidos a la espera de una decisión sobre su “asunción” por el concurso o su resolución.

¹ Se reguló separadamente (y con soluciones diversas, no siempre justificadas) la situación de los contratos pendientes en el concurso preventivo y en la quiebra. Hubiera sido preferible construir un principio único para la quiebra y el concurso preventivo, determinando solamente quién tiene la legitimación para pedir la reanudación del contrato en un caso y en el otro, o algún otro matiz necesario. Nada se innova en esta materia con el actual ordenamiento concursal (cfr. **RUBIN, Miguel Eduardo**, “Concurso Preventivo: contratos con prestaciones recíprocas pendientes. Reforma de la ley 24.522”, ED 168:1156).

² **TONON, Antonio**, *Derecho Concursal*, Ed. Depalma, T. I, p. 193.

³ Según **TONON**, los contratos a término quedan resueltos tanto por el concurso preventivo como por la quiebra. Solo quedan resueltos por la quiebra, y no por el concurso preventivo, los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos -cfr. art. 147, LCQ- (*idem*, p. 196).

En virtud de la complejidad de la problemática contractual frente al concurso preventivo y la quiebra, la ley no pudo prever todos los supuestos que se pueden presentar en la práctica. De allí que prevea un régimen “marco” para las relaciones negociales pendientes (arts. 20, 143, 144 y cc., LCQ), que servirá de referencia para la interpretación de las situaciones posibles, y respecto de las cuales tendrá aplicación en la medida de las necesidades del concurso.

En la quiebra, pero con similar utilidad para el concurso preventivo, se consagró el principio según el cual “en las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general” (art. 163, LCQ). Dicha norma brindará la pauta orientadora al director del proceso concursal al momento de encasillar, o no, un determinado contrato en el régimen previsto para los negocios con prestaciones recíprocas pendientes.

La ley busca consagrar el equilibrio entre la igualdad de los acreedores y el interés de los terceros, de manera que el derecho de estos últimos no sufra menoscabos en aras de la pregonada igualdad concursal de los acreedores (*par condicio creditorum*)⁴.

⁴ Cfr. **FLORIT, S.M. y ROSSI, J.M.**, *Comentario Teórico – Práctico a la Ley de Concursos*, T. II (Quiebra y sus efectos), p. 431.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS CON PRESTACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES:

Los contratos con prestaciones recíprocas pendientes son, en definitiva, “contratos en curso de ejecución”, según la terminología utilizada en las leyes concursales.

Según QUINTANA FERREYRA ⁵, la expresión “continuar” evidencia que se alude a contratos celebrados por el deudor con anterioridad a su presentación, es decir, cuando aún se encontraba plenamente habilitado para disponer de su patrimonio. Agrega que la expresión “contratos con prestación recíproca pendiente” sintetiza el contenido principal del artículo; y no debe considerarse como alusiva a un determinado tipo o categoría de contrato.

Por su parte, LOPEZ DE ZAVALIA, al referirse al art. 1204 del Cód. Civil menciona que la expresión “prestaciones recíprocas”, es una combinación de la terminología del art. 1139 de ese cuerpo legal (en lo de “prestaciones”), con la del art. 1138 (en lo de “recíprocas”), por lo que recoge ambas ideas. Al hablarse de prestaciones en el sentido del art. 1139 (y no de obligaciones) queda dicho que no es necesario que se trate de obligaciones de ambos lados. Pero al añadirse que esas prestaciones deben ser recíprocas se está exigiendo que medie entre ellas el vínculo de interacción propio de la reciprocidad obligatoria, es decir, agregamos nosotros, que sean de ambos lados ⁶.

Se trata, como su nombre lo indica, de contratos en los que se hallan “pendientes” de cumplimiento prestaciones (aún no cumplidas) de ambas partes (recíprocamente).

⁵ QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, T. I, Ed. Astrea, Bs. As. 1985, p. 264.

⁶ ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos, *Código de Comercio y leyes complementarias*, Ed. Depalma, Bs. As. 1981, t. VII, p. 316; íd. HEREDIA, Pablo, *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2000, T. I, p. 511.

En el régimen bajo estudio se regulan los contratos en curso de ejecución, lo cual determina la necesidad de examinar en cada caso el estado de las obligaciones de las partes, que se encuentren pendientes de ejecución en el momento del pedido de concurso preventivo. La ley no se refiere a una categoría especial de contratos, sino a un estado determinado en que se encuentran las prestaciones emergentes ⁷.

Es importante advertir que el estado del contrato al que se refiere la ley de concursos (arts. 20, 143 y 144, LCQ), es decir, con prestaciones recíprocas pendientes, debe existir como tal en la fecha de presentación en concurso preventivo o declaración en quiebra.

En tal sentido, debe señalarse que la normativa en análisis no tiene aplicación tratándose de contratos no cumplidos en que una de las partes hubiera incurrido en mora ⁸. Ello, porque si hubo mora en el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, vencidas y exigibles, este tendrá los efectos que la asigna la ley común, pudiendo llegarse a la resolución del contrato respectivo ⁹, siempre dentro de marco establecido por el art. 145, LCQ, en el caso de la quiebra.

⁷ **HEREDIA, P.**, *ibid*; quien a su vez señala, con relación al art. 20, LCQ (extensible a los arts. 143 y 144, LCQ, referidos a la quiebra), que dicha norma aprehende un estado en el que se encuentra el contrato, que queda definido por la existencia de prestaciones a cargo del concursado y del tercero contratante que no se encuentran ejecutadas porque no llegó el momento para ello ⁷.

⁸ CNCom., Sala C, 21-IV-89, “Vásquez, Alberto c/Anambe S.A.”, LL 1989-E, p. 614, sum. 6797.

⁹ CNCom., Sala B, 20-IX-89, “Noel y Cía. S.A.”.

III. EFECTOS DEL CONCURSO PREVENTIVO.

3. Generalidades

En el Derecho comparado, básicamente, hay tres formulas para resolver los problemas que derivan de los contratos que, al abrirse el concurso de las partes, tenían prestaciones pendientes de cumplimiento: la que declara a todos resueltos, la que considera a todos automáticamente reconducidos, y la que pone en manos del juez decidir qué contratos, y bajo qué condiciones mantendrán su vigencia ¹⁰.

La Ley Castillo no contenía normas específicas sobre este tema ¹¹. La ley 19.551 ¹² vino a suplir esa ausencia de regulación, no sin el merecimiento de autorizadas críticas ¹³. En este último régimen se tratan, como novedad, los efectos del concurso preventivo, sobre los contratos celebrados por el deudor en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes, a semejanza de la quiebra –arts. 147 y ss.-, aunque el problema tiene menor trascendencia en este instituto, donde el sujeto pasivo no es desapoderado de los bienes y continúa en el manejo del negocio, pero la situación del cocontratante se modifica ante la declaración de la otra parte de hallarse en estado de cesación de pagos ¹⁴.

Actualmente, la ley 24.522 sigue los lineamientos de la ley anterior con el agregado de un dispositivo como parte final del primer párrafo:

¹⁰ RUBIN, M.E., ob. cit., p. 1156.

¹¹ El Congreso de Derecho Comercial de 1940, en el punto 15, recomendó dictar las reglas faltantes sobre la regulación de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes frente al concurso.

¹² Art. 21, Ley 19.551, {Contratos con prestación recíproca pendiente}: “El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización al Juez, quien resuelve previa vista al síndico. Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el art. 264, inc. 3. La tradición simbólica anterior a la presentación, no importa cumplimiento a los fines de este artículo.

Sin perjuicio de la aplicación del art. 753 del cód. civil, el tercero puede resolver el contrato cuando no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo, luego de los 30 días de abierto el concurso. Debe notificar al deudor y al síndico”.

¹³ CAMARA, Héctor, “La ley de concursos mercantiles ...”, JA, doctrina 41-35; cit. por RUBIN, M.E., ob. cit., p. 1156.

Art. 20, Ley 24.522 {Contratos con prestación recíproca pendiente}:

El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.

Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo, y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el artículo 240. La tradición simbólica anterior a la presentación, no importa cumplimiento de la prestación a los fines de este artículo.

Sin perjuicio de la aplicación del artículo 753 del Código Civil, el tercero puede resolver el contrato cuando no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo, luego de los treinta (30) días de abierto el concurso. Debe notificar al deudor y al síndico.

Contratos de trabajo

La apertura del concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes por el plazo de tres (3) años, o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor.

Durante dicho plazo las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la Ley de Contrato de Trabajo.

¹⁴ CAMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, comentario a la ley 19.551, Ed. Depalma, Bs. As. 1978, V. I, p. 536.

La concursada y la asociación sindical legitimada negociarán un convenio colectivo de crisis por el plazo del concurso preventivo, y hasta un plazo máximo de tres (3) años.

La finalización del concurso preventivo por cualquier causa, así como su desistimiento ver nota firme impondrán la finalización del convenio colectivo de crisis que pudiere haberse acordado, recuperando su vigencia los convenios colectivos que correspondieren.

Servicios públicos

No pueden suspenderse los servicios públicos que se presten al deudor por deudas con origen en fecha anterior a la de la apertura del concurso. Los servicios prestados con posterioridad a la apertura del concurso deben abonarse a sus respectivos vencimientos y pueden suspenderse en caso de incumplimiento mediante el procedimiento previsto en las normas que rigen sus respectivas prestaciones.

En caso de liquidación en la quiebra, los créditos que se generen por las prestaciones mencionadas en el párrafo anterior gozan de la preferencia establecida por el artículo 240 (el ennegrillaado nos pertenece y destaca las innovaciones introducidas por el actual régimen legal) [♦].

4. Efectos de la presentación en concurso preventivo.

La presentación en concurso (o su apertura) no afecta la vigencia y eficacia de las obligaciones contractuales contraídas por el deudor con anterioridad a ese momento, es decir la convocatoria de acreedores no causa por sí la resolución de los contratos.

[♦] Los agregados al art. 20, LCQ, relacionados con los contratos de trabajo y los servicios públicos, no serán analizados por exceder los límites propuestos para este trabajo.

Lo que sucede, es que el ordenamiento concursal somete a los negocios preexistentes a una disciplina especial a fin de tutelar adecuadamente los intereses involucrados en la crisis de la empresa (insolvencia).

Como ya se dijera, el concurso preventivo no causa directamente la resolución de los contratos. En relación con los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, el principio general es que ellos quedan *suspendidos*, mientras se adopta una decisión respecto de su continuación o resolución¹⁵.

El régimen estatuido en el art. 20, LCQ, trasunta, en definitiva, la regulación de la posibilidad de *continuar* o *resolver* el contrato, para solventar del mejor modo posible, la emergencia producida por la insolvencia del deudor, canalizada a través del procedimiento concursal, en la economía del contrato, cuando en este se hallen pendientes de cumplimiento obligaciones de ambas partes.

Podría decirse que en el concurso preventivo lo normal es que los contratos con prestaciones recíprocas pendientes continúen: de allí que se le confiera al concursado la iniciativa para pedir su continuación¹⁶.

Fundamentalmente, en el concurso preventivo, la ley otorga preeminencia a la voluntad del deudor para continuar el contrato, bajo autorización judicial¹⁷. Es él quien tiene exclusividad para la reanudación del contrato¹⁸, en la medida que el negocio resulte conveniente para la operación de la empresa, que

¹⁵ RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel R., *Concursos y Quiebras – Ley 24.522*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 43.

¹⁶ En la quiebra lo normal es que queden resueltos: de allí que se le confiera al contratante *in bonis* la iniciativa para pedir su resolución (TONON, A., ob. cit., p. 222, nota n° 12).

¹⁷ TONON afirma que “el contrato queda automáticamente suspendido. En el concurso preventivo el deudor tenía la iniciativa para pedir su continuación. En la quiebra el contratante *in bonis* tiene la iniciativa para pedir su resolución. En el concurso preventivo la iniciativa del deudor tendiente a la continuación del contrato, podía quedar contrarrestada por la decisión del juez que denegaba la autorización e imponía la resolución. En la quiebra la iniciativa del contratante *in bonis* tendiente a la resolución del contrato puede quedar contrarrestada por la decisión del síndico, respaldada por la pertinente autorización judicial, de asumir el contrato” (*idem*, p. 222).

¹⁸ Ni el cocontratante *in bonis*, ni la sindicatura pueden solicitar al juez la autorización del art. 20, LCQ. Ni siquiera el juez, de oficio, estaría habilitado para disponer la continuación de contratos abarcados por el precepto citado (cfr. HEREDIA, P., ob. cit., T. I, p. 516).

pretende su recuperación económica. Sobre el particular, se ha dicho que “la autorización es requerida por las leyes para evitar fraudes, en perjuicio de la masa”¹⁹.

Ello, debido a que el concursado conserva la administración de su patrimonio (art. 15, LCQ), por lo que nada le impide que cumpla las prestaciones a que se hubiera obligado convencionalmente. Sólo que dichas prestaciones, en el esquema concursal, solo podrán ser cumplidas a través del mecanismo previsto en el art. 20, LCQ, a fin de no trasgredir la prohibición de alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación establecida en el art. 16, LCQ.

Tal temperamento se adecua a la conservación y continuación de la empresa en marcha, que se presenta en el concursamiento preventivo, para la recuperación económica y financiera de la hacienda. La insolvencia declarada judicialmente para la apertura del procedimiento, adquiere caracteres de publicidad general, y tiende naturalmente a la contracción del crédito en el comercio en desmedro del deudor, por lo que el puntual cumplimiento de sus obligaciones con terceros, a fin de mantener sus relaciones de provisión, abastecimiento y demás, puede resultar de fundamental importancia.

Es preciso señalar, que en caso que se produzca la resolución contractual, en virtud de lo normado por el art. 20, LCQ, no existirá incumplimiento, sino causa legal de resolución o rescisión del vínculo contractual²⁰.

5. Contratos alcanzados por el art. 20, LCQ.

No todos los contratos celebrados con anterioridad al concurso son alcanzados por los efectos del concurso²¹. La clarificación de la materia contractual

¹⁹ **WILLIAMS, R.**, *El concurso preventivo*, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1975, p. 145; **HEREDIA, P.**, ob. cit., T. I, p. 515/516.

²⁰ **ZAVALA RODRIGUEZ, C.**, ob. cit., T. VII, p. 316.

²¹ Algunos contratos quedan excluidos, por disposiciones legales, de la aplicación de la norma: el art. 20, LCQ, no se aplicaría a los contratos a término (según la opinión de **TONON**, quien considera que la exclusión que preceptúa el art. 144, inc. 3º, LCQ, resulta extensible al concursamiento preventivo –

en análisis es clave para avanzar sobre aspectos técnicos del régimen contractual influido por la normativa concursal.

Si un contrato fue celebrado y ejecutado, en su totalidad, con anterioridad al momento de la presentación en concurso, no interesa de modo alguno al proceso concursal y queda sujeto a las reglas comunes. En general, se trata de una relación extinguida y consumada.

En caso que en un contrato celebrado con anterioridad, el contratante *in bonis* haya cumplido con la totalidad de las prestaciones a su cargo, y el deudor haya dejado pendiente de cumplimiento toda o parte de su prestación, el tercero debe verificar su crédito resultante (art. 32, LCQ) ²². El contratante *in bonis* no puede pretender el cumplimiento de la prestación que le es debida, ya que ello implicaría para el concursado la realización de un acto que importa alterar la situación patrimonial entre los acreedores preconcursales, lo cual está prohibido (art. 16, primer párr., LCQ).

En cambio, si fuera el concursado quien hubiera cumplido con la totalidad de las obligaciones a su cargo, el contratante *in bonis* debe hacer efectiva íntegramente sus prestaciones (arts. 1197, 1198 y cc., LCQ), pudiendo el concursado, en libre ejercicio de la administración de su patrimonio, exigir el estricto cumplimiento de la otra parte ²³. Siempre en el caso que la prestación a cargo del deudor haya sido efectivizada con anterioridad a la presentación concurso, el derecho de crédito que deriva del contrato respecto del tercero incumplidor, consiste en una relación activa, que no resulta alcanzada por los efectos concursales ²⁴, quedando a

ob. cit., T. I, p. 217-); los contratos de trabajo tienen un régimen particular en la segunda parte del art. 20, LCQ; y se halla discutida la aplicación a los contratos de ejecución continuada.

²² Al respecto, es útil señalar que los incs. 1º y 2º del art. 143, LCQ, son de aplicación tanto para la quiebra como para el concurso preventivo. Ellos determinan que sucede con aquellos contratos cuyas prestaciones no se hayan incumplidas recíprocamente por ambas partes (cfr. **TONON, A.**, *idem*, p. 213).

²³ **HEREDIA, P.**, ob. cit., T. I, p. 510/511.

²⁴ Ver nota nº 18.

salvo el deber de vigilancia de la sindicatura sobre la adecuada administración del patrimonio por parte del deudor.

Consecuentemente, todo lo atinente a la continuación de los contratos concierne a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, al tiempo de la presentación en concurso del deudor.

En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho que: “Conforme lo dispuesto para los contratos con prestaciones recíprocas por la legislación concursal, para permitir que los contratos celebrados por el deudor con anterioridad a la apertura del concurso preventivo continúen, deben darse dos supuestos: (i) que se trate de contratos en curso de ejecución, y (ii) que existan prestaciones recíprocas pendientes. Todos los contratos en que se verifiquen tales requisitos quedan atrapados en la referida normativa”²⁵.

Se trata, como se señalara, de contratos en los que se hallan “pendientes” de cumplimiento prestaciones (aún no cumplidas) de ambas partes (recíprocamente).

Asimismo, debe señalarse que la norma en estudio no tiene aplicación tratándose de contratos no cumplidos en que una de las partes hubiera incurrido en mora²⁶. Ello, porque si hubo mora en el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, vencidas y exigibles, este tendrá los efectos que la asigna la ley común, pudiendo llegarse a la resolución del contrato respectivo²⁷.

Por último, es dable apuntar que las notas caracterizantes de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes cuya vida regula la ley para el concurso preventivo, son las que, de modo genérico, se explicaron en el capítulo 2 de este trabajo.

²⁵ CCivCom Córdoba, sala 3ª, 27-XII-93, “Hotel Nogaró de Córdoba SA s/Concurso Preventivo s/Inc. de res. de contrato p/Magnus SA”, JA 1995-IV, síntesis.

²⁶ CNCom., Sala C, 21-IV-89, “Vásquez, Alberto c/Anambe S.A.”, LL 1989-E, p. 614, sum. 6797.

²⁷ CNCom., Sala B, 20-IX-89, “Noel y Cía. S.A.”.

6. Contratos de ejecución continuada. La problemática en torno a la locación.

Se encuentra controvertida la inclusión de los contratos de ejecución continuada o fluyente (vgr., el contrato de locación), dentro de la normativa concursal preceptuada para los negocios con prestaciones recíprocas pendientes.

Los contratos en curso de ejecución a que hacen referencia los arts. 20, 143 y 144, LCQ, pueden distinguirse por la modalidad de las prestaciones: a) de “ejecución diferida” (vgr., compraventa a plazos); y b) de “ejecución continuada o fluyente” (cuyo ejemplo típico es la locación)²⁸.

Parte de la doctrina (ALBERTI, GARCIA CUERVA²⁹, HEREDIA³⁰) y la jurisprudencia de la Cámara Comercial de la Capital Federal, sostienen que el contrato de locación de cosas no se incluye en el art. 20, LCQ, pues la prestación a cargo del locador se agota con la dación de la cosa en uso y goce.

Además, se sostiene por esta postura, que los contratos de ejecución continuada se oponen a los de ejecución inmediata y no pueden ser incluidos en la regulación prevista para las relaciones preexistentes porque las prestaciones se reiteran y en consecuencia no se encuentran pendientes y diferidas en el tiempo³¹.

En ese sentido se ha dicho que “el contrato de locación no es de prestaciones recíprocas pendientes, pues la prestación a cargo del locador se agota

²⁸ CNCom., Sala B, 10-IV-90, “Xerox Argentina I.C.S.A. c/Noel y Cía. S.A. s/Ordinario”; íd., Sala A, 23-V-95, “Cencosud S.A. c/Siame S.A.”, ED 141-681.

²⁹ GARCIA CUERVA, Héctor M., “Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a la explotación comercial”, LL 1978-A-798. Este autor, citando a LLAMBIAS, distingue dos situaciones que pueden presentarse en los contratos en curso de ejecución: de ejecución diferida y de ejecución continuada o fluyente; ubica a la locación en esta última, por cuyo motivo no estaría alcanzada por el art. 21.

³⁰ Ver HEREDIA P., ob. cit., T. 1, p. 525.

³¹ CNCom., Sala B, 10-IV-90, “Xerox Argentina I.C.S.A. c/Noel y Cía. S.A. s/Ordinario”; íd., Sala A, 23-V-95, “Cencosud S.A. c/Siame S.A.”, ED 141-681. También en otro fallo se consideró que el art. 20 se aplica a los contratos de ejecución diferida pero no a los contratos de ejecución continuada o fluyente (CNCom., sala E, 28-VIII-92, in re “Soc. Española de Beneficiencia s/ Concurso s/Inc. de revisión por Cía. San Jorge de Carruajes”).

con la dación de la cosa en uso y goce, según lo establecido por el art. 1493 del cód. civil. Por ende, resulta ajeno a lo dispuesto por el art. 21, párr. 1º de la LC” (actual 20, párr. 1º, Ley 24.522) ³². También se ha señalado jurisprudencialmente, durante la vigencia del régimen anterior, que “los contratos de prestación continua o fluyente, cuales la locación, no pueden ser incluidos en la normativa del art. 21 de la LC porque las prestaciones se reiteran y no se encuentran pendientes o diferidas en el tiempo. Por lo tanto, para lograr el cobro de los alquileres devengados con posterioridad al concursamiento el locador deberá recurrir a la vía judicial, ya que dicho reclamo escapa a la genérica prohibición del art. 22 de dicho cuerpo legal ³³.

La inclusión del criterio antes expuesto, llevaría a excluir no sólo la locación de cosas sino también otros contratos de ejecución continuada, como la concesión, la distribución, la agencia, la franquicia, y todo tipo de tercerizaciones de servicios ³⁴.

Con un criterio diferente podemos citar a QUINTANA FERREYRA, quien estima que en materia de locación de inmuebles, es necesario distinguir el destino del bien, resultando innecesario que el deudor tenga la obligación de pedir autorización judicial para proseguir con la locación del inmuebles donde se encuentra su establecimiento comercial o industrial. Ello sería un absurdo en razón de los fundamentos del concurso preventivo respecto a la continuidad de la explotación de la empresa.

Distinto es el caso del inmueble destinado a vivienda, permanente o periódica (temporada de verano, por ejemplo), cuyo uso puede tener carácter suntuario, o resultar excesivamente oneroso ³⁵.

³² CNCom., Sala B, 10-IV-90, “Xerox Argentina I.C.S.A. c/Noel y Cía. S.A. s/Ordinario”; íd., Sala A, 23-V-95, “Cencosud S.A. c/Siame S.A.”, ED 141-680.

³³ CNCom., Sala B, 10-IV-90, “Xerox Argentina I.C.S.A. c/Noel y Cía. S.A. s/Ordinario”; íd., Sala A, 23-V-95, “Cencosud S.A. c/Siame S.A.”, ED 141-680.

³⁴ Cfr. **RIVERA, Julio César**, *Instituciones de Derecho Concursal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999, T. I, p. 227.

³⁵ **QUINTANA FERREYRA, F.**, ob. cit., T. I, p. 265.

Sólo este segundo caso estaría comprendido en la disposición del art. 21 (ley anterior 19.551); la parte *in bonis* estaría facultada para pedir la resolución del contrato. En cambio, el silencio del deudor en el supuesto del inmueble con destino comercial o industrial no habilitaría al tercero para resolver el contrato³⁶. Se trataría de una continuación automática.

Por su parte, CAMARA³⁷, no se detiene en distinciones y considera incluidos en la norma “todos los contratos donde haya prestaciones recíprocas pendientes”. De ese modo contempla la locación, entre otros contratos –seguro, mandato, etc.–, entre aquellas relaciones jurídicas comprendidas en la normativa citada.

A nuestro parecer, los contratos de ejecución continuada o fluyente se encuentran incluidos dentro del régimen estatuido por el art. 20 citado; y por lo tanto, en el concursamiento preventivo el deudor puede solicitar la autorización para continuar con el contrato.

Para arribar a tal conclusión debemos partir de la premisa consistente en que los contratos con prestaciones recíprocas pendientes no consituyen una categoría contractual, sino solo un concepto (“provisorio”, si se quiere) empleado por la ley para referirse a un estado determinado en que se encuentran las prestaciones emergentes; y no debe considerarse como alusiva a un determinado tipo o categoría de contrato, tal como se expusiera *ut supra*.

³⁶ QUINTANA FERREYRA, F., *ibid*. El autor citado estima que para la aplicación de la norma en estudio no resulta imprescindible que se trate de contratos relacionados con la actividad del deudor. Sin embargo, comenta que “se ha decidido que el boleto de compraventa inmobiliaria no es de los contratos referidos en el art. 21, caracterizados como ‘en curso de ejecución’, o sea, aquellos que son normales y corrientes de la empresa o actividad del concursado, y cuya interrupción pueda causar daños graves a la suerte de los negocios en perjuicio tanto del deudor como de los acreedores” (C1°CivCom BBlanca, 6-VI-78, S-979-XXV-201). El mencionado autor no comparte ese criterio porque elimina toda distinción posible. Considera, además, que encontrándose condicionada la opción del deudor a la autorización judicial el magistrado deberá atender a las implicaciones que pueda traer aparejadas un contrato de tal naturaleza. En otros términos, la solución que ofrece el fallo impide al juez examinar si el contrato es o no ventajoso para los acreedores.

³⁷ CAMARA, H., *El Concurso ...*, V. I, p. 538.

Por otra parte, tales contratos se encuentran regulados también en la parte destinada a la quiebra, aunque de un modo diferente. La unidad conceptual que cabe reconocerle a la materia bajo estudio, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra, nos permite trasladarnos al régimen falencial para apreciar que el propio art. 144, inc. 3º, excluye expresa y deliberadamente de su aplicación a los contratos de ejecución continuada y a otros que se asemejan sensiblemente a ellos, a los cuales la ley concursal regula de manera particular (arts. 147, 153 y 154, LCQ).

Es decir que, por razones que provienen de la especificidad propia del régimen liquidativo, la ley de concursos separa (para la quiebra) a tales contratos del régimen estatuido para los contratos con prestaciones recíprocas pendientes (arts. 143, inc. 3º y 144, LCQ), discriminación que no se efectúa para la parte destinada al concurso preventivo.

Si en la normativa concursal, los contratos de ejecución continuada deberían conceptuarse fuera del marco de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, no resultaría necesario que el art. 144, inc. 3º, LCQ, destinado a regular a estos últimos, se ocupe de excluir de su alcance de modo expreso a los contratos de ejecución continuada.

Ello nos parece elemento suficiente para considerar a los contratos de ejecución continuada o de duración dentro de la norma del art. 20, LCQ, toda vez que no excluye de su alcance y vigencia a ninguna categoría de contrato en especial, con la sola condición que el estado de las prestaciones se halle pendiente de cumplimiento³⁸.

³⁸ Conforme lo dispuesto para los contratos con prestaciones recíprocas por la legislación concursal, para permitir que los contratos celebrados por el deudor con anterioridad a la apertura del concurso preventivo continúen, deben darse dos supuestos: (i) que se trate de contratos en curso de ejecución, y (ii) que existan prestaciones recíprocas pendientes. *Todos los contratos en que se verifiquen tales requisitos quedan atrapados en la referida normativa* (CCivCom Córdoba, sala 3ª, 27-XII-93, “Hotel Nogaró de Córdoba SA s/Concurso Preventivo s/Inc. de res. de contrato p/Magnus SA”, JA 1995-IV, síntesis).

7. Continuación del contrato.

a) Opción a favor del concursado.

El concursado tiene la *opción* de pedir la autorización al juez para continuar el contrato, o no hacerlo ³⁹.

La posibilidad de peticionar la reconducción del contrato se trata de una facultad exorbitante que unilateralmente beneficia a aquel ⁴⁰, toda vez que con su voluntad contraria habilita la rescisión –o resolución- del vínculo por parte del tercero cocontratante. Pero ello, claro está, siempre que el propio concursado no haya tomado la iniciativa de solicitar la continuidad del contrato en el plazo de treinta (30) días ⁴¹, que a su beneficio exclusivo le otorga la ley ⁴².

En consecuencia, el contratante *in bonis* carece de tal atribución; sus derechos están regulados en el párrafo tercero del artículo. Observa ZAVALA RODRIGUEZ que si el deudor llega a la conclusión de que no está en condiciones de cumplir su prestación, no puede ser obligado ni por el cocontratante, ni por el síndico, quien no puede reemplazar la voluntad y decisión propia de aquel ⁴³.

³⁹ Debe tenerse en cuenta que, al ser taxativa y concluyente la redacción del primer párrafo del art. 20, LCQ (que dice: “*El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos...*” –sic-), el concursado no podrá requerir la resolución contractual ni solicitar la adecuación de las prestaciones pendientes, sino solamente peticionar la continuación de la relación jurídica de la que se trate (**BARBIERI, Pablo C.**, *Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522*, Ed. Universidad, p. 88). En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: “La normativa concursal no autoriza al deudor a solicitar la resolución de un contrato por causa en la apertura de su concurso” (CNCom, sala D, 22-V-92, “Licovsky, A. e Hijos y Cía. SA s/Conc. Prev. s/Inc. de Resolución p/Art. 21”, RDCO 1992-443; cit. por **RIVERA – ROITMAN – VITOLO**, *Ley de Concursos y Quiebras*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 176).

⁴⁰ **ZAVALA RODRIGUEZ, C.**, ob. cit., T. VII, p. 316.

⁴¹ Doctrina autorizada opina que la continuidad del contrato también podría ser solicitada una vez vencido el plazo preceptuado por la ley; tal como se verá en otra parte de este trabajo.

⁴² Destaca **QUINTANA FERREYRA** que es facultad privativa del deudor disponer el cumplimiento o resolución del contrato. No olvidemos que continua administrando su patrimonio (art. 16) y en el caso, la vigilancia del síndico se convertirá en una opinión concreta que deberá suministrar al juez (ob. cit., T. I, p. 265).

⁴³ **ZAVALA RODRIGUEZ, C.**, ob. cit., T. VII, p. 316.

También resultaría valedero cualquier otro motivo para abstenerse de cumplir la prestación ⁴⁴.

En caso de que el concursado no solicitara la reanudación del contrato suspendido, la ley permite al tercero que, vencido el plazo de treinta (30) días concedido al deudor para solicitar la autorización de continuar el contrato, disponga unilateralmente la resolución del contrato, debiendo notificar tal decisión al deudor y al síndico.

Si la solicitud del deudor es rechazada el contrato se resuelve por la sentencia dictada en tal sentido.

En cambio, si la autorización es concedida, el contrato continuará en sus efectos normalmente para ambas partes, pero con el otorgamiento de un beneficio especial para el cocontratante que consta de dos partes:

a) Primeramente, autoriza a este último a exigir el pago inmediato de las prestaciones adeudadas con anterioridad a la presentación en concurso, sustrayéndose de esa forma a los efectos del concurso y a la carga de verificar (1, 32, y cc., LCQ).

Dicha posibilidad, significa lisa y llanamente la exclusión del cocontratante *in bonis* de los efectos del concurso; lo cual implica una innovación del régimen actual en desmedro de la igualdad de los acreedores concursales. No obstante ello, aparece como la manera apropiada de compensar los derechos del tercero que continuará ligado contractualmente con el deudor a pesar de su insolvencia.

b) En segundo lugar, asigna la preferencia del art. 240, LCQ, a los créditos por prestaciones cumplidas después de la presentación del concurso, para el caso de quiebra posterior.

⁴⁴ Cfr. QUINTANA FERREYRA, F., ob. cit., T. I, p. 265.

En caso que el deudor no pida la mentada autorización, el efecto normal, según la interpretación que se desprende de la propia ley, es la *suspensión* de los efectos del contrato, por lo que las partes podrán ampararse en tal circunstancia para negar el cumplimiento de prestaciones derivadas del contrato. Si hay suspensión no puede haber incumplimiento.

En tal sentido, es dable señalar que la ley menciona que el tercero “puede” resolver el contrato: lo cual significa que mientras el contratante *in bonis* no decida resolver el contrato y comunique su decisión al deudor y al síndico, el contrato sigue suspendido.

Lo cual, a su vez, parecería significar que mientras el contratante *in bonis* no hubiera comunicado al deudor y al síndico su decisión de tener por resuelto el contrato, el concursado podría solicitar, obtener y comunicar la autorización para continuar el contrato, aunque todo ello sucediera una vez vencido el plazo de treinta (30) días. De modo que siempre y cuando el contratante *in bonis* no hubiera hecho uso de la facultad de dar por resuelto el contrato, existiría una segunda oportunidad para que el concurso asumiera el contrato.

Asimismo, si las partes lo quisieran, podrían continuar con la relación normalmente (reconducción *de facto*), sin que exista prohibición o sanción alguna para ello. Simplemente, la situación contractual del contratante *in bonis*, será desventajosa, ya que al no haberse dictado la autorización del art. 20 LCQ, le serán extensibles todos los efectos del concurso, y de una eventual quiebra ulterior, y estará manteniendo una relación negocial con un concursado insolvente.

b) Exclusividad del deudor. Plazo legal de treinta (30) días.

Como antes se dijo, solo al concursado asiste la facultad de recabar la autorización judicial para ejecutar el contrato, por lo que se trata de una legitimación sustancial exclusiva a su favor, basada en que el deudor conserva la libre

administración de su patrimonio, y es el que lidera la gestión empresaria tendiente a superar las dificultades económicas que pesan sobre la empresa.

Para requerir la mentada autorización el deudor cuenta con treinta (30) días, desde la apertura del concurso, habilitándose legalmente desde ese momento al contratante *in bonis*, a resolver el contrato con notificación de ello al deudor y al síndico (tercer párrafo, art. 20, LCQ).

La circunstancia de que el cocontratante no sea parte en el juicio concursal, determina que la comunicación sobre la decisión de continuar el contrato, debe efectuarse fehacientemente en el domicilio fijado en dicho documento o –en su defecto–, en el que legalmente corresponda ⁴⁵.

De la norma bajo análisis, parecería surgir que todas las diligencias deben cumplirse dentro de los treinta (30) días. En tal sentido, hay quienes sostienen que el plazo otorgado al deudor es perentorio y fatal, no pudiendo el deudor solicitar la autorización para continuar el contrato luego de vencido aquel, a fin de no provocar incertidumbre en el cocontratante ⁴⁶.

Sin embargo, parece más razonable admitir, como se expusiera *ut-supra*, que mientras el contratante *in bonis* no hubiera puesto de manifiesto su decisión de tener por resuelto el contrato en los términos del párrafo tercero, art. 20, LCQ, el concursado puede igualmente solicitar y obtener la autorización para continuarlo, aunque todo ello sucediera una vez vencido el apuntado plazo de treinta (30) días ⁴⁷.

Cabe recordar, como antes se señalara, que la facultad resolutoria del tercero *in bonis* consiste en una mera posibilidad, que no lo obliga a tomar una postura en tal sentido. Por tanto, siempre que el contratante *in bonis* no decida

⁴⁵ Cfr. QUINTANA FERREYRA, F., *ibid.*

⁴⁶ FARINA, J., “Concurso preventivo: su influencia sobre los contratos celebrados con anterioridad por el concursado”, Ed. Zeus, t. 8, p. D-35.

resolver el contrato y comunique su decisión al deudor y al síndico, el contrato sigue suspendido.

Dicho estado de suspensión, permitiría adoptar y obtener la continuación del contrato, por parte del concursado, mientras el contratante *in bonis* no hubiera comunicado al deudor y al síndico su decisión de resolver el contrato. Todo ello, aún vencido el plazo de treinta (30) días. Es decir, existiría una segunda oportunidad para que el concurso asumiera el contrato, siempre y cuando el contratante *in bonis* no hubiera hecho uso de la facultad de dar por resuelto el contrato.

c) Rol de la sindicatura:

Su dictamen debe estar debidamente fundado. Asimismo deberá tener en cuenta la eventual existencia de contratos similares, y por sobre todo, atender a las ventajas que signifique mantener la actividad de la empresa concursada. Deberá también examinar las consecuencias negativas que podría aparejar la denegatoria judicial, dadas las facultades acordadas al contratante *in bonis* en el párrafo final ⁴⁸.

d) Efectos de la continuación del contrato.

Con la decisión judicial de reanudar el contrato, se deben cumplir en término las prestaciones pendientes.

Por las prestaciones cumplidas por mandato de la autorización judicial, el tercero *in bonis* obtiene un crédito preferido legalmente como “gasto de conservación y de justicia” (art. 240, LCQ), por lo que será considerado “acreedor del concurso”.

El fundamento de esta disposición debe encontrarse en el eventual incumplimiento por parte del deudor, de la prestación a su cargo, no obstante haber logrado la autorización judicial para mantener el contrato en plena vigencia; la

⁴⁷ HEREDIA, P., ob. cit., p. 517, con cita de jurisprudencia: CNCom., Sala C, 27-XII-90, “Dromos S.A. s/Incid. de Revisión por Prov. de Chubut”.

⁴⁸ Cfr. QUINTANA FERREYRA, F., ob. cit., T. I, p. 265.

prestación cumplida por el cocontratante *in bonis*, evidentemente que beneficia al concurso, siendo necesario –en consecuencia- proteger los derechos de la parte cumplidora ⁴⁹.

Es de destacar, que el crédito del tercero, se ha originado con posterioridad a la apertura del concurso; consecuentemente, no requiere realizar el trámite verificadorio que prescribe el art. 32; ello solo obliga a quienes son acreedores por causa o título anterior a la presentación.

En la praxis cotidiana, bueno es recordar, que la preferencia otorgada por el art. 20, no significa pago seguro. El cocontratante, en tanto acreedor del concurso, podría ser desplazado por los acreedores con privilegio especial (art. 241, LCQ) y por los que solventan los gastos del art. 244, LCQ. De tal manera, en no pocos supuestos, desde el mismo instante en que el juez manda a reactivar el contrato pendiente, se sabe que el cocontratante no cobraría nada ⁵⁰. La situación del tercero, entonces, que parecía legalmente tutelada, no se percibía de ese modo en la realidad concursal.

e) Naturaleza y alcance de la autorización judicial.

El pronunciamiento del juez del concurso, en los términos del art. 20, L.C.Q., tiene una función limitada al trámite que dicha norma regula.

Con la autorización judicial de continuación de los contratos, la ley pretende resguardar, primordialmente, los intereses del deudor que precisa contar con los contratos imprescindibles para mantener en marcha su empresa.

En tal sentido, es importante destacar que en el marco del proceso concursal, tal resolución no puede ser entendida como legitimante del mérito o la

⁴⁹ Cfr. **QUINTANA FERREYRA, F.**, *ibid.*

⁵⁰ Cfr. **RUBIN, M.E.**, ob. cit., p. 1159.

validez de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, celebrados entre el deudor y el tercero contratante con anterioridad al concursamiento.

Solo implica la intervención del magistrado (y la sindicatura -órgano auxiliar de aquél-), en la autorización para continuar el contrato, a fin de evitar fraudes a la masa de acreedores, toda vez que con ella se excluirá a algunos de los acreedores preconcursales de los efectos naturales del concurso, en razón de que la mentada continuación redundará en beneficio de toda la masa pasiva ⁵¹.

Es evidente, como se adelantara, que tanto la opinión de la sindicatura, como la facultad autorizante del juez, actúan en la esfera de análisis de la conveniencia estrictamente económica del contrato en cuestión, para el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial del deudor, en las condiciones en que se venía desarrollando antes del concursamiento, a fin de conservar la integridad del patrimonio que servirá para soportar el cumplimiento del acuerdo preventivo.

De tal modo, la petición de continuación de esos contratos, debe ser fundada por el concursado, señalando la conveniencia de su continuación para su giro comercial y el beneficio que tal continuación acarreará a los acreedores ⁵².

El sentido de la autorización conferida por el juez apunta, en suma, a evitar mayores perjuicios de estricto carácter económico a la actividad comercial del deudor y a la masa de acreedores, que se producirían en caso de ruptura de tales contratos, en la instancia concursal ⁵³.

Por tanto, debe concluirse que dicho campo de actuación se limita a la consideración meramente económica y transitoria del proceso concursal, en un estrecho marco de conocimiento, que excluye de plano cualquier otro tipo de pretensiones ajenas a las previstas por el citado art. 20 L.C.Q.

⁵¹ Cfr. **WILLIAMS, R.**, ob. cit., p. 144 y ss.

⁵² **MAFFIA, Osvaldo J.**, “Manual de Concursos”, Ed. La Rocca 1997, p. 154; íd. **BARBIERI, P.**, ob. cit., p. 88; íd. **ROUILLON, Adolfo A.N.**, “Digesto Práctico La Ley. Concursos”, T. I, p. 226.

⁵³ Cfr. **GRISPO, Jorge D.**, “Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras”, T. I, p. 312.

El primer párrafo del art. 20, al ser taxativa y concluyente su redacción, únicamente permite que el concursado solicite la continuación del contrato, más no su resolución o adecuación de prestaciones pendientes ⁵⁴.

En el ámbito del concurso preventivo, no es dada la revisión de los negocios preexistentes al concursamiento, revisión que es propia del instituto de la quiebra. Es por ello que la sindicatura (y el propio concursado) no está legitimada para promover la declaración de invalidez de los negocios previos al concursamiento, y es por ello, también, que el órgano jurisdiccional que incursiona en esa problemática preliminar, se desvía e incurre en “exceso de poder” ⁵⁵.

Finalmente, abona la tesis esbozada, que predomina en doctrina y jurisprudencia, y a la cual adherimos, el carácter de inapelable que reviste la resolución del art. 20 L.C.Q., lo cual demuestra la particularidad estrecha y limitada de la vía del citado dispositivo legal, enderezada a la concreta misión de controlar, en mérito a intereses supraindividuales, la conveniencia de la continuidad del contrato para el concurso.

A fortiori, resulta evidente que esa decisión no tiene otros alcances que los que da la ley, dentro del concreto marco del concurso, y consecuentemente no podrá dudarse que no hace cosa juzgada material ni formal sobre la validez de esos contratos, ámbito de análisis que solo podrá ser incursionado mediante otro trámite procedimental, distinto al previsto por el art. 20, LCQ, previo juicio contradictorio y con sujeción al debido proceso legal.

⁵⁴ **BARBIERI, P.**, ob. cit., p. 88; íd. **ROUILLON, A.**, ob. cit., T. I, p. 226.

⁵⁵ CNCom., sala D, s. 27-10-94; íd. **WETZLER MALBRAN, A. Ricardo**, “Un acertado recordatorio sobre los límites de la legitimación de la sindicatura y la jurisdicción revisora sobre negocios preexistentes al concursamiento”, E.D. 162-119.

8. Quid de la tradición simbólica.

La parte final del segundo párrafo del art. 20, LCQ dispone que: “*La tradición simbólica anterior a la presentación, no importa cumplimiento de la prestación a los fines de este artículo*”.

La tradición simbólica anterior a la presentación no equivale al cumplimiento de la prestación; en otros términos, la tradición debe ser real y efectiva.

Según opiniones doctrinarias, al considerar la ley de concursos que la tradición simbólica ⁵⁶, no tiene efecto de cumplimiento, permite que el comprador concursado pueda perfectamente requerir la continuación del contrato, pagar el precio y recibir efectivamente la cosa ⁵⁷.

En efecto, ello quiere decir que al no ser considerada la tradición simbólica (en los términos del art. 463, C.Com.) como cumplimiento efectivo, existirá en el contrato una prestación pendiente por parte del vendedor, subsistiendo a su respecto la obligación de efectuar una tradición real de la cosa, conforme lo establecen los arts. 2377 a 2379, 2381 y 2386 del Cód. Civil.

La tradición simbólica está regulada en el art. 463 del Cód. de Comercio; en relación a dicha norma CAMARA expresa que muchos de los datos mencionados en el artículo importan tradición real, como el inc. 1º: la entrega de las llaves del almacén, tienda o caja en que se hallare la mercadería u objeto vendido, y a

⁵⁶ RIVERA, J.C., trae un ejemplo: el concursado compró una máquina, cuyo precio debía pagar en cuotas; el vendedor entregó la factura, lo cual constituye tradición simbólica según el art. 463 del Cód. de Comercio, o fue entregada a un transportista mediante la cláusula FOT (*free on truck*) lo cual también importa tradición simbólica. Podría ser considerado que la prestación del vendedor está cumplida, pues en realidad la cosa fue entregada. Sin embargo, la ley considera que dicha tradición simbólica no tiene efecto de cumplimiento (*Instituciones ...*, T. I, p. 228).

⁵⁷ Conf. CNCom., sala A, s. del 24-V-90, “Editorial Kapeluz S.A. s/Concurso s/Inc. de resolución de contrato y daños y perjuicios, por Ferrostal A.G.”.

continuación transcribe textualmente la nota de VELEZ SANSFIELD al art. 2385 del Cód. Civil ⁵⁸.

Sobre el particular acota QUINTANA FERREYRA que: “a) la ley 11.719 asignaba distintos efectos a la posesión efectivamente adquirida de la cosa vendida y a la tradición simbólica (art. 133); b) similar distinción encontramos en los arts. 143, inc. 1º, y 144, párr. 1º, de la ley 19.551; c) la controversia acerca de la interpretación del art. 463, incs. 1º y 2º, reflejada en la doctrina nacional, induce a considerar que todos los supuestos incluidos en el citado artículo son de plena aplicación en el ámbito de derecho comercial; d) por consiguiente se debe entender por tradición simbólica todas las situaciones que menciona dicho texto del Código de Comercio, y las susceptibles de ser comprendidas dentro del art. 21, LCQ” ⁵⁹.

No obstante lo expuesto, cabe concluir, junto a otros autores, que lo dispuesto respecto de la tradición simbólica se trata de una disposición enigmática que ha dado lugar a las interpretaciones más contradictorias. En efecto, con la vigencia del régimen anterior (ley 19.551) se sostuvieron algunas posturas, que pueden considerarse válidas en el sistema actual. Al menos parcialmente ⁶⁰.

Por un lado se dijo que, en caso que se decida la continuación del contrato, la tradición simbólica operada antes de la petición del concurso se tendrá por no operada, para dar preferencia a la tradición efectiva efectuada con posterioridad que convierte al contratante *in bonis* en acreedor del concurso ⁶¹.

Con el agregado a la parte final del primer párrafo del actual art. 20 (por la ley 24.522) dicha interpretación no sería necesaria. La reforma faculta a la parte *in bonis* a “exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución”. Ahora, el contrato

⁵⁸ CAMARA, H., *El concurso ...*, V. I, p. 540, nota n° 210.

⁵⁹ Cfr. QUINTANA FERREYRA, F., ob. cit., T. I, p. 265; con cita de FERNANDEZ, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, Bs. As. 1967, T. II, p. 366 y MALAGARRIGA, *Tratado*, T. II, “Primera Parte”, p. 231.

⁶⁰ TONON, A., ob. cit., T. I, p. 218.

cuya autorización resulta autorizada judicialmente queda excluido del régimen concursal, sin recurrir al remedio de restarle validez a la tradición simbólica operada antes del concurso.

Por otra parte, en caso que el contrato quede resuelto, la tradición simbólica operada antes de la presentación en concurso se tendrá por no acaecida, para que el contratante *in bonis* recupere la posesión y dominio de las cosas entregadas (mediante tradición simbólica), con lo cual se obtendrían efectos similares a los consagrados en la quiebra con el instituto de la readquisición de la posesión regulado en los arts. 139 a 141, LCQ ⁶².

9. Situación del contratante in bonis. Facultad resolutoria.

El tercero contratante *in bonis* puede resolver el contrato cuando no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo, luego de los treinta (30) días de abierto el concurso. Su decisión debe notificarla al deudor y al síndico (cfr., art. 20, párr. 3º, LCQ) ⁶³.

Para morigerar la desventaja que pesa sobre el contratante tercero *in bonis*, ante el concursamiento de su deudor y la suspensión del negocio que ello

⁶¹ TONON, A., *idem*, p. 219.

⁶² Cabe reconocer que, en realidad, la tradición simbólica se tiene por no operada a todos los efectos, incluso para calificar a un contrato como contrato con prestaciones recíprocas pendientes. No parece que el legislador se haya dado cuenta de la discordancia que se registra entre el tratamiento que recibe la tradición simbólica en un concurso preventivo -art. 20- y el tratamiento que recibe en una quiebra -arts. 138 a 141- (TONON, A., *idem*, p. 219, nota n° 8).

⁶³ Un fallo judicial señaló, con relación a la imperatividad del mecanismo resolutorio previsto por la norma en estudio, que: “Dada la calidad contractual del boleto de compraventa suscripto por la concursada con los accionantes, cabe considerar que, si aquella no requirió oportunamente la pertinente autorización judicial para continuar con la ejecución del mismo, la actitud de los actores de resolver dicho acuerdo no fue contraria a la regla de igualdad que gobierna el proceso concursal, pues se ajustó a las disposiciones del art. 20 de la ley 24.522.- El hecho de que la resolución contractual, dispuesta en los términos del art. 20 de la ley 24.522, produzca la quiebra de la sociedad concursada, no resulta argumento atendible para que la misma sea dejada sin efecto, pues la preservación de la empresa como principio rector en materia concursal, no puede conducir a la desatención de las disposiciones vigentes” (CNCom, sala A, 4-IX-98, “Sanatorio Modelo Islas Malvinas s/Concurso s/Inc. de Resolución Contractual”, ED 181-389).

produce, el citado art. 20, LCQ, le confiere la posibilidad que, transcurridos los treinta (30) días de abierto el concurso, resuelva unilateralmente el contrato.

Esta solución legal, como se adelantara, tiene fundamento en dos razones: por un lado, al no existir autorización judicial de continuación, las prestaciones adeudadas por el concursado con anterioridad a la presentación en concurso no podrán ser exigidas en forma inmediata, como lo prevé el primer párrafo del art. 20, LCQ, sino que deberán someterse a la verificación; y por otro lado, de continuarse de hecho el contrato (sin la autorización y a pesar de la suspensión), los créditos generados por las prestaciones cumplidas al concursado, luego de la presentación, no gozarán de la preferencia del art. 240, LCQ, como gastos de conservación y justicia, para el caso de una eventual y futura quiebra del deudor.

La infracción a la norma del art. 20, LCQ, no priva de validez a los actos cumplidos, sino que sólo hace perder al cocontratante el beneficio acordado por el art. 240 citado ⁶⁴.

El deudor concursado, estado de cesación de pagos mediante, pierde la confianza crediticia que pudo haber tenido antes. El equilibrio económico sinalagmático del contrato, se ha distorsionado, y el cocontratante *in bonis* se halla vinculado a un sujeto insolvente, sometido a un régimen concursal, de efectos universales hacia todos los acreedores (*par conditio creditorum*), que de un modo u otro (concurso o quiebra), sin la autorización del art. 20, LCQ, le terminará imponiendo al cocontratante un “sacrificio” económico y jurídico, exorbitante del régimen contractual común (art. 1197, 1198 y cc., CC), lo cual justifica la potestad resolutoria por parte del contratante *in bonis*.

El sacrificio consistirá en que las prestaciones adeudadas anteriores a la presentación, deberán someterse a la carga de verificación, y una vez incorporado a la masa concursal pasiva soportará las condiciones del acuerdo preventivo al que se

⁶⁴ **HEREDIA, P.**, ob. cit., T. I, p. 522, con cita de jurisprudencia: CNCom., Sala A, 25-II-85, “Hulytego S.A.”, JA, 1986-II, p. 300.

arribe (quita, espera, etc.), con efectos novatorios (art. 55, 56 y cc., LCQ), y también en que las prestaciones posteriores generarán un crédito (quirografario) que, en caso de quiebra ulterior, será alcanzado por sus efectos, y se recuperará en moneda de quiebra.

De tal manera, el contratante *in bonis* se encuentra en una encrucijada, que debe deparar una solución armónica de sus intereses con los del deudor y de toda la masa pasiva: **a)** o se sustrae al cocontratante de los efectos del concurso, mediante la autorización del art. 20, LCQ (pago inmediato de créditos anteriores y preeducibilidad de créditos posteriores), para que el contrato siga en vigencia; o, **b)** caso contrario, se le permite la resolución del contrato para que no le genere mayores perjuicios en el futuro.

Es dable ahora señalar que, según principios contractuales comunes, la resolución contractual –cualquiera sea su origen– produce el aniquilamiento retroactivo de las obligaciones emergentes, es decir, las cosas retornan al estado en que se hallaban en el momento de la celebración del contrato, con efectos idénticos a los de la anulación de los actos jurídicos de conformidad con lo previsto por los arts. 1050 y 1052 del cód. Civil.

En función de ello, las prestaciones no ejecutadas o pendientes de cumplimiento se extinguen *ex tunc*, y las partes deben restituirse mutuamente lo que hubieran recibido ⁶⁵.

En ese sentido, en caso de concurso preventivo, si las partes contratantes no han efectuado ninguna de las prestaciones comprometidas (inejecución total del contrato), y por tanto se deben mutuamente la totalidad de ellas, la resolución contractual tiene como efecto la extinción de las obligaciones de ambos sujetos con carácter retroactivo; por lo que nada se deben a partir de la resolución.

⁶⁵ Cfr. HALPERIN, Isaac, *Resolución de los contratos comerciales*, Ed. Depalma, Bs. As. 1968, p. 19; íd. HEREDIA, P., ob. cit., T. I, p. 524.

La situación varía en caso de inexecución parcial del contrato.

Cabe destacar que la regla proveniente del derecho de los contratos indica que cuando existan prestaciones cumplidas en parte antes de la resolución, ellas quedan firmes y producen los efectos correspondientes. Eso se desprende de los arts. 1204 del Cód. Civil y 216 del Cód. de Comercio. HEREDIA entiende que tales normas son de aplicación en el esquema legal diseñado por el art. 20, LCQ⁶⁶.

Así pues, si antes de la presentación en concurso las partes hubieran cumplido de modo parcial las prestaciones a su cargo, en la medida que lo ejecutado tenga autonomía jurídica y económica respecto de lo pendiente, la extinción que opera la resolución contractual no las alcanza, quedando firme tales prestaciones cumplidas en parte, sin que exista lugar a restitución alguna en cuanto a ellas⁶⁷.

Por tanto, las prestaciones no cumplidas o pendientes al momento de la presentación en concurso se extinguen inexorablemente en virtud de la resolución contractual operada.

En relación a lo antedicho, se debe destacar que la firmeza que pueden alcanzar las prestaciones cumplidas en parte, sólo operaría cuando en ellas están “recíprocamente” cumplidas, es decir, en los casos donde el cumplimiento parcial ha sido de los dos contratantes con alcance equivalente o correspectivo entre sí, pues sólo existiendo reciprocidad en las prestaciones se justifica que queden firmes y produzcan, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes, exceptuando así el principio general de la retroactividad antes indicado.

No dándose esta última condición de correspectividad y equivalencia entre las prestaciones parciales cumplidas antes de la presentación en concurso, el

⁶⁶ HEREDIA, P., *ibid.*

⁶⁷ TONON, A., ob. cit., T. I, p. 216, nota n° 5. Del principio mencionado en el texto cabría excluir el caso de las prestaciones parciales correspondientes a una obligación indivisible, caso en el cual aquellas deben ser restituidas, porque es de suponer que la aceptación de los pagos parciales ha quedado implícitamente condicionada al cumplimiento ulterior del resto de la prestación (id. cfr.

particular efecto descripto (firmeza de las prestaciones cumplidas en parte) no se produce y, en consecuencia, el aniquilamiento *ex tunc* de las obligaciones que produce la resolución contractual, autoriza a las partes a repetir de la otra los que hubiese sido dado como objeto del cumplimiento parcial efectuado antes de la presentación en concurso de una de ellas.

En esta hipótesis, según la opinión de algunos autores, la resolución crearía una situación privilegiada para el contratante *in bonis*, pues al poder exigir la restitución de lo que hubiese dado, no sufre la insolvencia del deudor. Como gráficamente señalan los MAZEAUD, él “se retira indemne”⁶⁸.

En cambio, para otros, la resolución del contrato operada a causa del concursamiento preventivo extinguiría la relación contractual con sus efectos propios, pero subordinando el recupero de las cosas o valores entregados al concursado a los términos y condiciones del concordato al que se arribe oportunamente. Es decir que, el crédito a favor del cocontratante *in bonis* que promovió la resolución, originado en la reintegro de las prestaciones, debe ser insinuado para su incorporación definitiva al pasivo concursal.

10. Caducidad de los plazos contractuales. Aplicación del art. 753 del Código Civil.

También puede el contratante *in bonis* exigir anticipadamente la prestación que le sea adeudada por el concursado, aunque su vencimiento se encuentre diferido en el tiempo con posterioridad a la presentación en concurso, en virtud del art. 753 del Cód. Civil⁶⁹, que el art. 20, LCQ⁷⁰, declara plenamente aplicable.

RAMELLA, A., *La resolución por incumplimiento*, Ed. Astrea, Bs. As. 1975, p. 229, n° 86; citados por **HEREDIA P.**, ob. cit., T. I, p. 525).

⁶⁸ **MAZEAUD, Henry, Leon y Jean**, *Leçons de droit civil, “Obligations”*, Montchrestien, Paris 1973, t. 12, vol. 1, p. 1019, n° 1087; cit. por **HEREDIA, P.**, *idem*, p. 526.

⁶⁹ Art. 753, Cód. Civil: “el acreedor puede exigir el pago (cumplimiento), antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores”.

Esto es, la obligación sometida a plazo se considera vencida al momento de la presentación en concurso preventivo abierto ⁷¹. Pero la exigibilidad anticipada no escapa a los efectos del concurso, por lo que el contratante *in bonis* debe someterse a la verificación.

En tal sentido, señala QUINTANA FERREYRA que el art. 753 del Cód. Civil habilita al acreedor para exigir el pago antes del vencimiento del plazo estipulado, cuando el deudor “se hiciese insolvente”. En el caso analizado, no hay duda que la insolvencia está evidenciada por la presentación del deudor; el texto presupone que la parte *in bonis* ha cumplido al menos parte de su prestación; de lo contrario no podría considerársele acreedor. Por ende, cumplido este requisito, la parte *in bonis* puede considerar la obligación como de plazo vencido, lo cual no debe entenderse como de “pago inmediato”. Frente al concurso del deudor, deberá requerir

⁷⁰ En principio, la norma torna aplicable el art. 753 del Cód. Civil, que prevé la posibilidad de solicitar el pago de la obligación adeudada antes del cumplimiento del plazo de pago, si el deudor “se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores”, ofreciendo también cumplir con las obligaciones a su cargo; pero alguna doctrina sostiene que sólo puede aplicarse esta disposición de naturaleza civil en aquellos supuestos en los que el concursado no haya optado por la continuación contractual o en los que no se obtenga la autorización judicial correspondiente (**BARBIERI**, ob. cit., p. 89; íd. **CASTAÑÓN, Alfredo**, “Concurso preventivo: contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes”, LL 1988-B-890 y ss.).

⁷¹ **TONON** efectúa un repaso de las posturas adoptadas respecto de la aplicación del art. 753 en el concurso, con relación a la ley 19.551, que puede considerarse extensible al régimen actual, en virtud de que la normativa se mantuvo intacta en este punto. Así, señala que “unos sostienen que la remisión funciona en el supuesto de que el concurso asuma el contrato, en cuyo caso el contratante *in bonis* tendría derecho a dar por caducado el plazo con que el concursado contaba para cumplir su prestación y exigir que el cumplimiento de dicha prestación sea simultáneo (pero para ello habría que desplazar el encabezamiento del párrafo tercero al encabezamiento del párrafo segundo). Otros sostienen que la remisión funciona únicamente en el supuesto de que, no habiendo asumido el concurso el contrato, el contratante *in bonis*, en lugar de optar por la resolución, optara por exigir su cumplimiento concursal, es decir, cumpliendo su prestación y sometiéndose, en cuanto a la prestación adeudada por concursado, a la ley del dividendo concursal, con lo cual las obligaciones a vencer del concursado se convertirían en obligaciones vencidas (pero no parece que el legislador haya facultado al contratante *in bonis* a exigir al concurso el cumplimiento concursal de un contrato con prestaciones recíprocas pendientes). Y no faltan quienes sostienen que la remisión funciona únicamente en el supuesto de que el contrato quede resuelto, en cuyo caso las obligaciones a plazo del concursado correlativas las prestaciones cumplidas por el contratante *in bonis* antes de la petición del concurso, se convertirían en obligaciones vencidas (pero entonces la remisión carecería de todo sentido, porque sería más que una reiteración del principio general de que el concurso produce el vencimiento anticipado de las obligaciones no vencidas)”. Y continúa diciendo: “La verdad es que a nosotros no nos gusta ninguna de las tres versiones enunciadas, pero que obligados a optar por una de ellas, optamos, a regañadientes, por la primera” (ob. cit., T. I, p. 220/221).

la verificación de su crédito (art. 32)⁷², y someterse a las disposiciones que regulan dicho concurso⁷³.

A la obligación que se considera vencida, se le deberá restar los intereses correspondientes al tiempo que falte para el vencimiento de la obligación⁷⁴. Por su lado, el contratante *in bonis*, al no haber resuelto el contrato, deberá cumplir con la prestación a su cargo.

En efecto, a nuestro modo de ver el contratante *in bonis*, en lugar de optar por la resolución, puede optar por exigir el cumplimiento del contrato por parte del deudor concursado, lo que implica también la continuación del contrato. Para ello hará uso del derecho que le confiere el art. 753 del Código Civil, es decir, solicitará la caducidad de los plazos contractuales al momento de la presentación en concurso, y se insinuará en el pasivo concursal, sometiéndose, en cuanto a la prestación adeudada por el concursado, a las condiciones del concordato al que se arribe oportunamente. Asimismo, el tercero contratante *in bonis*, deberá cumplir su prestación del modo pactado⁷⁵.

11. Resolución por incumplimiento anterior a la presentación en concurso preventivo.

La resolución por incumplimiento (arts. 1203, 1204, Cód. Civ.; art. 216, Cód. Com.), no resulta equiparable a la resolución regulada por el art. 20, LCQ., ya que esta última reconoce un sustrato legal diferente al incumplimiento de las partes. Recuérdese que desde la presentación en concurso el contrato se halla suspendido en

⁷² En contra **FASSI, Santiago C.**, *Concursos Comerciales y Civiles*, Bs. As. 1979, Ed. Astrea, comentario al art. 22, n° 118, p. 53, quien considera que “el contratante puede exigir el pago para cumplir su prestación y si no la recibe, negarse a efectuar la propia. El juez está facultado para autorizar ese pago”.

⁷³ **QUINTANA FERREYRA, F.**, ob. cit., T. I, p. 265.

⁷⁴ **ARGERI, Saúl**, *La quiebra y demás procesos concursales*, Ed. Platense, La Plata 1972, T. I, p. 268.

⁷⁵ Ver nota n° 66. Adoptamos la segunda postura que reseña **TONON**.

sus efectos, hasta que se decida sobre su continuación o resolución, alternativas ambas previstas especialmente por el citado art. 20.

Por su lado, la resolución por incumplimiento, legislada por las normas comunes, tendrá lugar cuando la mora de una de las partes se haya operado antes de la presentación en concurso, caso en el cual podrá aplicarse, sin que los efectos del concurso le sean extensibles.

Asimismo, podrá reclamarse la resolución por incumplimiento, en caso que se haya autorizado judicialmente la continuación del contrato (art. 20, LCQ), y que durante el concurso una de las partes haya incumplido sus prestaciones incurriendo en mora; pero siempre que la resolución se haya efectivizado o demandado judicialmente antes de la sentencia de quiebra que eventual y ulteriormente se dicte.

En tal sentido, la jurisprudencia ha expresado que el art. 20, LCQ, no tiene operatividad tratándose de contratos no cumplidos en que una de las partes hubiera incurrido en mora ⁷⁶.

⁷⁶ CNCom., sala B, 20-IX-89, “Noel y Cía. S.A.”.

IV. EFECTOS DE LA QUIEBRA.

12. El marco legal.

Delimitado ya el concepto de los “contratos con prestaciones recíprocas pendientes”, como negocios bilaterales (reciprocidad), perfeccionados con anterioridad a la quiebra (preexistentes), todavía no terminados o cumplidos (pendientes), corresponde detenerse brevemente en la normativa concursal aplicable.

La regulación de estos contratos se contempla en la Ley 24.522, Libro Cuarto, Título III (quiebra), Capítulo II (efectos de la quiebra), Sección V (efectos sobre ciertas relaciones jurídicas en particular).

En el **art. 143**, de aplicación a los “contratos en curso de ejecución”⁷⁷, se establece que: “si hubiere prestaciones recíprocamente pendientes, *el contratante no fallido tiene derecho a requerir la resolución del contrato*” –sic- (inciso 3°).

La ley de quiebras, en este aspecto, otorga preeminencia a la voluntad del contratante *in bonis*, para solicitar la resolución del vínculo contractual, por sobre la situación del fallido, sustituido en la administración del patrimonio por el síndico, salvo que en determinadas circunstancias previstas por el art. 144, resulte viable la continuación del contrato, en beneficio de la masa de acreedores.

El temperamento de esta norma y sus concordantes tiene origen en un clásico precepto del derecho de quiebras, basado en que la quiebra de uno de los contratantes altera el equilibrio sinalagmático de las prestaciones recíprocas pendientes, toda vez que el fallido no podrá corresponder con su obligación comprometida sino con sujeción a la ley del dividendo.

⁷⁷ Debe recordarse que los contratos con prestaciones recíprocas pendientes se refieren a un estado de ejecución en que se encuentran los contratos en curso de ejecución, y no a un tipo o categoría específica de contrato.

Por ello, y con un elemental sentido de equidad, se entiende que a raíz de la quiebra, la relación pendiente de cumplimiento por ambas partes, debería en tal caso, decaer o deshacerse ⁷⁸.

A su vez, el **art. 144**, se dedica exclusivamente a la reglamentación de dichos contratos en caso de quiebra, y establece que:

{Prestaciones recíprocas pendientes: reglas} *El supuesto previsto por el inc. 3) del artículo anterior queda sometido a las siguientes reglas:*

1. Dentro de los veinte (20) días corridos de la publicación de edictos en su domicilio o en sede del juzgado si aquéllos no corresponden, el tercero contratante debe presentarse haciendo saber la existencia del contrato pendiente y su intención de continuarlo o resolverlo. En igual término, cualquier acreedor o interesado puede hacer conocer la existencia del contrato y, en su caso, su opinión sobre la conveniencia de su continuación o resolución.

2. Al presentar el informe del artículo 190, el síndico enuncia los contratos con prestaciones recíprocas pendientes y su opinión sobre su continuación o resolución.

3. El juez decide, al resolver acerca de la continuación de la explotación, sobre la resolución o continuación de los contratos. En los casos de los artículos 147, 153 y 154 se aplica lo normado por ellos.

4. Si no ha mediado continuación inmediata de la explotación, el contrato queda suspendido en sus efectos hasta la decisión judicial.

5. Pasados sesenta (60) días desde la publicación de edictos sin haberse dictado pronunciamiento, el tercero puede requerirlo, en dicho caso el contrato queda resuelto si no se le comunica su continuación por medio fehaciente dentro de los diez (10) días siguientes al pedido.

⁷⁸ RAMIREZ, José A., *La Quiebra*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, p. 1269 y ss.

6. En casos excepcionales, cuando las circunstancias del caso exijan mayor premura, el juez puede pronunciarse sobre la continuación o la resolución de los contratos antes de las oportunidades fijadas en los incisos precedentes, previa vista al síndico y al tercero contratante, fijando a tal fin los plazos que estime pertinentes.

7. La decisión de continuación:

a) puede disponer la constitución de garantías para el tercero, si éste lo hubiere pedido o se hubiere opuesto a la continuación, en la medida que no estime suficiente la preferencia establecida por el artículo 240;

b) es apelable únicamente por el tercero, cuando se hubiere opuesto a la continuación; quien también puede optar por recurrir ante el mismo juez, demostrando sumariamente que la continuación le causa perjuicio, por no ser suficiente para cubrirlo la garantía acordada en su caso. La nueva decisión del juez es apelable al solo efecto devolutivo por el tercero.

13. Generalidades.

La ley de concursos prevé diversas normas genéricas que abarcan varias figuras particulares; ello no obstante, se han regulado ciertas situaciones específicas que se presentan con mayor frecuencia, en la práctica concursal, como es el caso de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

Señala QUINTANA FERREYRA ⁷⁹, refiriéndose al régimen anterior pero extensible al actual, que resulta ilustrativo “para explicar el propósito de la Comisión al proyectar sobre estos temas”, la expresión incluida en el título de la sección V; ella contiene normas reguladoras de “ciertas” relaciones jurídicas particulares; o en otros términos, no se ha incluido la totalidad de relaciones posibles. Al respecto es elocuente el siguiente párrafo que se transcribe: ‘es evidente que la

⁷⁹ QUINTANA FERREYRA, F., *Concursos*, T. II, Ed. Astrea, p. 498.

realidad puede presentar muchísimas otras, pero se entiende que la ley sólo debe dar las líneas generales de las situaciones comunes, dejando a la evolución posterior de la doctrina y la jurisprudencia aquellas precisiones casuísticas que resulten para cada circunstancia'. En consecuencia, si alguna relación jurídica no ha sido regulada expresamente, debemos encontrar su explicación en estas motivaciones”.

El sistema pretende lograr su integración mediante el art. 159, que brinda las pautas que deben orientar al juez para tomar la decisión de algún caso particular.

El art. 144, LCQ, consagra disposiciones muy diferentes de las que traía el anterior art. 148 de la ley 19.551. Entre otras diferencias se destaca la relacionada con los roles de los sujetos intervinientes en la sustanciación de la cuestión previa a la decisión judicial sobre continuación o resolución del contrato respectivo. Así, ahora se abre la posibilidad de opinar sobre el tema a los acreedores o terceros interesados, y se limita la actuación del síndico a la enunciación de la existencia de tales contratos y a la expresión de su opinión sobre la conveniencia de continuarlos o resolverlos.

Según doctrina especializada, el fallido carecería de legitimación para intervenir en esta cuestión ⁸⁰. Por nuestra parte, y a pesar de la autoridad que tal doctrina inspira, consideramos que el deudor resulta un interesado, en los términos del art. 144, inc. 1º, LCQ, a pesar del desapoderamiento general que prevé el art. 107. Ello, en virtud de que su actividad en el trámite del art. 144 se hallaría comprendida en la legitimación procesal acotada que dispone el art. 110, a modo de diligencia conservativa de la integridad del activo falencial, toda vez que el fallido posee interés en el eventual remanente que el trámite liquidatorio pudiera arrojar.

La terminología legal actual parece excluir la idea de controversia incidental en el tema: está claro, en todo caso, que el síndico asume en la especie un rol de técnico imparcial, dictaminando sobre la que considere mejor opción para el

⁸⁰ **ROUILLON, Adolfo A.N.**, *Régimen de Concursos y Quiebras – Ley 24.522*, Ed. Astrea, Bs. As. 1998, p. 211.

concurso, sin asumir el papel de pretensor o contradictor. El juez puede seguir la opinión de la sindicatura o apartarse de ésta, sin que ello importe convertirse en vencedora o vencida ⁸¹.

Como referencia obligada para cualquier solución debe recordarse que el derecho quiebrístico debe interpretarse de consuno con las normas aplicables del derecho civil y del comercial o cualquiera otra del derecho común, porque el derecho concursal se complementa y no se contradice con ellas ⁸².

Por tanto, el punto de arranque debería ser el de estas actuaciones ordenadas y no del desorden de la quiebra; o dicho de otro modo, comenzando de la relación jurídica preexistente para ver cómo se “descompone” al pasar al proceso quiebrístico ⁸³.

Por otra parte, cabe acotar que todo cuanto se haya puesto de manifiesto, definido o resuelto en el concurso preventivo tendrá absoluto valor para el caso de quiebra posterior (indirecta), en que no se podrá volver atrás lo resuelto ni aplicar las disposiciones referentes al caso de quiebra.

14. La materia contractual.

f) Contratos alcanzados por el art. 144.

Cuando hablamos de contratos con prestaciones recíprocas pendientes, nos estamos refiriendo a “contratos en curso de ejecución”. Por dicho concepto no debe entenderse alguna categoría contractual específica prevista en la ley, sino lisa y llanamente a un determinado momento en que se encuentra el cumplimiento de las estipulaciones pactadas.

⁸¹ **ROUILLON, A.**, *ibid.*

⁸² **FLORIT, S.M. y ROSSI, J.M.**, ob. cit., T. II, p. 433, con cita de **FERRARA, F.**, *Il Fallimento*, 2ª ed. Milán 1996, p. 64.

⁸³ **BONFANTI, Mario A. y GARRONE, José A.**, *Concursos y Quiebras*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 496.

QUINTANA FERREYRA formula algunas acotaciones, que resultan válidas para el régimen vigente: “a) regula exclusivamente los contratos bilaterales, es decir, aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente una hacia la otra (art. 1138 Cód. Civil) ⁸⁴; b) es indiferente el objeto de las obligaciones asumidas; comprende –en consecuencia-, las de dar, hacer, o no hacer; c) sin embargo, están excluidos de dicha reglamentación, porque la ley los declara resueltos, los contratos cuya prestación a cargo del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que pudiera ofrecer el síndico en su lugar (art. 151; hoy 147); además, según ese mismo texto, están excluidos los contratos de ejecución continuada, los normativos, de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución; además corresponde citar lo dispuesto sobre sociedad accidental y renta vitalicia; d) la expresión “en curso de ejecución”, presupone que el contrato ha sido legalmente celebrado antes de la declaración de quiebra, restando que a esa fecha una de las partes o ambas hayan cumplido íntegramente sus respectivas prestaciones; e) como consecuencia, es ajeno al tema todo planteo de orden formal o sustancial concerniente a la validez o ineficacia del contrato” ⁸⁵.

Estas reglas se aplican a los contratos en los cuales, al sobrevenir la quiebra de uno (al menos) de los contratantes, existieran prestaciones recíprocas pendientes de ambas partes, siempre y cuando no se tratase de alguno de los casos específicamente reglados por los arts. 147, 153 y 154 de la LCQ.

g) Contratos excluidos.

El art. 144 expresa: “*En los casos de los arts. 147, 153 y 154 se aplica lo normado por ellos*”. Lo cual significa que no quedan bajo el régimen del art. 144 los

⁸⁴ No existiendo prestaciones recíprocas pendientes, no puede funcionar el pacto comisorio implícito que establecen los arts. 216 del Cód. de Comercio y 1204 del Cód. Civil. Tampoco corresponde, por idénticas razones, la actuación de lo normado en los arts. 147, inc. 3º y art. 185 *in fine* de la ley 19.551. Ello sin perjuicio del crédito que los acreedores tengan derecho a reclamar, para lo cual deberán requerir verificación como acreedores concurrentes en el concurso -arts. 33, 147 inc. 2º y 194, ley 19.551- (CNCom, sala C, 23-III-79, JA 1979-IV-982 y ED 85-174).

⁸⁵ QUINTANA FERREYRA, F., ob. cit., T. II, p. 499.

contratos con prestaciones recíprocas pendientes que quedan resueltos legalmente por la quiebra, o sea, los contratos con prestación personal e irremplazable a cargo del fallido, los de ejecución continuada, los normativos, los de mandato, cuenta corriente, agencia, concesión o distribución y comisión (art. 147 y art. 148 que remite al art. 147) y los contratos a término (art. 153). Ello, en virtud de sus particulares características y consecuentemente, sus distintas soluciones ⁸⁶.

Tampoco quedan bajo el régimen del art. 144 los contratos que continúan, como el contrato de seguro de daños patrimoniales, que continúa *ministerio legis* (art. 154).

Y por más que quede momentáneamente suspendido a la espera de su continuación o resolución, no cae bajo el régimen del art. 144 el contrato de trabajo, que tiene una regulación especial (arts. 196 a 199).

Tampoco se aplican a los contratos que tuviesen previstas reglas especiales, como el caso del contrato de *leasing* (cfr. art. 11, ley 25.248 ⁸⁷).

h) Contratos de ejecución continuada:

Se llaman también de ejecución periódica, reiterada o repetida, de duración y de tracto sucesivo. Son aquellos en los cuales el cumplimiento de la prestación no se agota en determinado o determinados momentos, sino que se prolonga durante toda la duración del contrato, como en el contrato de concesión, o se repite periódicamente en función de la necesidad, en cierto modo permanente, de la otra parte, como en el contrato de suministro.

⁸⁶ Durante la vigencia del régimen estatuido por la ley 19.551, los arts. 147 y 148 no resultaban aplicables en caso de haberse decidido la continuación de la explotación empresarial (hoy art. 189 y ss., LCQ); ello, porque la regulación de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes se había diseñado con independencia de la continuación empresarial. Con la ley 24.522, el sistema se ensambla y se unifica, previéndose expresamente en el inc. 3º, art. 148, LCQ, que el juez decide el destino del contrato, al resolver acerca de la continuación de la explotación.

⁸⁷ Ley 25.248, art. 11: "... En caso de concurso o quiebra del dador, el contrato continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto.- En caso de

El principio es que los contratos de ejecución continuada quedan resueltos por la quiebra (art. 147, LCQ).

Pero no sucede así con el contrato de locación de inmueble, que es un contrato de ejecución continuada, al cual la ley somete a un régimen particular. En tal sentido, el art. 157, incs. 1º y 2º, LCQ, prescribe que “si el fallido es locador, la locación continúa produciendo todos sus efectos legales” y que “si es locatario y utiliza lo arrendado para explotación comercial, rigen las normas de los arts. 144 o 197, según el caso” (o sea, las normas que regulan los contratos con prestaciones recíprocas pendientes) ⁸⁸.

15. Situación provocada por la quiebra. Imposibilidad de cumplimiento.

Como se quiera caracterizar actualmente en doctrina al proceso falencial, su marcado sesgo liquidativo en el régimen normativo nacional, nos lleva a considerar a la quiebra como un concurso universal de agresión colectiva y forzosa de todo el patrimonio del deudor, tal como ha sido sostenido desde los autores clásicos (PROVINCIALI, SATTA, NAVARRINE, etc.).

En tal sentido, la quiebra destina los bienes que componen el patrimonio del fallido a la satisfacción de los acreedores, mediante la inmovilización del mismo, sustituyendo la administración de ese patrimonio por la sindicatura.

De esa forma, la quiebra se sitúa en la posición de tercero respecto a ciertos actos realizados por el deudor. Y por esto algunos actos solo resultan oponibles a la quiebra dentro de ciertos límites y en determinadas circunstancias ⁸⁹.

Como ya se adelantó, la quiebra produce el desequilibrio de las prestaciones, ya que el fallido, a causa de esa inmovilización patrimonial a la que está sometido, que impide la salida de valores de su patrimonio, ya no podrá cumplir

quiebra del tomador, dentro de los sesenta (60) días de decretada, el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo...” (ADLA LX-C, p. 2820).

⁸⁸ TONON, A., ob. cit., T. I, p. 200.

normalmente con las obligaciones a las que se había comprometido con su cocontratante.

La doctrina no considera a esta situación impidiente, un incumplimiento voluntario unilateral del fallido, sino una imposibilidad de cumplir, en virtud del régimen general del concurso liquidativo⁹⁰. Cumplir con el contrato pendiente, en las originarias condiciones en que fuera pactado, importaría lisa y llanamente pasar por alto el principio de igualdad entre los acreedores preferenciales.

Allí, en ese punto, adquiere toda su gravedad el problema jurídico y moral del modo de regular la suerte del contrato, en relación a la circunstancia de que, por efecto de la quiebra, uno de los contratantes se encuentra en la imposibilidad de cumplir⁹¹.

Sobre el tema se ha dicho que la disciplina de los contratos bilaterales pendientes es una disciplina fundada en la armonización de los intereses de la masa y del tercero contratante⁹²; y donde la intervención de la sindicatura se justifica con su función de administración respecto del patrimonio del fallido, en beneficio de la masa de acreedores.

La dificultad legal del fallido para cumplir con las prestaciones a su cargo, que produce la quiebra, no causa por sí la resolución del contrato, toda vez que el desequilibrio del sinalagma contractual puede ser todavía reestablecido. Esto puede suceder, o por el pago puntual de las prestaciones adeudadas por el fallido, o por la constitución de garantías suficientes para el acreedor, todo ello a pedido explícito de la sindicatura, bajo autorización judicial o, en último caso, por el hecho de que al contratante no fallido no le interesase la desventaja económica que la

⁸⁹ Cfr. **RAMIREZ, J.A.**, ob. cit., T. II, p. 1253.

⁹⁰ El incumplimiento postula en todo caso, la voluntariedad en la inejecución; mientras que, en caso de quiebra, es la ley la que, restando al quebrado la disponibilidad sobre sus bienes, le imposibilita de efectuar la prestación (**BRUNETTI**, cit. por **RAMIREZ, J.A.**, *idem*, p. 1260).

⁹¹ Lógicamente, éste es el supuesto cardinal del problema que estudiamos (Cfr. **AZZOLINA**, cit. por **RAMIREZ, J.A.**, *idem*, p. 1261).

⁹² **SATTA**, cit. por **RAMIREZ, J.A.**, *idem*, p. 1266.

quiebra le irroga, y quisiese cumplir de todos modos con su obligación, derecho que no se le podría negar.

16. Suspensión del contrato.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que la quiebra no produce la resolución *ipso iure*, sino sólo su suspensión⁹³. Puesto que la quiebra no determina por sí misma un incumplimiento de los contratos bilaterales pendientes de ejecución⁹⁴, se comprende que por el simple hecho de la declaración de quiebra no se tengan por rescindidos automáticamente tales contratos⁹⁵.

Por ende, resulta facultativo para el contratante *in bonis* suspender su prestación hasta que se le comuniquen la decisión sobre su pedido. ROITMAN señala que de esa forma se evitan los daños que podría sufrir si no se autorizara la contraprestación a cargo del concurso⁹⁶. LELLA indica que es provisoria hasta la decisión judicial⁹⁷.

La suspensión es temporaria, porque a la postre, o el contrato continuará o el contrato quedará resuelto. El mecanismo para adoptar esa decisión varía, según se trate de un concurso preventivo o de una quiebra, pero las variantes del mecanismo no invalidan la unidad del instituto⁹⁸.

Además, el contratante no quebrado tiene el derecho de suspender, por su parte, la ejecución del contrato, fundándose en la excepción del contrato no cumplido

⁹³ BRUNETTI, cit. por RAMIREZ, J.A., *idem*, p. 1270.

⁹⁴ El primer efecto que produce la sentencia de quiebra frente a estos contratos es que no se resuelven *ipso iure* sino que entran en una fase de paro, que permite a los órganos de la quiebra deliberar sobre su ejecución. La quiebra no es un incumplimiento subjetivo sino generalizado. El incumplimiento que se produce con la quiebra misma, no puede conferir derechos en perjuicio de la masa (cfr., RIVERA – ROITMAN – VITOLO, *Ley de Concursos y Quiebras*, T. II., Ed. Rubinzal Culzoni, p. 362).

⁹⁵ Cfr. RODRIGUEZ, cit. por RAMIREZ, J.A., *ob. cit.*, T. II, p. 1270.

⁹⁶ ROITMAN, *Efectos Jurídicos de la Quiebra*, Ed. Lerner, Córdoba 1976, p. 60.

⁹⁷ LELLA, Pedro J., “Quiebra y contratos con prestaciones recíprocas pendientes”, RDCO, 1984-479.

⁹⁸ TONON, A., *Derecho Concursal*, T. II, p. 214.

por el cocontratante; ya que no hay obligación de dar o hacer la prestación cuando el propio contratante, a su vez, no hace la suya.

En suma, la solución lógica al problema de intereses creado sería la siguiente: la declaración de quiebra habría de detener o suspender el contrato, a fin de permitir, con debido respeto a los intereses contrapuestos en juego, ya su continuación, ya su resolución definitiva⁹⁹.

No obstante, siempre podrá darse el caso que la parte *in bonis*, en vez de querer desligarse del contrato, quisiera cumplirlo por su cuenta, afrontando las limitaciones impuestas por la quiebra a la contraprestación. En tal caso, la sindicatura, en representación de la masa, no podrá oponerse, por falta de interés legítimo para ello, frente al derecho de la otra parte a cumplir; pero, naturalmente, el contratante *in bonis* quedará sujeto a la ley del dividendo, y sólo percibirá, como contraprestación, y precisamente en dinero, como los restantes acreedores, el porcentaje que a su crédito corresponda en la liquidación, en el tiempo y por el orden en que la distribución se haga.

17. Continuación del contrato.

En el régimen actual la continuación del contrato puede ser solicitada tanto por el tercero¹⁰⁰ como por la sindicatura¹⁰¹, quedando la decisión definitiva a

⁹⁹ RAMIREZ, J.A., ob. cit., T. II, p. 1271.

¹⁰⁰ Durante la vigencia del régimen anterior se discutía en doctrina y jurisprudencia acerca de la facultad de la parte *in bonis* de pedir el cumplimiento del contrato, y no solo de la resolución que preveía la ley 19.551. Así, consideraba GARCIA MARTINEZ que si la parte *in bonis* optaba por ejecutar su prestación hasta cumplirla íntegramente y así lo hacía saber al síndico dentro del plazo fijado por el art. 114 de la ley 11.719 (hacia notar el autor, que esa norma regulaba una situación similar a la contemplada en el art. 148, inc. 1º, ley 19.551, que no preveía el pedido de cumplimiento, sino solo la resolución), el síndico no podría oponerse, pero en tal caso la parte *in bonis* debía someterse a la ley del dividendo y cobrar en moneda de quiebra, porque no sería acreedor de la masa sino del fallido (GARCIA MARTINEZ, Francisco, “Efectos de la sentencia de quiebra sobre los contratos bilaterales en curso de ejecución”, LL, 88-959). Por su parte, ROITMAN, invocando el principio general *pacta sunt servanda* (los pactos han de cumplirse), opinaba que frente a la quiebra el rigor de aquel principio se reafirma, al consagrar la excepción a su cumplimiento, lo cual no excluye la continuación con el concurso, del contrato preexistente, máxime si media asentimiento expreso en tal sentido de la parte *in bonis*; agregaba que, aunque la ley de concursos no había reglado el caso de manera especial, la quiebra, más que resolver, suspendía el contrato, y para que se llegara a la

disolución del vínculo era menester el requerimiento de dicho contratante. Como consecuencia e interpretando *a contrario sensu* los arts. 147, inc. 3º, y 148, inc. 1º (ley 19.551), consideraba viable que expresara su voluntad requiriendo la continuación del contrato. Además pone de relieve las dos situaciones que podrían ocurrir: 1) que se conformara con la prestación abonada en moneda de quiebra; 2) que reclamara el cumplimiento íntegro de dicha prestación (ROITMAN, ob. cit., p. 68). Compartían ese criterio **GARCIA MARTINEZ – FERNANDEZ MADRID**, quienes decían que, aunque la ley no había reglado este caso especial, implícitamente recibía su consagración toda vez que, para que la quiebra llegara a la disolución del vínculo, era menester el requerimiento del contratante *in bonis (passim)*. A su vez, **LELLA** sostenía que la situación estaba íntegramente gobernada por el art. 144, y que el juez era el único que podía decidir la continuidad por la vía de dicho texto legal, dado que su inc. 3º contemplaba el caso; si el contratante *in bonis* llegaba a exigir expresamente el cumplimiento, sólo en caso de ser acogido favorablemente por el síndico se daría la posibilidad de que el juez lo considere. Son los intereses de la quiebra –decía– los que dominan la situación y no cabe dar lugar a relaciones jurídicas prefalimentarias, si no resultan convenientes para el concurso (LELLA, P.J., ob. cit., p. 479). **FARINA** compartía este criterio (FARINA, Juan M., “La declaración de quiebra y contratos con prestaciones recíprocas pendientes”, Zeus, 10-D-3). **QUINTANA FERREYRA**, aclaraba que si bien se aprecia, la discrepancia sólo radica en la facultad que pueda tener la parte *in bonis* para formular la petición de continuación del contrato, pues en lo que atañe a lo sustancial, es indispensable la resolución judicial. Asimismo, consideraba que nada obsta a que el no fallido requiriera el cumplimiento del contrato, en razón de que, en definitiva, lo valedero era la resolución que dictara el juez; era indiferente quién formulara la petición, la cual estaba limitada a instar un pronunciamiento del magistrado. En consecuencia, estimaba que ese pedido no perjudicaba los intereses de los acreedores. A su vez, opinaba que la parte *in bonis* debía cobrar como acreedora del concurso (art. 240); sostenía que la otra solución, propugnada por **GARCIA MARTINEZ** (cobrar en moneda de dividendo) era difícil de ser aceptada por la parte *in bonis*. Por otro lado, decía el autor, bien podía ocurrir que el síndico desconociera la trascendencia que lo pactado podía tener para los intereses bajo custodia, y que los elementos de juicio que aquella acreditara tengan la suficiente jerarquía para que el juez ordenara que se cumpla el contrato, en cuanto prioritariamente –por cierto– no significara un deterioro del activo concursal (ob. cit., T. II, p. 506). En un caso judicial, se planteó por la parte *in bonis* que el concurso terminara la construcción de un edificio a los fines de su habitabilidad. Dicho pedido evidencia por sí mismo su improcedencia, ya que solo ocasionaría gastos al concurso en detrimento de los intereses de los acreedores. Se resolvió que el contratante no fallido carece de derechos a exigir el cumplimiento del contrato (CNCom, sala C, 19-XI-76, SPLL, 1980-479, cit. por **LELLA**, *passim*).

En contra, **FLORIT, S.M. y ROSSI, J.M.**, quienes sostenían, con apoyo en alguna jurisprudencia, que: “el contratante *in bonis*, no podrá nunca requerir el cumplimiento de las obligaciones contractuales pendientes a cargo del fallido”; así se resolvió jurisprudencialmente al decidirse que “el contratante no fallido no tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato tal como lo dispone el inciso 31 del art. 147 de la ley 19.551, en cuanto hubiere prestaciones recíprocas pendientes, correspondiendo al concurso, por medio de su representante, optar por la resolución o cumplimiento del contrato” (CNCom, sala C, 23-III-1979, “Editorial Codex S.A. s/Concurso”, JA 1979-IV-82; cit. por **FLORIT, S.M. y ROSSI, J.M.**, ob. cit., T. II, p. 438). Otro fallo también se pronunció en contra: “El contratante no fallido no tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato tal como lo dispone el inciso 3º del artículo 147 de la ley 19.551, en cuanto hubiere prestaciones recíprocamente pendientes, correspondiendo al concurso, por medio de su representante, optar por la resolución o cumplimiento del contrato (CNCom, sala C, 19-XI-76, ED 73-347; cit. por **RIVERA – ROITMAN – VITOLO**, *Ley de Concursos ...*, T. II, p. 360).

¹⁰¹ Respecto de la oportunidad de pronunciamiento por parte del síndico, acerca de la continuación de los contratos, se ha resuelto, durante la vigencia del sistema anterior que: “el síndico, no mediando petición del contratante *in bonis* puede optar por la continuación del contrato, tomando la iniciativa y con la autorización judicial, notificando al tercero contratante en el término de 45 días computados a partir de la última publicación de los edictos” (C1ªCivCom BBlanca, b-XI-79, SPLL, 1980-479). En consecuencia, sostiene **QUINTANA FERREYRA**, la decisión del síndico puede hacerse valer con

cargo del juez ¹⁰². Por otra parte, cualquier acreedor o interesado ¹⁰³ puede emitir opinión sobre la conveniencia de su continuación o resolución (cfr. art. 144, incs. 1º, 2º, 3º, LCQ).

El tercero cocontratante puede, también, manifestar su intención de resolver el contrato ¹⁰⁴.

En todo caso, el plazo para oír al contratante *in bonis* (con su intención de continuar o resolver el contrato), y a cualquier acreedor interesado, es de veinte (20) días corridos desde la publicación de edictos (de la sentencia de quiebra; art. 89,

total independencia de lo que solicite la parte no fallida, al punto de que, si –acaso- considerara conveniente una inmediatez para dejar esclarecidos los derechos de ambas partes, podrá hacerlo sin necesidad de esperar el vencimiento del plazo que determina el inc. 1º. Se trata, pues, del ejercicio de un derecho autónomo (cfr., ob. cit., T. II, p. 508).

¹⁰² Con relación al sistema de la ley anterior 19.551, **TONON** se explica el mecanismo adoptado por la normativa concursal para definir la suerte de los contratos bilaterales pendientes en la quiebra: “Dentro del plazo de treinta días contados a partir de la última publicación de los edictos, el contratante *in bonis* puede petitionar al juez la resolución del contrato. Supuesto que en el plazo de veinte días contados a partir de que el síndico fue notificado del traslado, éste requiera que “el contrato se cumpla igualmente tomando a cargo del concurso el pago de la prestación pendiente con el contratante no fallido”, y el juez acoja favorablemente el requerimiento del síndico y la decisión sea notificada al contratante *in bonis*, el contrato queda asumido por el concurso. Supuesto que en el mencionado plazo de veinte días el contratante *in bonis* no reciba notificación alguna de que el concurso decidió asumir el contrato, el contrato queda resuelto. Pero puede suceder que en el plazo de treinta días el contratante *in bonis* no haya solicitado la resolución del contrato. Entonces, en los quince días subsiguientes, el síndico puede requerir que se tenga por resuelto el contrato o que continúe, requerimiento que queda sujeto a la pertinente decisión judicial, que debe ser notificada al contratante *in bonis*. Si el contratante *in bonis* no tomó la iniciativa de pedir la resolución del contrato, a los cuarenta y cinco días de la última publicación de los edictos se sabrá, a más tardar, si el contrato ha quedado resuelto o ha quedado asumido por el concurso. Si el contrato ha quedado resuelto, el contratante *in bonis*, sin perjuicio de hacer valer en la quiebra los créditos originados por las prestaciones cumplidas antes de su declaración, no tendrá derecho de reclamar daños y perjuicios por la resolución (art. 142, in fine). Si el contrato ha quedado asumido por el concurso, el contratante *in bonis* quedará obligado a cumplir su prestación pendiente, pero al mismo tiempo tendrá derecho a exigir el cumplimiento de la prestación que estaba a cargo del fallido, pasando a ser -para la eventualidad de que ésta no sea cumplida- acreedor del concurso con la preferencia del art. 240” (ob. cit., T. II, p. 223).

¹⁰³ Como se expusiera *ut supra*, a nuestro criterio el deudor resulta un interesado en el trámite del art. 144.

¹⁰⁴ Explica **ROUILLON** que “el tercero contratante *in bonis* o cualquier acreedor o tercero interesado (no contratantes; esto es, que no fueran partes en el contrato en cuestión) pueden presentarse al juez del concurso haciendo saber la existencia del contrato con prestaciones recíprocas pendientes y, en el caso del cocontratante, la intención de continuarlo o resolverlo, en tanto el acreedor o tercero expresarán su opinión sobre esas alternativas. La intervención del acreedor o del tercero interesado es independiente de la existencia o no de previa manifestación del contratante *in bonis* acerca de la intención de éste sobre la suerte del contrato” (ob. cit., p. 211).

LCQ), hecha en el domicilio de quien formulare la presentación; en el caso que en su domicilio no se hubiesen publicado edictos –por no corresponder-, se tendrá en consideración su publicación en la sede del juzgado concursal ¹⁰⁵.

El síndico, por su parte, debe hacer saber la existencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes (de los que hubiese tomado conocimiento, obviamente) y, a la vez, expresar opinión técnicamente fundada acerca de la conveniencia de continuarlos o resolverlos. Tal información y opinión deben ser vertidas en el informe prescripto por el art. 190, LCQ, independientemente de cuál fuera el consejo que el síndico diere acerca de la continuación empresarial.

Desde luego, el magistrado deberá resolver teniendo en consideración excluyente el interés que el resultado del contrato pueda producir en la quiebra.

Si la sindicatura desea continuar el contrato, por el beneficio que ello irrogaría a la masa, la obligación del quebrado se convertirá en una obligación de la masa, y se sustraerá, por tanto, a la ley de la quiebra; en tal caso la parte *in bonis* no podría oponerse; pero, naturalmente, sólo vendrá obligada al cumplimiento si la sindicatura cumple estrictamente las obligaciones del quebrado o garantiza eficazmente su cumplimiento.

En este supuesto, el contrato se cumple normalmente según lo acordado, y las prestaciones efectuadas por la parte no fallida luego de la sentencia de quiebra generarán créditos preferidos (art. 240, LCQ), respecto del resto de los acreedores, toda vez que la continuación del contrato habrá sido decidida en beneficio de la masa.

Si el concurso asume el contrato, las prestaciones pendientes deberán ser cumplidas en los términos de la legislación común. El contratante *in bonis* estará

¹⁰⁵ Para un plazo típicamente concursal como este, es inexplicable establecer que los días son corridos en lugar de hábiles judiciales (art. 273, inc. 2, LCQ). Ello puede generar inconvenientes y dificultades cuando el vencimiento se produjere en ferias judiciales, sin que se adviertan las ventajas de la excepción consagradas en este inc. 1º del art. 144 de la LCQ (ROUILLON, A., *idem*, p. 211/212).

obligado a cumplir su prestación pendiente, pero al mismo tiempo tendrá derecho a exigir el cumplimiento, en términos proporcionales, de la prestación adeudada por el concursado ¹⁰⁶.

Pero si el concurso no asume el contrato, y el mismo se resuelve, ya no producirá efectos para lo futuro; pero dicha resolución no tendrá incidencia sobre las prestaciones cumplidas, que serán consideradas firmes, en la medida que se puedan considerar equivalentes.

Con la particularidad de que el contratante *in bonis* no podrá reclamar daños y perjuicios por la resolución porque, como lo dice expresamente el art. 142 in fine –norma que es de aplicación tanto para la quiebra como para el concurso preventivo-, “la quiebra (o mejor dicho, el concurso) no da derechos a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley” ¹⁰⁷.

En el supuesto de decidirse la continuación del contrato, si el contratante *in bonis* hubiese manifestado su intención de resolución, o expresamente hubiera estimado insuficiente como seguridad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo el correspondiente rango de gasto de conservación y justicia de las prestaciones a cargo del concurso (art. 240, LCQ), demandando –por ello- garantías específicas para la continuación, el juez puede disponer la constitución de éstas.

En tal caso, en la sentencia que decide la continuación del contrato, las garantías ordenadas deberían ser individualizadas, fijarse un plazo perentorio para otorgarlas, y entenderse implícito (si no estuviese expreso) el apercibimiento de que

¹⁰⁶ **TONON, A.**, ob. cit., T. II, p. 216. Quien, además, nos dá el siguiente ejemplo: “Decimos en términos proporcionales, para el supuesto de que las prestaciones sean fraccionables. Supongamos que el contratante *in bonis* le compró al concursado diez toneladas de papel, le pagó ocho y no recibió ninguna. La prestación pendiente a cargo del concursado es la entrega de diez toneladas. El contratante *in bonis* tendrá que cumplir su prestación pendiente, pero el concurso no tendrá que cumplir la totalidad de su prestación pendiente, que es la entrega de diez toneladas, sino la proporcional a la que debe cumplir el contratante *in bonis*, o sea, dos toneladas. Por las ocho que el contratante *in bonis* había pagado antes del concurso tendrá que pedir verificación del pertinente crédito, pagadero en moneda concursal”.

¹⁰⁷ La legislación francesa admite, al contrario, que el contratante *in bonis* tiene derecho a reclamar daños y perjuicios pagaderos en moneda concursal.

el contrato ha de quedar resuelto en defecto de constitución en tiempo de dichas garantías ¹⁰⁸.

No obstante la intención de la sindicatura de continuar el contrato, la parte *in bonis* podrá negarse al cumplimiento de las prestaciones a su cargo: a) si su vinculación con el quebrado fuese de tipo personalísima; b) si en el contrato se hubiere convenido su rescisión o resolución en caso de quiebra de cualquiera de los contratantes.

18. Resolución del contrato a causa de la quiebra.

El art. 143, inc. 3º, confiere al contratante *in bonis* el derecho de requerir prioritariamente la resolución del contrato, a fin de evitar el desequilibrio económico que se produciría al obligarle a cumplir su prestación, en tanto que la contraprestación debida por el fallido sería sufragada en moneda de quiebra.

A pesar de ello, ese derecho queda subordinado al correlativo derecho que puede ejercer el síndico, según se dispone en el artículo siguiente, de manera tal, que si bien en principio la iniciativa corresponde a la parte *in bonis*, también se toma en consideración que no exista detrimento en el activo del concurso en el supuesto de que fuera conveniente el recíproco cumplimiento ¹⁰⁹. En este caso la mencionada parte adquirirá el carácter de acreedor del concurso. La ley atiende de esa manera a la solución de las múltiples situaciones que puedan presentarse en función de las circunstancias particulares de cada caso.

Según resulta de la redacción del mentado inc. 3º, se aprecia que el sistema adoptado importa afirmar implícitamente que la sentencia declarativa de quiebra no resuelve *ipso iure* los contratos que comentamos (art. 149), sin perjuicio

¹⁰⁸ ROUILLON, A., ob. cit., p. 212/213.

¹⁰⁹ ARGERI, Saúl, *La quiebra y demás procesos concursales*, Ed. Platense, La Plata 1972, T. II, p. 370.

de que no ocurra lo mismo respecto de otros específicamente determinados (arts. 151, 155 y 162) ¹¹⁰.

Tal como se anticipara, la quiebra no comporta, por sí, la resolución de los contratos bilaterales del deudor, pendientes de cumplimiento –total o parcialmente- en el momento de declararse la quiebra, sino solo su suspensión hasta que haya una decisión por continuar o resolver el contrato.

En definitiva, el juez concursal decide la continuación o resolución de cada contrato con prestaciones recíprocas pendientes: al resolver la continuación de la empresa del fallido (en esta misma resolución) o, en defecto de continuación inmediata de la explotación, por una resolución específica.

La ley 11.719 imponía un plazo, calificado de exiguo ¹¹¹, de tres (3) días para que la parte *in bonis* expresara su “renuncia” al contrato (art. 114).

Advierte ROITMAN que el plazo luego otorgado es lo suficientemente amplio para evitar los problemas que planteaba el concedido por aquella ley ¹¹². Con la ley 19.551, el plazo ha sido ampliado a treinta (30) días, considerando que la sentencia de quiebra no se conozca simultáneamente con su publicidad (cinco días, art. 97), lo cual en realidad ocurre con frecuencia.

Además, si se tiene en cuenta la eventual complejidad de los contratos, que obliga a una evaluación meticulosa, amén del adecuado estudio del estado económico actual del patrimonio del deudor y de las contingencias futuras, se apreciarán las razones que explican la extensión del plazo. Por otra parte, no se trata de un término suspensivo, y nada obsta a que la parte *in bonis* declare su decisión

¹¹⁰ GARCIA MARTINEZ – FERNANDEZ MADRID, *Concursos*, T. II, p. 946; ROITMAN, Horacio, *Efectos Jurídicos de la Quiebra*, p. 49; cit. por QUINTANA FERREYRA, F., ob. cit., T. II, p. 501.

¹¹¹ GARCIA MARTINEZ – FERNANDEZ MADRID, ob. cit., T. II, p. 949.

¹¹² ROITMAN, H., ob. cit., p. 61.

con adecuada anticipación; cabe –incluso- suponer, razonablemente, que tiene interés en la pronta determinación de la relación jurídica existente ¹¹³.

La ley 24.522 confiere al tercero contratante *in bonis* un plazo de veinte (20) días corridos de la publicación de edictos en su domicilio o en sede del juzgado si aquellos no corresponden, para que se presente a la quiebra haciendo saber la existencia del contrato pendiente y su intención de continuarlo o resolverlo (cfr., art. 144, inc. 1º, LCQ) ¹¹⁴.

En cualquier supuesto, si hubieran transcurrido sesenta (60) días -hábilés judiciales- desde la publicación de edictos de la sentencia de quiebra sin haberse dictado el pronunciamiento judicial sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes (o sobre alguno de ellos), el contratante *in bonis* puede exigir dicha decisión judicial ¹¹⁵, a fin de ponerle término definitivo a la suspensión del contrato.

Es dable advertir, respecto de la distinta situación fáctica que se presenta según que se trate de un concurso preventivo o de una quiebra; recordemos que el art. 20 acuerda al deudor la facultad de requerir al tribunal la autorización para continuar con el cumplimiento de esos contratos, en tanto que en el supuesto de la quiebra se atribuye a la parte *in bonis* la prioridad, como lógica consecuencia del desapoderamiento que sufre el deudor y de los distintos objetivos que orientan los

¹¹³ **QUINTANA FERREYRA, F.**, ob. cit., T. II, p. 503. Agrega este autor, con respecto al régimen anterior, que “si el síndico no se pronuncia acerca del pedido de resolución presentado al juez en tiempo y forma, entonces su silencio equivale a admitir la resolución del contrato requerida por la parte *in bonis*. El plazo es perentorio, y por lo tanto su vencimiento sin que dicho contratante haya manifestado su interés en la resolución o cumplimiento del contrato produce el decaimiento de su derecho, y según resulta del inc. 3º, se entiende que defiere la elección al síndico”.

¹¹⁴ La norma del art. 1204 del Código Civil posibilita sólo la acción de cumplimiento de contrato (en el caso, escrituración) cuando no se ha optado con anterioridad por la resolución del negocio, pero no cuando esto último ya se ha verificado. Por ello, la verificación oportuna formulada y obtenida por el incidentista de una suma líquida y exigible, sin reserva de ninguna especie, resulta obstativa al progreso de la demanda por escrituración (CNCom, sala A, 15-V-78, “Avila, alfredo c/Garig Motta, Elman”; cit. por **RIVERA – ROITMAN – VITOLO**, *Ley de Concursos ...*, T. II, p. 363).

¹¹⁵ La oportunidad y plazos de la decisión judicial sobre un contrato con prestaciones recíprocas pendientes, pueden alterarse –para su adelanto- en supuestos de excepción que exijan mayor premura (**ROUILLON, A.**, ob. cit., p. 212). Corresponde al juez concursal apreciar la existencia de estas circunstancias excepcionales y, para el caso de abreviar los plazos, hacerlo saber fijando términos expresos dentro de los cuales correrá vista a fin de oír al síndico y al contratante *in bonis*.

trámites respectivos. Ello no obstante, en definitiva –aunque por diferentes vías- es el juez quien decide la resolución o el cumplimiento, en ambos concursos (arts. 20 y 144) ¹¹⁶.

Formulado el requerimiento ante el juez concursal, si el contratante *in bonis* no es notificado fehacientemente dentro de los diez (10) días siguientes sobre la decisión judicial, el contrato queda resuelto ¹¹⁷.

En tal supuesto, el concurso no habrá asumido el contrato, y el mismo quedará resuelto, por lo que ya no producirá efectos para lo futuro. No obstante, la resolución operada no tendrá incidencia sobre las prestaciones cumplidas, que serán consideradas firmes ¹¹⁸, en la medida que las mismas se puedan considerar equivalentes.

Cabe recordar que el contratante *in bonis* no podrá reclamar daños y perjuicios a causa de la resolución, toda vez que, como lo prescribe expresamente el art. 142 *in fine* –aplicable tanto en la quiebra como en el concurso preventivo-, “la quiebra (o, mejor dicho, el concurso) no da derechos a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley” ¹¹⁹.

19. Inactividad del tercero *in bonis* y de la sindicatura.

Si ninguna de las partes se pronuncia, manteniendo silencio en un sentido o en otro (continuación o resolución), el contrato queda en suspenso, a menos que la parte *in bonis* ponga en mora a la sindicatura, y ésta se decida a no asumir el contrato o deje pasar el plazo legal de diez (10) días establecido en art. 144, inc. 5°, LCQ.

¹¹⁶ QUINTANA FERREYRA, F., ob. cit., p. 499.

¹¹⁷ Es un curioso caso en que, en realidad, se dispensa al juez de resolver fundadamente, ya que su mera inactividad se asimila a una decisión judicial en pro de la resolución contractual (ROUILLON, A., ob. cit., p. 212).

¹¹⁸ Cfr. TONON, A., ob. cit., p. 216.

¹¹⁹ La legislación francesa admite, al contrario, que el contratante *in bonis* tiene derecho a reclamar daños y perjuicios pagaderos en moneda concursal.

La ley 24.522 innova en el mecanismo para adoptar la solución concursal por las partes involucradas y el juez. En caso que no se haya dictado pronunciamiento, el contrato solo se resolverá a instancias del requerimiento del tercero *in bonis*, según dispone la norma (art. 144, inc. 5°). Cabe también entender que el requerimiento a fin de obtener del juez un decisorio definitivo puede provenir de la sindicatura.

En el régimen anterior (ley 19.551), el contrato quedaba resuelto por imperio legal y en forma automática una vez vencidos los plazos previstos ¹²⁰, sucesivamente, para que el tercero contratante *in bonis*, en primer lugar, y el síndico, luego de aquel, manifiesten su parecer respecto del destino del contrato ¹²¹.

20. Daños y perjuicios derivados del incumplimiento a causa de la quiebra.

Producto del desapoderamiento que conlleva la falencia (art. 107 citado), no puede imputarse responsabilidad por falta de cumplimiento contractual a quien se encuentra impedido, por la propia ley, de ejercer sus derechos de disposición y administración.

¹²⁰ Si ninguna de las partes toma la iniciativa, al vencimiento de los plazos indicados por la ley concursal respecto de los contratos en curso de ejecución, el contrato queda resuelto de pleno derecho (C1ªCivCom Bblanca, 8-XI-79, “Luini, Emilio J. En Billetti, J.A. s/Quiebra”, LL 1980-479, supl., cit. por **RIVERA – ROITMAN – VITOLO**, *Ley de Concursos* ..., T. II, p. 360).

¹²¹ Durante la vigencia de la ley anterior, se dispuso que: “si quien facilitó un bien en *leasing* a la concursada ha ejercido su derecho fuera del tiempo autorizado por la ley (art. 148, inc. 1°, ley 19.551) y tampoco consta que la sindicatura haya hecho la opción que le acuerda la ley, ni que haya solicitado la misma, en consecuencia y haciendo aplicación del inc. 3° in fine del art. 148, queda resuelto el contrato por voluntad de la ley, lo que así debe disponerse, dejando a salvo los derechos que puedan corresponder al solicitante sobre el saldo pendiente que denuncia” (C2ªCivCom Córdoba, 12-VII-84, LLC, 1983-262). El mismo tribunal había resuelto con anterioridad que “dada la naturaleza del contrato, compraventa de inmueble, y no siendo el mismo de los supuestos contemplados por el art. 1185 bis del Cód. Civil, la situación de autos engasta en lo dispuesto por el art. 147 de la LC, debiendo ubicárselo en el apartado tercero del mismo. De las propias constancias de autos, se sigue que ninguna de las partes había cumplido al tiempo del reclamo, con el total de las prestaciones. Siendo ello así, resulta aplicable el art. 148 de la LC; por lo que al no haber hecho opción el comprador de pedir la resolución del contrato, se entiende deferida a favor del síndico. Como éste a su vez no pidió la suficiente autorización judicial en el plazo que marca la ley para procurar la continuación del contrato, haciendo aplicación del apartado tercero, última parte de la norma citada, el

Ello trae como consecuencia que la parte *in bonis* no puede pretender resarcimiento por los daños y perjuicios que le ocasionare el incumplimiento según la regulación de los arts. 216, Cód. Comercio y 1204, Cód. Civil. Lo propio ocurre si se hubiera estipulado contractualmente la obligación de indemnizar los susodichos daños y perjuicios.

contrato de compraventa ha quedado resuelto. Siendo ello así, sólo cabe la restitución por las partes de lo recíprocamente entregado” (C2ªCivCom Córdoba, 16-V-83, LLC, 1984-520).

- 56 -

V. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

21. Inaplicabilidad del pacto comisorio.

El incumplimiento contractual, de obligaciones nacidas con anterioridad al concurso o quiebra, operado también con anterioridad al concurso o quiebra, es causal de resolución de la relación jurídica, según los arts. 1204, Cód. Civil y 216, Cód. de Comercio.

En el derecho común el incumplimiento de una de las partes faculta a la otra a dar por resuelto el contrato. Es lo que se llama pacto comisorio expreso o tácito (art. 1204, C.C.; 216, C.Com.). No sucede así en el concurso preventivo o en la quiebra. El art. 145, norma que es aplicable tanto en la quiebra como en el concurso preventivo ¹²², dice: “*La sentencia de quiebra hace inaplicables las normas legales o contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento, cuando esa resolución no se produjo efectivamente o demandó judicialmente antes de dicha sentencia*”. Por consiguiente, subsistirán las relaciones contractuales según estaban convenidas hasta entonces, aunque sujetas a la solución a que regulan los artículos 143 y 144, LCQ ¹²³.

22. Fundamentos de la norma.

Reiterando lo expresado en la exposición de motivos, el fundamento de la disposición que no admite la resolución por incumplimiento, se encuentra en la *par conditio creditorum* evitando que en algunas circunstancias los acreedores con prestaciones pendientes de ser cumplidas queden colocados en condiciones más

¹²² En cuanto al fundamento del artículo 145 de la L.C.Q., debe buscársele en el principio orientador de que la quiebra no es razón de incumplimiento por la parte *in bonis* (BONFANTI, M.A. y GARRONE, J.A., ob. cit., p. 423)

¹²³ Las reglas generales del pacto comisorio no pueden hacerse valer en la quiebra. Desde la sentencia de quiebra el interés individual cede frente al general y se sustrae la relación de la protección que le dispensaba el derecho común, sea por previsión legal -pacto comisorio tácito- o contractual -expreso- (RIVERA – ROITMAN – VITOLO, *Ley de Concursos ...*, T. II, p. 362).

favorables que los restantes ¹²⁴. Así lo ha declarado un fallo en estos términos: “la finalidad del art. 149 de la ley 19.551 ha sido evitar que por vía de la resolución del contrato, el acreedor del fallido escape a la regla de la *par conditio creditorum*” ¹²⁵.

Los intereses particulares de la masa de acreedores y los públicos que vienen indicados en la crisis empresaria y la mutación del *status* que soporta el deudor ya fallido le traen la imposibilidad jurídica de disponer de su patrimonio, lo cual implica que su voluntad, al quedar sometida a la ley, es irrelevante como signo de incumplimiento ¹²⁶.

Desde luego, el fundamento habrá de buscarse en el principio orientador de que la quiebra no es razón de incumplimiento por la parte *in bonis*, cuando no existió efectiva resolución del contrato o no se accionó por la vía judicial a tal fin, además de evitar que la parte no fallida, en caso de prestaciones pendientes, no se beneficiara indebidamente ¹²⁷.

En efecto, en virtud de la declaración de la quiebra, el deudor se encuentra legalmente imposibilitado de cumplir con sus obligaciones y esa imposibilidad no puede equipararse al incumplimiento. La quiebra no tiene la misma naturaleza ni los mismos efectos que el incumplimiento común de las obligaciones y coloca a los acreedores en un pie de igualdad, sometiéndose a la ley del dividendo ¹²⁸.

En materia de falencia si bien el incumplimiento se debe a un hecho del deudor, la causa de dicho incumplimiento no está dada por su voluntad, sino por el hecho generador de su impotencia patrimonial para el cumplimiento de sus

¹²⁴ Cfr. **QUINTANA FERREYRA, F.**, ob. cit., T. II, p. 510.

¹²⁵ CNCom, sala D, 2-IV-84, LL, 1984-C-129.

¹²⁶ Cfr. **ARGERI, Saúl**, *La Quiebra* ..., T. II, p. 373 y ss.

¹²⁷ Cfr. **BONFANTI, M.A. y GARRONE, J.A.**, ob. cit., p. 499.

¹²⁸ Cfr. **GARCIA MARTINEZ – FERNANDEZ MADRID**, ob. cit., T. II, p. 953.

obligaciones, vale decir, la cesación de pagos, presupuesto esencial del proceso concursal ¹²⁹.

Además del fundamento señalado, advierte QUINTANA FERREYRA, que la norma comentada exhibe una aplicación de lo dispuesto en el art. 107, LCQ, que determina los efectos del desapoderamiento. No puede imputarse responsabilidad por falta de cumplimiento contractual a quien se encuentra impedido por la propia ley de ejercer sus derechos de disposición y administración ¹³⁰.

En definitiva, el legislador ha querido que la parte no fallida, en caso de prestaciones recíprocas pendientes, no se beneficiara indebidamente, cuando las situaciones no se hubieran concretado o definido de manera adecuada ¹³¹. Por tal motivo, para la emergencia concursal debemos prescindir de la facultad resolutoria implícita en los contratos por causa de incumplimiento de uno de los contratantes (1203, 1204, Cód. Civ.; 216, Cód. Com.) ¹³².

23. Efectos.

Si antes de la petición de concurso preventivo o de declaración de quiebra de la contraparte y frente a un incumplimiento de esta última, el contratante no hizo uso de la facultad de dar por resuelto el contrato o no demandó judicialmente su resolución, ya no podrá invocar las normas legales de derecho común ni las eventuales cláusulas contractuales que prevén la resolución por incumplimiento.

Interesa destacar que no solo el concurso no produce la resolución automática de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, sino también que el incumplimiento del concursado (como tal), no autoriza al contratante *in bonis* a dar por resuelto el contrato.

¹²⁹ Cfr. ROITMAN, H., ob. cit., p. 52.

¹³⁰ QUINTANA FERREYRA, ob. cit., T. II, p. 512.

¹³¹ BONFANTI, M. y GARRONE, J.A., ob. cit., p. 423.

¹³² La quiebra no produce el incumplimiento típico, concebido por la técnica contractual, sino que crea un estado de impotencia (del patrimonio) para cumplir con el contrato (BRUNETTI, cit. por RAMIREZ, J.A., ob. cit., T. II, p. 1260).

Claro que si antes de la petición de concurso preventivo o del decreto de quiebra, el contratante *in bonis* hizo uso de la facultad de dar por resuelto el contrato, el contrato ya no produce efectos ¹³³.

Y si antes de la presentación en concurso preventivo o de la declaración de la falencia, el contratante *in bonis* demandó judicialmente la resolución del contrato, habrá que aguardar la pertinente sentencia, que tendrá efectos retroactivos a la fecha de la promoción de la demanda ¹³⁴.

Pero salvo estos supuestos, el contratante *in bonis* tendrá que atenerse a la normativa concursal, porque en virtud del art. 145, LCQ, pierden vigencia tanto las normas legales de derecho común, como las eventuales cláusulas contractuales que facultaban la resolución por incumplimiento.

El art. 145 prevé, como se anticipara, dos supuestos de excepción a la inaplicabilidad del pacto comisorio frente al concurso liquidativo:

a) Si antes de la sentencia de quiebra el incumplimiento ya se había producido de manera efectiva, el contrato permanece resuelto.

Ello supone que las intimaciones y demás requisitos regulados en los arts. 216 del Cód. de Comercio y 1204 del Cód. Civil han sido debidamente cumplidos y por consiguiente también efectivizada la resolución.

b) Si se hubiera entablado –también antes de dicha sentencia- la pertinente demanda judicial, habrá que esperar al resultado de la misma.

¹³³ Sin perjuicio de que dicha resolución pueda ser declarada ineficaz por vía de revocatoria concursal (art. 119, LCQ).

¹³⁴ Si la sentencia hace lugar a la demanda, el contrato quedará resuelto; si la rechaza, quedará sujeto a la normativa de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

Categoricamente se ha resuelto que “cuando antes de la declaración de quiebra ha mediado demanda de resolución, hay que atenerse a lo que dispone el contrato o la ley” ¹³⁵.

El art. 145 exhibe la expresión “demandó judicialmente” con el objeto de destacar con nitidez su diferencia con la facultad que aquellas disposiciones de los Códigos Civil y Comercial (arts. 1204 y 216) que confieren a la parte cumplidora para requerir, incluso extrajudicialmente ¹³⁶.

¹³⁵ C3ªCivCom Córdoba, 6-IV-84, Zeus Córdoba, 12-752. A su vez, **QUINTANA FERREYRA** estima que a esos efectos carece de jerarquía la circunstancia que la notificación de aquella se haya producido después de haber sido declarada la quiebra (ob. cit., T. II, p. 513).

¹³⁶ **QUINTANA FERREYRA, F.**, ob. cit., T. II, p. 514.

VI. CONCLUSIONES FINALES.

A lo largo de estas páginas hemos visto la complicada trama de instrumentos preceptuados por el ordenamiento concursal, a fin de promover las soluciones acordes con la emergencia producida por la insolvencia generalizada del deudor, en función de los intereses de terceros involucrados y la economía en general, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra.

La debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general, son pautas valorativas siempre presente en el espíritu del legislador concursal, pero ciertamente difíciles de compatibilizar entre sí, y con la igualdad de los acreedores, erigida en regla permanente.

No obstante ello, la ley de concursos brinda herramientas suficientes para el manejo del procedimiento, las cuales serán utilizadas de manera funcionalmente correcta, sorteando las deficiencias del régimen legal, por la agudeza interpretativa que despliegue el juez, como director del proceso concursal.

En relación a algunas de las cuestiones más controvertidas en el régimen de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, tanto en el concurso preventivo como en la quiebra, y a modo de aporte práctico, se esbozan las siguientes conclusiones:

- Debe tenerse siempre presente la distinta naturaleza que revisten los concursos preventivo y liquidativo. En el concurso preventivo, la empresa continua normalmente bajo la conducción del empresario deudor sin ser desapoderado del manejo de sus bienes. En cambio, la quiebra es esencialmente liquidativa, dado que la continuación empresaria (art. 189), está diseñada por la ley para tener vida transitoria a fin de proceder a una mejor realización del activo falencial.

- La regulación de los contratos en curso de ejecución, prevista en el art. 143, incs. 1º y 2º, sirve también de referencia para tales contratos frente al concurso preventivo del deudor.
- En lo que respecta a los contratos en curso de ejecución, cuya complejidad intrínseca o extrínseca impida la aplicación directa de las normas regulatorias previstas en la ley de concursos, debe buscarse su integración con las pautas interpretativas que trae el art. 159, LCQ.
- También como referencia obligada para cualquier solución debe tenerse presente que el derecho concursal debe interpretarse de consuno con las normas aplicables del derecho civil y del comercial o cualquiera otra del derecho común, porque la normativa concursal se complementa y no se contradice con ellas.
- Los contratos con prestaciones recíprocas pendientes se encuentran regulados tanto en el concurso preventivo como en la quiebra. Su concepto guarda homogeneidad o unidad conceptual, en todo el régimen concursal, a pesar de las diferencias de regulaciones que podamos observar en ambos concursos.
- Con la expresión “contratos con prestaciones recíprocas pendientes”, la ley se refiere a “contratos en curso de ejecución” que se hallan en un estado de ejecución determinado respecto de las prestaciones emergentes, y no a un tipo o categoría especial de contratos.
- De allí que tal concepto comprenda todos los contratos que posean prestaciones recíprocas pendientes al momento de la apertura del

concurso o la declaración de quiebra ¹³⁷; incluidos los contratos de ejecución continuada (salvo para la quiebra, art. 144, inc. 3º, LCQ).

- El deudor puede solicitar la autorización para continuar el contrato, aún después de vencido el plazo de treinta (30) días que la ley le concede en forma exclusiva ¹³⁸.
- Con basamento en el principio de conservación de la empresa y del contrato, consideramos que también podría requerir la continuación del contrato mediante la oposición a la resolución decidida por el contratante *in bonis*, en uso del derecho concedido por el tercer párrafo del art. 20, LCQ, aunque la literalidad de la norma parezca indicar lo contrario.
- La posibilidad del tercero cocontratante de exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso, bajo apercibimiento de resolución, en virtud de la autorización judicial para continuar con el cumplimiento del contrato (art. 20, párrafo primero, *in fine*, LCQ), importa lisa y llanamente la exclusión del cocontratante *in bonis* de los efectos del concurso. Ello implica una innovación del régimen actual en desmedro de la igualdad de los acreedores concursales. No obstante ello, aparece como la manera apropiada de compensar los derechos del tercero que continuará ligado contractualmente con el deudor a pesar de su insolvencia.
- El contratante *in bonis*, en lugar de optar por la resolución, puede optar por exigir el cumplimiento del contrato por parte del deudor

¹³⁷ Sin perjuicio del del régimen particularizado al que están sometidos los contratos regulados en los art. 147, 153, y 154, LCQ, solamente para la quiebra, según lo dispuesto en el inc. 3º, del art. 144, LCQ.

¹³⁸ Estimamos que el estado de suspensión en el que permanece el contrato luego de la apertura del concurso, permitiría arribar a tal conclusión, en función de otros principios (conservación de la empresa y del contrato).

concurado, lo que implica también la continuación del contrato. Para ello hará uso del derecho que le confiere el art. 753 del Código Civil, es decir, solicitará la caducidad de los plazos contractuales al momento de la presentación en concurso, y se insinuará en el pasivo concursal, sometiéndose, en cuanto a la prestación adeudada por el concursado, a las condiciones del concordato al que se arribe oportunamente. Asimismo, el tercero contratante *in bonis*, deberá cumplir su prestación del modo pactado.

- La consideración como crédito preferido, es decir, como “gasto de conservación y de justicia” (art. 240, LCQ), que la ley asigna a las prestaciones cumplidas por el tercero *in bonis* por mandato de la autorización judicial, encuentra suficiente fundamento en el eventual incumplimiento por parte del deudor respecto de la prestación a su cargo. Claramente, la prestación cumplida por el cocontratante *in bonis*, beneficia al concurso, siendo necesario –en consecuencia– proteger los derechos de la parte cumplidora.
- La inoperancia de la tradición simbólica, como modo de cumplimiento de la prestación, dispuesta por el art. 20, segundo párrafo, *in fine*, LCQ, tiene por finalidad proteger la posición del cocontratante *in bonis* que pueda resultar vendedor frente al concursado comprador. En efecto, permite al contratante *in bonis* recuperar la posesión y dominio de las cosas entregadas (mediante tradición simbólica), en caso de resolución del contrato ¹³⁹. Con el agregado a la parte final del primer párrafo del actual art. 20, por la ley 24.522, dicha interpretación no sería necesaria. La reforma faculta a la parte *in bonis* a “exigir el cumplimiento de las prestaciones

¹³⁹ Con lo cual se obtienen efectos similares a los consagrados en la quiebra con el instituto de la readquisición de la posesión regulado en los arts. 139 a 141, LCQ

*adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución”*¹⁴⁰.

- La resolución del contrato operada a causa del concursamiento preventivo extingue la relación para el futuro, pero subordina el reintegro de la prestación a los términos y condiciones del acuerdo preventivo. Es decir que, el crédito a favor del cocontratante *in bonis* que promovió la resolución, con origen en la reintegro de las prestaciones, debe ser insinuado para su incorporación definitiva al pasivo concursal.
- El incumplimiento operado con anterioridad al concursamiento preventivo puede dar lugar a la resolución del contrato (arts. 1203, 1204, Cód. Civ.; art. 216, Cód. Com.), sin que los efectos del concurso le sean extensibles.
- También, puede reclamarse la resolución por incumplimiento, en caso que se haya autorizado judicialmente la continuación del contrato (art. 20, LCQ), y que durante el concurso una de las partes haya incumplido sus prestaciones incurriendo en mora; pero siempre que la resolución se haya efectivizado o demandado judicialmente antes de la sentencia de quiebra que eventual y ulteriormente se dicte.
- La resolución de autorización de la continuidad de los contratos no posee carácter homologatorio de la legitimidad o validez intrínseca de los mismos. Se basa exclusivamente en el análisis de la conveniencia estrictamente económica del contrato, para el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial del deudor, en las condiciones en que se venía desarrollando antes del concursamiento,

¹⁴⁰ Como se expusiera *ut supra*, ahora, el contrato cuya continuación resulta autorizada judicialmente, queda excluido del régimen concursal, sin recurrir al remedio de restarle validez a la tradición simbólica operada antes del concurso.

a fin de conservar la integridad del patrimonio que servirá para soportar el cumplimiento del acuerdo preventivo. Por consiguiente, la mentada decisión judicial de autorización no reviste cosa juzgada material o formal respecto de la validez del negocio pendiente entre el concursado y el tercero *in bonis*. El cuestionamiento acerca de la legitimidad intrínseca de los contratos habrá de ventilarse en otro trámite procedimental, distinto al instaurado por el art. 20, LCQ.

- Resulta elogiable la amplia participación que promueve la reforma de la ley 24.522, al permitir la opinión de todos los interesados en el trámite concursal (tercero contratante, cualquier acreedor o interesado y el síndico), respecto de la conveniencia de la continuación o resolución de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes. A nuestro criterio, el deudor es un interesado, a pesar del desapoderamiento general que prevé el art. 107. Ello, en virtud de que su actividad en el trámite del art. 144 se hallaría comprendida en la legitimación procesal acotada que dispone el art. 110.
- Decidida la continuación del contrato, el juez debe favorecer la constitución de garantías específicas suficientes para resguardar debidamente los derechos creditorios del contratante *in bonis*, siempre que este último hubiera manifestado su intención de resolución, o expresamente hubiera estimado insuficiente como seguridad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del concurso el correspondiente rango de gasto de conservación y justicia (art. 240, LCQ) que asigna a las mismas el art. 144, inc. 7º, a), LCQ. A tal fin, resulta apropiado individualizar las garantías ordenadas y fijarse un plazo perentorio para otorgarlas, bajo expreso apercibimiento de que el contrato ha de quedar resuelto en defecto de constitución en tiempo de dichas garantías.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

CITADA Y CONSULTADA

- ARGERI, Saúl**, *La quiebra y demás procesos concursales*, Ed. Platense, La Plata 1972, T. I.
- BARBIERI, Pablo C.**, *Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.522*, Ed. Universidad.
- BONFANTI, Mario A. y GARRONE, José A.**, *Concursos y Quiebras*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CAMARA, Héctor**, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, comentario a la ley 19.551, Ed. Depalma, Bs. As. 1978, V. I y III.
- CASTAÑÓN, Alfredo**, “Concurso preventivo: contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes”, LL 1988-B-890.
- FARINA, Juan M.**, “Concurso preventivo: su influencia sobre los contratos celebrados con anterioridad por el concursado”, Zeus, 8-D-35.
- FARINA, Juan M.**, “La declaración de quiebra y contratos con prestaciones recíprocas pendientes”, Zeus, 10-D-3.
- FASSI, Santiago C.**, *Concursos Comerciales y Civiles*, Ed. Astrea, Bs. As. 1979.
- FERNANDEZ, Raymundo L.**, *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, T. II., Bs. As. 1967.
- FERNANDEZ MADRID - GARCIA MARTINEZ** –, *Concursos*, T. II.
- FLORIT, S.M. y ROSSI, J.M.**, *Comentario Teórico – Práctico a la Ley de Concursos*, T. II (Quiebra y sus efectos).
- GARCIA CUERVA, Héctor M.**, “Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a la explotación comercial”, LL 1978-A-798.
- GARCIA MARTINEZ, Francisco**, “Efectos de la sentencia de quiebra sobre los contratos bilaterales en curso de ejecución”, LL, 88-959.
- GARCIA MARTINEZ – FERNANDEZ MADRID**, *Concursos*, T. II.

- GARRONE, José A. y BONFANTI, Mario A.**, *Concursos y Quiebras*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- GRISPO Jorge D.**, “*Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*”, T. I.
- HALPERIN, Isaac**, *Resolución de los contratos comerciales*, Ed. Depalma, Bs. As. 1968.
- HEREDIA, Pablo**, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, T. I y II, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2000.
- LELLA, Pedro J.**, “Quiebra y contratos con prestaciones recíprocas pendientes”, RDCO, 1984-479.
- MAFFIA, Osvaldo J.**, “*Manual de Concursos*”, Ed. La Rocca, Bs. As. 1997.
- PROVINCIALI, Renzo**, *Tratado de Derecho de Quiebra*, Vol. II y III, Ed. Nauta, Barcelona, edición año 1938.
- QUINTANA FERREYRA, Francisco**, *Concursos*, Ed. Astrea, Bs. As. 1985, T. I y II.
- RAMELLA, A.**, *La resolución por incumplimiento*, Ed. Astrea, Bs. As. 1975.
- RAMIREZ, José A.**, *La Quiebra*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2º edición.
- RIVERA, Julio C.**, *Instituciones de Derecho Concursal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999, T. I y II.
- RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel R.**, *Concursos y Quiebras – Ley 24.522*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VITOLO, Daniel R.**, *Ley de Concursos y Quiebras*, T. II., Ed. Rubinzal Culzoni.
- ROITMAN, Horacio**, *Efectos Jurídicos de la Quiebra sobre los Contratos Preexistentes*, Ed. Lerner, Córdoba 1976.
- ROITMAN, Horacio, RIVERA, Julio C. y VITOLO, Daniel R.**, *Concursos y Quiebras – Ley 24.522*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- ROITMAN, Horacio, RIVERA, Julio C., VITOLO, Daniel R.**, *Ley de Concursos y Quiebras*, T. II., Ed. Rubinzal Culzoni.
- ROSSI, J.M. y FLORIT, S.M.**, *Comentario Teórico – Práctico a la Ley de Concursos*, T. II (Quiebra y sus efectos).

ROUILLON, Adolfo A.N., director, *Digesto Práctico La Ley - Quiebras*, vol. I, II y III.

RUBIN, Miguel Eduardo, “Concurso Preventivo: contratos con prestaciones recíprocas pendientes. Reforma de la ley 24.522”, ED 168:1156.

TONON, A., *Derecho Concursal*, Ed. Depalma, Bs. As. 1988, T. I y II.

VITOLLO, Daniel R., ROITMAN, Horacio y RIVERA, Julio C., *Concursos y Quiebras – Ley 24.522*, Ed. Rubinzal Culzoni.

VITOLLO, Daniel R., ROITMAN, Horacio y RIVERA, Julio C., *Ley de Concursos y Quiebras*, T. II., Ed. Rubinzal Culzoni.

WILLIAMS, R., *El concurso preventivo*, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1975.

ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos, *Código de Comercio y leyes complementarias*, T. VII, Ed. Depalma, Bs. As. 1981.