

Sobre las cláusulas de extinción contractual ante la cesación de pagos, concurso preventivo o quiebra a la luz de la Ley de Concursos y Quiebras

Por Martín Lythgoe

I. Introducción [arriba]

La cuantía económica de los contratos crece en forma constante y representa una porción cada vez mayor de la economía[1]. Diariamente las personas adquieren derechos y contraen obligaciones que tienen la potencialidad de afectar sustancialmente su capacidad patrimonial. En razón de ello, al hacerlo tienden, en principio, a eliminar cualquier incertidumbre que exceda la propia del negocio en cuestión. Así, al contratar, eventualmente superponen en forma innecesaria disposiciones contractuales con legislación de fondo. Otras veces, modifican normas disponibles a fin de adecuarlas a sus intereses. Finalmente, aunque no por eso menos común, en ocasiones incorporan estipulaciones que afectan disposiciones inderogables, por lo que devienen ineficaces[2].

Es usual que toda persona que se presenta en concurso preventivo o se le declara la quiebra se encuentre vinculada jurídicamente con terceros a través de contratos en curso de ejecución. Como toda otra situación, las partes quieren controlarla, sea para continuar el contrato, sea para extinguirlo, dependiendo si el beneficio obtenido por su finalización es mayor al de su continuación[3]. En razón de ello, una cláusula incluida sistemáticamente en todo acuerdo de cierta cuantía es aquella que autoriza a una de las partes a resolver el vínculo en caso de que su cocontratante se presente en concurso preventivo, se le declare la quiebra o, inclusive, devenga insolvente[4](en adelante, “Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra”)[5].

Las legislaciones del mundo, preocupadas por las referidas Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra, les dan distinto tratamiento[6]. Ello es así debido a que permiten concluir contratos en razón de la situación de cesación de pagos de una de las partes, generando tensión en cuestiones social y políticamente sensibles.

En efecto, en los procesos de reorganización, que tienen por finalidad facilitar la recuperación económico-financiera de una persona que atraviesa por dificultades de ese tipo, la continuación de un contrato puede ser decisiva a tal fin. En la quiebra, puede significar la realización de los bienes del fallido a un valor superior, lo que a la postre beneficia a la masa de acreedores.

Más allá del interés de acreedores y deudores, se debe tener presente el del Estado por conseguir la reducción del costo del capital en el mercado[7], lo que se dificulta ante la imposibilidad de eliminar riesgos como, por ejemplo, los derivados de la cesación de pagos[8]. El interés en reducir el costo de capital reposa en la premisa de que si las empresas acceden al crédito (en su sentido amplio) a un menor costo, estarán decididas a realizar mayores inversiones para obtener mayores beneficios[9].

El beneficio de acreedores y concursados o fallidos y el deseo del Estado por reducir el costo del capital, muchas veces se contraponen al de los trabajadores cuyos ingresos dependen, en gran medida, del éxito del concurso preventivo o la quiebra de su empleador como así también se contraponen al de la industria secundaria generada a raíz de la actividad de la empresa afectada por un proceso concursal. Dado que del trabajo que genera el concursado o fallido puede

depender la suerte de muchas personas o comunidades enteras, se genera una tendencia a la preservación de dicha fuente de ingresos, inclusive si ello implica agravar la inversión.

De lo expuesto hasta aquí puede concluirse que la temática que abarca a las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra es compleja y los intereses generados a su respecto, incompatibles. Dicha temática puede ser afrontada desde distintos niveles. Este trabajo no pretende explorar todos ellos sino analizar la oponibilidad de estas cláusulas en contratos entre personas de carácter privado[10] a la luz de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (en adelante, “LCQ”).

II. Características y fundamentos de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra ^[arriba]

La Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra es una estipulación que tiene por fin inmediato permitir a un contratante *in bonis* extinguir el contrato que lo vincula jurídicamente con su cocontratante (i) que ha entrado en cesación de pagos; (ii) que se ha presentado en concurso preventivo; o (iii) a quien se le decretado la quiebra. Su principal finalidad es controlar, junto con otras cláusulas contractuales, el nivel de exposición al riesgo frente a cualquier contingencia derivada, directa o indirectamente, de la insolvencia de uno de los cocontratantes[11].

Como se vio en la introducción, las cláusulas en estudio afectan intereses muchas veces incompatibles. Ello despierta posturas encontradas sobre su eficacia, generando argumentos a favor y en contra[12].

Entre los fundamentos que, basados en la autonomía de la voluntad, propugnan la eficacia de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra se encuentran los siguientes:

- resulta conveniente respetar todo trato comercial que se haya concertado;
- el incumplimiento del deudor insolvente es altamente probable[13];
- no se debe permitir que el contratante insolvente pueda actuar caprichosamente pretendiendo el cumplimiento selectivo de los contratos beneficiosos para él, resolviendo los restantes[14];
- resulta irrazonable que el contratante en cesación de pagos tenga una ventaja denegada a la contraparte *in bonis*; y
- en los casos de los procesos falenciales, resulta inconveniente forzar una transferencia de contratos a un cesionario diferente y desconocido.

A estos argumentos se debe sumar el hecho de que, en la medida en que un proyecto económico sea viable, la parte *in bonis* siempre debería estar dispuesta a continuar su ejecución salvo que exista un verdadero perjuicio o un potencial riesgo. Por otra parte, la existencia de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra impulsa a quienes pretenden presentarse en concurso preventivo o solicitar su quiebra, a recapacitar sobre el impacto que dichos procesos provocan y a no especular con ellos. Finalmente, se arguye que, en ciertos supuestos, la viabilidad y efectos de un proyecto económico serían analizados por terceros ajenos al contrato (juez, síndico y acreedores) que no tienen un conocimiento suficientemente acabado del mismo como para hacerlo sin errores, situación que podría ser aprovechada por el deudor en cesación de pagos[15].

Quienes abogan por la ineficacia de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra resaltan:

- la necesidad de mantener a la empresa como unidad de producción para maximizar su valor de venta o para aumentar su potencial de ganancias;
- la necesidad de reducir el poder de negociación de un proveedor esencial; y
- el deseo de incorporar a todas las partes en la disposición final de la empresa a fin de no alterar la *par condicio creditorum*.

Estos argumentos resultan más persuasivos en el marco de un procedimiento de reorganización o de quiebra en el que se pueda realizar a la empresa como unidad y se la siga explotando[16]. En ambos supuestos existen intereses que exceden a los propios de los cocontratantes para afectar a un grupo mayor de personas y, en algún caso, a toda una comunidad.

Como se verá más adelante, el régimen de la LCQ recepta la mayor parte de los argumentos señalados y, según el contexto del que se trate, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra son toleradas, consideradas inoponibles o inclusive nulas. Sin embargo, dicha recepción no es ni uniforme, ni coherente.

III. Legislación extranjera y ley modelo de Naciones Unidas [arriba]

Existe un movimiento pendular entre (i) tender a la supervivencia del deudor, lo que requiere la preservación de ciertos contratos, con la consecuente impredecibilidad y costos extras en las transacciones comerciales dadas las excepciones a las reglas de fondo generales aplicables en materia contractual que se crean; y (ii) reducir los costos del numeral anterior aunque corriendo el riesgo de condenar a la liquidación a una empresa que podría ser viable.

Dicha oscilación afecta en forma directa al mercado, la sociedad y, particularmente, al concursado, fallido y sus acreedores de distinta forma, según el momento de la dinámica en que se encuentre la legislación del país. En efecto, si se pretende preservar a la persona en cesación de pagos, los acreedores se verán postergados beneficiándose paralelamente a quienes dependen del trabajo generado por la persona en cesación de pagos. Por el contrario, si el legislador intenta reducir los costos del capital, se protegerá al crédito en general y, consecuentemente, a los acreedores[17]. Tal protección podrá ser encarada tendiendo a la preservación de los acreedores preferenciales o protegiendo al crédito en general, aun posponiendo a los acreedores preconcursales de la persona en cesación de pagos.

A pesar de la existencia de la referida oscilación, la intervención legislativa en materia de extinción de contratos por causas como las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra ha sido relativamente cautelosa a nivel internacional (a excepción de contratos especiales de gran sensibilidad social o económica)[18]. Además de cauteloso, el trato conferido no es uniforme. Ciertas legislaciones han considerado a las cláusulas bajo estudio como ineficaces y otras las han receptado en forma parcial[19].

Estados Unidos

En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, el artículo 365 inciso e apartado 1 de su código de quiebras[20] establece que, sin perjuicio de lo acordado en un contrato en ejecución, en un contrato de *leasing* vigente, o lo establecido en otra norma, los contratos, como así también las obligaciones en ellos contenidas, no podrán ser finalizados o modificados luego de comenzado un proceso de reorganización (“*reorganization proceeding*”) o liquidación (“*liquidation*”) en razón de: (i) la situación de insolvencia o financiera del deudor en cualquier momento anterior a la

finalización del proceso universal; (ii) el comienzo del proceso mismo; o (iii) la designación de un síndico o un tercero depositario de los bienes en el marco de dichos procesos[21]. Estados Unidos fundamenta su legislación sobre la base de experiencias históricas desfavorables vividas por los deudores y derivadas de la privación de derechos por su estado de insolvencia[22].

El principio de ineficacia general establecido por el artículo 365 recién citado, encuentra excepciones. En primer lugar, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra son eficaces en el supuesto de que el contratante *in bonis* deba otorgar nuevos préstamos u otros beneficios financieros para, o en beneficio de, los deudores sometidos al referido código de quiebras. También son eficaces en el caso de que el acreedor deba extender una garantía a favor de tales deudores. Por otra parte, son eficaces en el supuesto de que la legislación común excuse al acreedor *in bonis* de aceptar el cumplimiento por otro[23], es decir, en caso de que se trate de un contrato *intuitu personae*. Finalmente, la legislación comentada ha incorporado importantes excepciones en relación con los contratos de derivados[24].

A pesar de la claridad de la norma, la doctrina norteamericana destaca la existencia de una constante actividad por parte de los operadores jurídicos tendiente a limitar los alcances de la misma, esfuerzos que resultan infructuosos ante la justicia[25].

Canadá

Otro país que también regula este tipo de cláusulas es Canadá. Su ley de quiebras e insolvencia[26] incorpora el régimen aplicable a las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra en su artículo 65. En forma similar a los Estados Unidos, prohíbe la terminación o modificación de cualquier contrato por el único motivo de que uno de los contratantes haya (i) devenido insolvente; o (ii) promovido un proceso concursal[27], siendo ineficaz cualquier cláusula que prevea lo contrario[28]. Sin embargo, el tribunal puede, a pedido de la parte interesada, resolver o modificar un contrato frente a un potencial daño financiero significativo[29]. Finalmente, el artículo 65 inciso 1 apartado 7 de la norma en comentario, al igual que la legislación de los Estados Unidos, prevé excepciones al principio general para supuestos como, por ejemplo, los contratos de derivados financieros[30].

Se debe destacar que lo expuesto alcanza a los procesos concursales de consumidores, en los que también se limita la efectividad de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra para los supuestos de contratos vinculados a servicios básicos como gas, luz y agua[31].

España

España también regula la eficacia de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra. El artículo 61 inciso 3 de la ley N° 22/2003[32], aplicable al concurso, establece que “*se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*”. Dicha limitación es extensiva a la fase de liquidación en virtud de lo dispuesto por el artículo 147 de la ley[33].

Sin embargo, se debe tener presente que el artículo 61 de la ley N° 22/2003 establece que, ante un incumplimiento posterior a la apertura del concurso, el acreedor *in bonis* está facultado para resolver el contrato en forma unilateral. Esta facultad también se encuentra prevista en caso de un incumplimiento anterior a dicha fecha en los contratos de tracto sucesivo. En efecto, el artículo 62 inciso 1 de la referida ley prevé que “*la declaración de concurso no afectará la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo*

precedente [es decir, contratos bilaterales vigentes] *por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso*". En ambos casos se deberá promover una acción tendiente a la declaración de la extinción del vínculo ya que no opera *ipso facto*.

Finalmente, quedan excluidas de este régimen las resoluciones contractuales autorizadas por ley como así también los supuestos expresamente autorizados por la normativa no concursal para situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes[34].

Francia

Francia, asimismo, tiene disposiciones relativas a las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra en su código de comercio[35]. En este sentido, el artículo L622-13, en vigencia desde enero de 2006, prevé en términos de meridiana claridad que, no obstante cualquier disposición legal o contractual, la mera apertura de un "*redressement judiciaire*" no puede provocar la división, rescisión o resolución de un contrato. Dicha previsión se aplica también a la "*faillite*" por remisión expresa realizada por el artículo L641-10.

A diferencia de Estados Unidos, Canadá y, como se verá, Inglaterra, el código de comercio francés no prevé ninguna disposición para contratos de derivados.

Italia

Italia ha reformado, en diciembre de 2005, su ley de quiebras[36] modificando el régimen aplicable a los contratos vigentes al momento de la declaración del *fallimento*. El actual artículo 72 establece que, en principio, la ejecución del contrato permanece suspendida hasta tanto el curador, con la autorización del comité de acreedores, decida sustituir al fallido dentro de la relación jurídica asumiendo sus obligaciones o resolviendo el contrato.

En caso de resolución, el cocontratante *in bonis* tiene derecho a insinuar su crédito derivado del incumplimiento contractual. Por el contrario, de decidirse la continuación del vínculo, resultan ineficaces las cláusulas que hacen depender la extinción del contrato a la quiebra del cocontratante. De esta forma, se ha hecho preponderar la doctrina de ese país que sostenía la inoponibilidad de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra[37].

Sin perjuicio del referido principio general aplicable al *fallimento*, la ley de quiebras italiana prevé regímenes especiales para contratos como el financiamiento destinado a un objeto específico, el cual se ve resuelto *ipso iure* en caso de que la consecución de la operación se ve impedida por dicha quiebra. Asimismo, existen regulaciones especiales para los contratos relativos a inmuebles en construcción, locación, venta a término, suministro, cuenta corriente, mandato y comisión, entre otros.

A diferencia del *fallimento*, el *concordato preventivo* carece de una norma similar al artículo 72.

Inglaterra

Finalmente, Inglaterra tiene un sistema considerablemente más laxo que los anteriores[38]. En efecto, en aquellos casos en los que las partes hubieran acordado una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra en su contrato, el cocontratante *in bonis* se encontrará facultado para extinguir el vínculo en los términos pactados. Sin embargo, dichas cláusulas pueden ser declaradas ineficaces en cuatro situaciones[39]:

- cuando sean inválidas bajo el derecho no concursal;
- cuando el acreedor *in bonis* sea un monopolista que ha actuado ejerciendo abusivamente sus facultades para que su crédito sea cancelado; o
- que, a través del ejercicio del derecho que emana de la cláusula, se pierda un bien perteneciente al acervo falencial en violación de los principios concursales.

Ley modelo de las Naciones Unidas

Naciones Unidas, por su parte, en el proyecto de guía legislativa sobre insolvencia recomienda, en los casos en los que una cláusula contractual tenga el efecto de resolver un contrato por el comienzo de un proceso concursal, que dicha cláusula (i) sea tratada por el concursado, el síndico o el tribunal como ineficaz; (ii) sea considerada por la propia legislación como ineficaz; o (iii) no pueda ser invocada ante una intimación al contratante *in bonis* para que dé cumplimiento a sus obligaciones.

Entre otras, la ley modelo en comentario contiene excepciones a los contratos sobre derivados. En dicho proyecto, expresamente se menciona la conveniencia de que se limiten las facultades del concurso para resolver los contratos de derivados financieros y se atenúe el régimen de compensación de obligaciones derivadas de dichos contratos[40].

Si bien el proyecto de guía legislativa no es vinculante para los países miembro, sin lugar a dudas, su texto es un parámetro tenido en cuenta por los legisladores al momento de sancionar las leyes concursales. Ello lo hace un proyecto de considerable influencia.

IV. Ineficacia funcional. Modalidades de la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra [arriba]

Habiendo visto un panorama general del trato internacional dado a las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra, a continuación se les dará el encuadre correspondiente dentro de la legislación local. En primer lugar, se determinará su naturaleza como cláusulas generadoras de ineficacia funcional de los contratos y, dentro de dicho género, como cláusulas rescisorias o resolutorias. En el capítulo siguiente se estudiará el régimen de estas estipulaciones en el marco de la LCQ.

La ineficacia funcional

La ineficacia comprende todos los supuestos en los que un acto jurídico pierde su aptitud para lograr sus efectos propios[41], sea porque existe una causa originaria o sobreviviente que la provoca. En este sentido, se ha dicho que *“un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica, o porque, aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, ésta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio”*[42].

Es decir, un acto puede carecer de defectos desde su origen o, por el contrario, a pesar de que su contenido sea intrínsecamente válido, pueden existir causas que lo privan de eficacia. El acto jurídico pasible de ser resuelto, revocado o rescindido, es un acto que integra la segunda categoría, se trata de un acto eficaz o perfecto hasta el momento en que opera alguna de los referidos modos de extinción. Momento a partir del cual dejan de ser eficaces.

Dado que la ineficacia que afecta a los actos jurídicos resueltos, revocados o rescindidos no atiende a la fase de celebración de dicho acto, sino a las consecuencias que produce, se la denomina *ineficacia funcional*[43].

A continuación se analizarán los tres supuestos típicos de ineficacia funcional a fin de encuadrar a las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra dentro de alguno de dichos modos de extinción de los actos jurídicos.

1. Revocación

La revocación es un medio de extinción unilateral y discrecional de los contratos cuyos efectos extintivos operan hacia el futuro[44]. Esta modalidad extintiva se admite en los contratos unilaterales y en algunos bilaterales que se basan en la confianza (tal el caso típico del mandato)[45]. En efecto "*la revocación, en realidad, solamente se aplica a ciertos y determinados contratos, para aquellos que sólo producen beneficios para una de las partes. Se pueden revocar, por consiguiente, los contratos unilaterales, las donaciones en los casos en los que la ley permite, a veces ciertas convenciones de las llamadas por los romanistas sinalagmáticas imperfectas, tales como el mandato, y con más razón los actos jurídicos unilaterales que no son contratos como los testamentos*"[46]. López de Zavalía, por su parte sostiene que "*en su sentido primordial, 'revocar' es extinguir un acto unilateral mediante otro acto unilateral...*"[47]. En igual sentido, se ha dicho que "*la revocación es una forma de disolver un contrato por acto de una de las partes, y solo se puede prever en los contratos unilaterales, como el mandato, y particularmente en los gratuitos, como las donaciones*"[48].

Como recuerda Zannoni, a diferencia de la rescisión, en donde aun en los casos en los que se la ejercita unilateralmente opera en base a una previsión convencional de las partes o a una previsión legal; la revocación, en cambio, opera *ministerio legis*[49]. Esto es así, aun cuando la facultad extintiva pueda ser ejercida discrecionalmente por el legitimado. Dicha afirmación es compartida por Messineo, que sostuvo que la revocación es una "*retractación autorizada por la ley y manifestada mediante la declaración recepticia de la voluntad*"[50].

Dado que la revocación, opera *ministerio legis* y no contempla el estado patrimonial del cocontratante sino la confianza depositada en el cocontratante o la protección de quien otorga una liberalidad en el caso de los contratos unilaterales[51], por definición no puede ser considerada como una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra. En razón de ello, la revocación resulta ajena al objeto de este trabajo.

2. Resolución

La resolución es un modo de disolución del acto jurídico en razón de una causa sobreviniente que, tal como señala Vélez Sársfield en la nota al artículo 1200 del Código Civil[52], extingue retroactivamente los efectos de dicho acto. A diferencia de lo que acontece en la resolución, y como se verá más adelante, los efectos de la rescisión operan hacia el futuro[53].

La resolución de los contratos puede estar motivada por una disposición legal o contractual. En ambos casos se puede manifestar como (i) *pacto comisorio*; (ii) condición resolutoria o plazo resolutorio; o (iii) opción o seña[54].

a. *Pacto comisorio*

El pacto comisorio se encuentra regulado por el artículo 1204[55] del Código Civil, cuyo texto es copia literal del artículo 216 del Código de Comercio. Puede ser definido como aquel modo de extinción de un vínculo contractual con prestaciones recíprocas[56] que funciona a pedido de la parte cumplidora[57] en razón del incumplimiento de sus compromisos por su cocontratante. Como recuerda Zannoni, se trata de “...un contrato válido, pero en el que, por circunstancias sobrevivientes, en este caso incumplimiento de una de las partes, aparece perturbada para lo sucesivo la función que el negocio debía realizar”[58]. Es decir, se trata de la extinción de un contrato derivado de la ruptura de su sinalagma funcional[59], base del acuerdo[60].

El incumplimiento que autoriza la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas puede ser pactado por las partes y puede consistir en incumplimientos genéricos o específicos ya que en la materia rige el principio de la autonomía de la voluntad[61].

Sin embargo, no cualquier incumplimiento deriva en la ruptura del sinalagma funcional, por más que así se hubiera pactado. Como sostiene Gómez Leo “...el incumplimiento a que se refiere la ley debe consistir en la omisión de cumplir una obligación esencial del negocio, cuya importancia comprometa su equilibrio económico o jurídico”[62]. Tal desequilibrio habrá de ser sustancial y de la obligación principal “...ya que no es dable admitir que el pacto comisorio se refiera al incumplimiento de una obligación accesoria..., la licitud del pacto comisorio [es admitida] cuando el incumplimiento contractual reviste necesidad e importancia”[63].

Dado que las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra fueron definidas como aquellas estipulaciones que permiten a una de las partes extinguir un contrato en razón de una determinada situación económico-financiera de su cocontratante, se puede concluir que estas cláusulas pueden ser instrumentadas como pactos comisorios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no todo incumplimiento legitima el ejercicio de los derechos emergentes del pacto comisorio, debe plantearse si el presupuesto fáctico para el ejercicio de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra, es decir, la presentación en concurso preventivo, declaración de quiebra, o insolvencia del cocontratante; tiene la entidad suficiente para pactarse e imponerse como un incumplimiento esencial del contrato[64]. No puede darse una respuesta general a dicho interrogante, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso. Sin embargo, se debe tener presente que esta limitación -por cierto ajena al concurso preventivo y a la quiebra, y propia del derecho contractual- constituirá una barrera importante para argüir la ineficacia de este tipo de cláusulas en tanto sean pactadas bajo la modalidad de pacto comisorio.

Respecto a los efectos derivados de la extinción del vínculo contractual por el ejercicio de los derechos emergentes del pacto comisorio, los mismos se producen *ex tunc* y a partir de la comunicación del uso de dicha facultad[65]. Sin embargo, quedan subsistentes todas las prestaciones que se hubieran cumplido hasta su acaecimiento. En este sentido, el artículo 1204 del Código Civil, que regula los efectos del pacto comisorio, establece en su parte pertinente que “en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes... Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente su voluntad de resolver”.

El hecho de que los artículos 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio dispongan, sin hacer distinción alguna, que las prestaciones que se hayan cumplido hasta la resolución del contrato quedan firmes, ha llevado a la doctrina a interpretar que dicha consecuencia alcanza a

las cumplidas con motivo tanto de un contrato de tracto sucesivo como a las de uno de prestaciones diferidas, en este último caso, en la medida en que fueran divisibles y hasta la concurrencia de las prestaciones cumplidas[66]. En este sentido, la jurisprudencia sostuvo que “no puede entenderse que las prestaciones a las que se refiere el [Código de Comercio en su artículo] 216 sean otras que aquellas que derivan de los contratos que originan obligaciones divisibles [sean de tracto sucesivo o prestaciones diferidas], que pueden ser de cumplimiento parcial -v.gr. arrendamientos, locación de servicios, suministros periódicos de bienes, etc.-, dado que la solución contraria importaría tornar ineficaz la condición resolutoria consagrada en la citada disposición, así como equivaldría a consagrar la validez de pagos carentes de causa”[67].

De lo expuesto se puede concluir que las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra pueden ser estipuladas bajo la modalidad de pacto comisorio, conviniéndose que las obligaciones emergentes del contrato deben ser ejecutadas por ambas partes en estado de solvencia, es decir, *in bonis*. El incumplimiento de dicha modalidad faculta a la otra parte a resolver el vínculo. Sin embargo, sólo en la medida en que la cesación de pagos, presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra constituyan incumplimientos esenciales dentro del sinalagma funcional del contrato que contenga una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra, el contratante *in bonis* estará facultado -de ser jurídicamente viable a la luz de la LCQ- a resolver el contrato[68]. Por su parte, las prestaciones cumplidas hasta la resolución del contrato quedarán firmes y las partes solamente podrán reclamarse (i) las obligaciones pendientes de cumplimiento; y (ii) la diferencia entre las ejecutadas.

b. Condición resolutoria o plazo resolutorio

La condición resolutoria es una modalidad por medio de la cual se subordina la resolución de un derecho adquirido a la realización de un hecho futuro e incierto[69]. En el caso, el referido hecho subordinante consistiría en el estado de cesación de pagos, la presentación en concurso preventivo o la quiebra de uno de los contratantes.

A diferencia del pacto comisorio, en la condición resolutoria, una vez acaecido el hecho condicionante, el acto se extingue *ipso iure*, es decir, sin necesidad de sentencia declarativa[70] y con efectos retroactivos al día en que se contrajo la obligación[71]. En efecto, “...en el pacto comisorio la resolución del contrato es facultativa para la parte cumplidora, al punto que puede desecharla y optar por demandar el cumplimiento, en cambio en la condición resolutoria no depende de la voluntad de ninguna de las partes, sino que producida la condición se opera la resolución por ministerio de la ley e incluso al margen del conocimiento de los interesados”[72]. En otras palabras, la “...condición resolutoria provoca la automática resolución del contrato, privando a las partes de la posibilidad de atener su existencia, y no un pacto comisorio que otorga a la parte inculpable el derecho de optar entre el cumplimiento del contrato y su resolución”[73].

En razón de ello, nace en forma automática la obligación de las partes de restituirse lo que hubiesen recibido en virtud de la obligación, no pudiendo pactarse estipulación alguna en sentido contrario.

Por su parte, el plazo resolutorio constituye un hecho futuro y necesario, aun cuando fuere incierto, también acordado por las partes y que, una vez producido, resuelve el contrato que lo prevea. Como su nombre lo indica, en el plazo resolutorio, el contrato no se extingue por la situación económico-financiera de las partes, sino por el transcurso del tiempo.

En razón de lo dicho se puede concluir que, tanto la condición como en el plazo resolutorio trascienden el objeto de este trabajo toda vez su ejercicio no está sujeto a la voluntad de las partes sino al acaecimiento de un hecho futuro que, una vez sucedido, extingue de pleno derecho el contrato. Ello, por definición, se trata de un supuesto distinto al de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra.

Sin perjuicio de lo dicho, es dable rescatar que, habiéndose resuelto el contrato con anterioridad a la presentación en concurso preventivo o la declaración de quiebra, y de no haberse efectivizado la restitución de lo recibido en razón del contrato extinguido, el contratante *in bonis* únicamente podrá presentarse en el proceso a fin de insinuar su crédito y gozar de los derechos de cualquier otro acreedor de su categoría conforme lo establece el artículo 125 y concordantes de la LCQ.

c. Opción o señal

La opción es una facultad unilateral y discrecional que tiene un contratante de dejar sin efecto un contrato perdiendo, en caso de que extinga el vínculo, una suma de dinero llamada señal. La señal es definida como *“aquello que se entrega por una parte a la otra, en virtud de una cláusula accidental de un contrato bilateral, con la finalidad de facultar -a uno o ambos contratantes- la resolución por voluntad unilateral de una de las partes (arrepentimiento)...”*[74].

En este sentido, el artículo 1202 del Código Civil establece en su parte pertinente que *“si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor”*.

Es decir que el contrato se extingue en la medida en que el contratante legitimado ejerza - unilateral y discrecionalmente- su derecho de arrepentirse, habiéndose pactado el precio de dicho arrepentimiento[75].

Dado que la causa que motiva la extinción del contrato en el caso de la opción es el “arrepentimiento” y no el estado de cesación de pagos, presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra de una de las partes, tampoco será objeto de análisis en este trabajo ya que la opción no se acuerda bajo la estructura de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra.

3. Rescisión

Los conceptos de rescisión y resolución aparecen confundidos en el Código Civil donde muchas veces se utiliza ambos términos en forma indistinta. Sin embargo, se trata de supuestos diferentes que deben ser distinguidos.

Como lo recuerda Jossenrad, la rescisión es un modo de extinción de los contratos que *“...obra sin retroactividad, ex nunc, de suerte que los terceros no son en modo alguno afectados; los derechos que les habían sido concedidos regularmente subsisten en su integridad...y la disolución del contrato por vía de rescisión se produce generalmente fuera de toda intervención judicial y desde el momento en que uno de los acontecimientos... llegue a producirse”*[76]. En efecto, tal como surge de la parte pertinente de la nota del codificador al artículo 1200 del Código Civil, *“revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir ese resultado. Las partes pueden extinguir las*

obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos...”.

Ahora bien, no cualquier contrato bilateral puede ser rescindido, únicamente pueden serlo los contratos de tracto sucesivo[77]. En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que “*el vocablo ‘rescisión’ debe reservarse para aquel modo de extinción de los actos jurídicos de tracto sucesivo, por el cual quedan sin efecto para el futuro, en razón del acuerdo de partes o de la voluntad de una sola de ellas autorizada por la ley o por la propia convención, mientras que el término ‘resolución’ designa un modo de disolución del acto jurídico en razón de una causa sobreviviente que extingue retroactivamente los efectos provenientes del acto*”[78]. Llambías resume el concepto afirmando que la rescisión “*es un modo de extinción de los actos jurídicos de tracto sucesivo...*”[79].

Siguiendo a López de Zavalía, la rescisión puede darse de tres formas distintas: (i) por disposición legal, (ii) por acuerdo bilateral y (iii) unilateralmente, por previsión contractual.

a. Rescisión por disposición legal

El primer supuesto, la rescisión por disposición legal, se trata de aquella rescisión unilateral autorizada por la ley.

Los contratos en los que la ley autoriza la rescisión del contrato son: depósito (artículo 1226 del Código Civil), la locación de cosas (artículos 1602 y 1604 del Código Civil), locación de obra (artículo 1638 del Código Civil), sociedad (artículo 1767 del Código Civil), comodato (artículo 2285 del Código Civil) y, genéricamente, en los supuestos de excesiva onerosidad sobreviviente (artículo 1198 segunda parte del Código Civil).

Todos estos supuestos son ajenos a este trabajo ya que la causa subyacente que motiva la extinción del vínculo no es, en ninguno de los casos, el estado de cesación de pagos, concurso preventivo o quiebra de uno de los contratantes. Se trata, simplemente, de una facultad conferida por la ley.

b. Rescisión bilateral o típica

La rescisión bilateral, típica o distracto[80], puede ser definida como un acuerdo de voluntades por medio del cual se deja sin efecto un contrato[81]. Como lo recuerda Lloveras de Resk parafraseando al artículo 1200 del Código Civil, “*las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido*”[82]. “*Lo que el consensus puede hacer, el contrario consensus puede destruir*”[83].

Si bien esta modalidad no es analizada en el presente trabajo, ya que es diferente a la propuesta -ejercicio unilateral de un derecho- es dable destacar que los efectos de la rescisión bilateral pueden variar según lo que las partes pacten. En este sentido, los contratantes pueden acordar que el contrato originario quede sin efecto retroactivamente, con la consecuente obligación de restituirse lo que mutuamente hubieran entregado (en la medida en que no afecten derechos de terceros); o bien, pueden pactar sus efectos hacia el futuro[84]. Sin embargo, en ambos casos dicha facultad estará restringida por las disposiciones de la LCQ y, dentro de ella, principalmente por el principio de la *par condicio creditorum*.

c. Rescisión unilateral

La rescisión unilateral[85], finalmente, supone la existencia de una cláusula acordada por las partes o prevista por la ley que autoriza a cualquiera de ellas (o a sólo a alguna de ellas) a dejar sin efecto un contrato, en condiciones determinadas o a voluntad[86]. Aproximando esta figura a la de la rescisión bilateral, se puede decir que en ésta también concurren dos voluntades, la de quien rescinde -que es actual- y la otra que ha sido dada por anticipado, al momento de contratar[87].

Como se desprende de su definición, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra pueden ser pactadas como cláusulas rescisorias unilaterales, estipulándose como condición necesaria para su ejercicio que alguna de las partes entre en estado de cesación de pagos, se presente en concurso preventivo o se le decrete la quiebra.

Al igual que en el caso del pacto comisorio, la parte interesada debe expresar positivamente su voluntad de ejercer el derecho contenido en la cláusula, siendo a partir de dicha manifestación que la rescisión tiene efectos *inter alia*.

La Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra como cláusula resolutoria o rescisoria

En resumidas cuentas, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra pueden ser pactadas como cláusulas resolutorias (bajo la forma de pacto comisorio) o rescisorias. Ello variará según su estructura, el tipo de contrato y lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender de conformidad con lo establecido en el artículo 1198 del Código Civil y 218 apartado 1 del Código de Comercio.

Partiendo de la base de que pueden tratarse de cláusulas resolutorias o rescisorias, a continuación se analizarán las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra a la luz de la LCQ.

V. La Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra a la luz de la Ley de Concursos y Quiebras [arriba]

El concurso preventivo y la quiebra afectan tanto a los contratos que están en curso de ejecución como a los extinguidos, aunque es cierto que a estos últimos en mucho menor medida[88]. En efecto, en principio, los contratos extinguidos al momento de la presentación en concurso preventivo son situaciones jurídicas consumadas en donde se han agotado las prestaciones contractuales a cargo de las partes. Sin embargo, como se verá más adelante, en un escenario de quiebra, el trato dado por la LCQ a los contratos en dichas condiciones difiere en la medida en que hayan sido extinguidos, entre otras causas, con motivo del ejercicio del derecho emergente de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra dentro del período de sospecha y que dicha extinción haya generado un daño a los acreedores.

Por su parte, los contratos en curso de ejecución vigentes a la fecha de presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra muy probablemente se encuentren en diferentes etapas de cumplimiento. En algunos, el concursado o fallido habrá satisfecho todas las obligaciones a su cargo; en otros, el cocontratante *in bonis* será el único acreedor en la relación y, finalmente, habrá otros contratos en los que cada parte tenga aún alguna prestación por cumplir, sea por estar diferida en el tiempo, sea por ser obligaciones de tracto sucesivo. Cada uno de estos escenarios tiene un trato diferente.

En esta parte del trabajo se analizarán las situaciones identificadas en el párrafo anterior a fin de determinar los principios aplicables a cada una de ellas. El objetivo será determinar cuáles

son los contratos en los que, pactada una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra, podría ser ejercida eficazmente.

Quiebra

1. Extinción preferencial del contrato

En primer lugar, se mencionará la dificultad de ejercer una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra en el caso de que al cocontratante en cesación de pagos -estado patrimonial por el cual se extingue el contrato- luego se le decrete la quiebra y que dicho ejercicio resulte oponible a los acreedores falenciales. También se hará referencia a la posibilidad de atacar el acto extintivo a través de la acción revocatoria ordinaria regulada por el Código Civil.

Autores como Molina Sandoval y Junyent Bas sostienen que *“existen otras formas de extinción del contrato (rescisión, resolución, revocación, nulidad, caducidad, etc.) sobre los que la quiebra tampoco produce efectos directos, ya que no puede hacer renacer los efectos de estos contratos”*[89].

La afirmación transcrita tiene sus excepciones ya que la declaración de quiebra puede afectar en alguna medida a los contratos extinguidos durante el período de sospecha. Ello es así toda vez que el acto extintivo puede ser declarado inoponible a los acreedores falenciales en la medida en que les haya causado algún perjuicio. En este sentido, el artículo 119 de la LCQ establece en su parte pertinente que los *“...actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor”*[90]. Dicho perjuicio consistirá en la ejecución de un acto extintivo que impidió o evitó un enriquecimiento del fallido (derivado de los derechos respecto de los cuales se vio privado como consecuencia de la extinción del vínculo jurídico) [91].

En otras palabras, *“si la resolución se efectuó con conocimiento del tercero del estado de cesación de pagos, el contrato podría declararse mal resuelto...”*[92].

Dicha acción debe ser incoada por la sindicatura concursal con la autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible[93]. En el supuesto de que el síndico no promoviera la acción bajo análisis, tendiente a la reconstrucción del activo falencial -sea por no haber conseguido las mayorías necesarias al efecto, o sea por inacción-, cualquier acreedor podrá hacerlo por su cuenta. El artículo 120 de la LCQ establece que *“sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción [conocida como revocatoria concursal[94]] después de transcurridos treinta días desde que haya intimado judicialmente a aquel para que la inicie”*.

Finalmente, se debe tener presente que, si bien por aplicación del Código Civil, aun en el supuesto de que la extinción de un contrato en razón del ejercicio de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra hubiera ocurrido fuera del período de sospecha[95] o de que el síndico no estuviera en condiciones de promover las acciones previstas en el artículo 119 de la LCQ, la extinción preferencial de un contrato podría ser cuestionada a través de la acción pauliana prevista en el Código Civil[96]. En este sentido, el tercer párrafo del artículo 120 de la LCQ dispone que *“la acción regulada por los artículos 961 a 972 del Código Civil, sólo puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico para que la inicie o prosiga, sustituyendo al actor...”*. En caso de que la acción sea promovida por los acreedores y no por la sindicatura, y a diferencia de la revocatoria concursal, la acción pauliana

se promueve en beneficio de quienes la incoaron y hasta el importe de sus créditos. No beneficia a terceros acreedores.

En relación con la posibilidad de entablar esta acción contra actos ejecutados durante el período de exclusividad, ha existido debate en la doctrina nacional. En este sentido, Heredia recuerda que hay autores que sostienen que ambas acciones no son excluyentes pudiendo el legitimado optar indistintamente por una u otra[97], aunque dicha doctrina no es uniforme[98].

De esta manera, la extinción de un contrato por aplicación de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra en forma previa a la declaración de quiebra tiene un riesgo importante de ser declarada inoponible a la misma si así es solicitado por los acreedores (en su caso, a través de la sindicatura) y que, en razón de ello, el juez de la causa disponga la continuación del contrato.

En resumidas cuentas, aun suponiendo que el cocontratante *in bonis* detecte las dificultades financieras del futuro fallido, no podrá ejercer libremente el derecho emergente de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra ya que, a pesar de no estar alcanzado en ese momento por la LCQ, en el futuro lo estará y, a través de dicha ley, se podrá modificar los efectos normales del acto jurídico extintivo, aun cuando hubiera sido ejecutado de conformidad con el derecho civil.

2. Extinción post falencial del contrato

Si la LCQ limita el ejercicio anterior a la declaración de quiebra de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra, es esperable que también lo haga -y de hecho lo hace- con posterioridad a dicho momento. Dado que el fin natural del proceso falencial es la liquidación de un patrimonio[99], dichas limitaciones no son escasas y, lamentablemente, tampoco sistemáticas[100], resultando necesario remitirse a diversas normas dispersas por la LCQ[101] para aprehender el régimen completo.

A fin de clarificar el análisis de este trabajo, a continuación se propondrá una separación de escenarios diferenciables.

a. Contratos intuitu personae, de tracto sucesivo y normativos. Mandato, cuenta corriente, agencia, concesión y distribución. Renta vitalicia y sociedad accidental.

En primer lugar, se comenzará por la reducción del universo de contratos respecto de los cuales se pueden aplicar las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra. A tal fin se partirá de la exclusión de los contratos con prestaciones personales del fallido (*intuitu personae*), de ejecución continuada y los contratos normativos. Dichas categorías contractuales quedan resueltas -no suspendidas- de pleno derecho por la quiebra de una de las partes en razón de lo establecido por el artículo 147 de la LCQ.

Los contratos *intuitu personae* son aquéllos en los cuales resulta esencial que la prestación de una o ambas partes sea ejecutada por la propia parte. En estos contratos existe un interés especial por elegir a una determinada persona con quien contratar, sea porque existe una confianza personal o porque está dotada de cualidades o técnicas especiales, que resultan determinantes en la contratación[102].

Como refiere el artículo 147 de la LCQ, la extinción de estos contratos únicamente se produce en el supuesto de que el deudor de la prestación personal fuera el fallido ya que, en caso contrario, el contrato debería mantenerse vigente y el deudor *in bonis* debería cumplir con sus

obligaciones en tiempo y forma en razón de lo establecido por el artículo 143 apartado 1 de la LCQ[103].

La extinción de los contratos *intuitu personae* en los supuestos de que el deudor sea el fallido es necesaria toda vez que el mismo no podría satisfacer sus obligaciones por disposición de la LCQ y, a su vez, dichas obligaciones no podrían ser satisfechas por una persona distinta en razón de su naturaleza personal. Como resume Tonón, “*dado que el fallido ha quedado desapoderado y perdió la administración y disponibilidad de sus bienes y la prestación a su cargo resulta personal e irremplazable, es lógico que el contrato quede resuelto*”[104].

Los contratos de duración, por su parte, se asemejan a los contratos de ejecución diferida, porque en ambos el tiempo resulta un aspecto relevante. Sin embargo, se los debe distinguir adecuadamente, puesto que en los de ejecución diferida, el tiempo es considerado “distancia” que separa distintos actos: la celebración se aleja de la ejecución. El tiempo se incorpora a través de modalidades accidentales de la obligación (v.gr. plazo, cargo, condición). En cambio, en los contratos de duración, el interés del acreedor no es satisfecho sino a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo, vinculándose de esta forma al objeto del contrato. Las partes se vinculan en un tiempo prolongado y ello las pone frente a los desafíos de los cambios económicos, tecnológicos o de las expectativas recíprocas[105].

Las prestaciones de las partes derivadas de un contrato de tracto sucesivo nacen a lo largo del contrato, concatenadas unas con otras. Si se tiene en cuenta que, en principio, el fallido no continuará con la explotación de su actividad, entonces, resulta de toda lógica que se extinga un contrato que no será cumplido, a fin de que no se devenguen nuevas obligaciones que perjudiquen al cocontratante y aumenten el pasivo falimentario.

El contrato normativo puede ser definido como “*aquel por el cual las partes, al expresar su consentimiento acuerdan el modo y la forma de disciplinar las futuras relaciones jurídicas que entre ellos se lleven a cabo y para el caso de que efectivamente se concreten. Es decir que sin tener un contenido obligatorio actual - pues las partes, cabalmente, a nada se obligan -, mediante esta clase de contrato se pautan, reglamentan y especifican las modalidades de todas las relaciones negociales, futuras y eventuales, o por lo menos de una pluralidad de ellas...*”[106].

En relación con los contratos normativos, caben los mismos comentarios que los realizados para los de tracto sucesivo con la salvedad de que su extinción obedece a la inutilidad de continuar vinculado, mas no a fin de evitar la generación de daños. En efecto, “*el contrato normativo regula actividad futura y eventual, porque las partes no están siquiera obligadas a concretarlas*”[107]. Como sostiene Roitman, “*...no pueden mantenerse en pie normas que sólo persiguen contemplar casos eventuales, que no pueden materializarse en la quiebra, pues la empresa o el comerciante fallido entran en estado de liquidación*”[108].

Finalmente, el artículo 147 de la LCQ también prevé la extinción *ipso iure* de los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia, concesión y distribución. Lo propio dispone el 151 respecto de la sociedad accidental, en caso de que el fallido sea su socio gestor, y el artículo 158 de la LCQ para el contrato de renta vitalicia. Todos estos supuestos son pasibles de ser encuadrados dentro de al menos una de las categorías analizadas en los párrafos anteriores.

Este primer grupo de contratos incluidos en los artículos 147, 151 y 158 de la LCQ queda, en principio, extinguido por la simple declaración de quiebra, razón por la cual deviene abstracto el análisis de la viabilidad del ejercicio de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra. Digo “en principio”, porque como se verá en el punto referido a la continuación de la empresa

(página 44), autores como Heredia consideran que, bajo ciertas circunstancias, el juez podría dejar sin efecto dicha extinción[109].

De esta forma, el estudio propuesto se reduce a ciertos contratos con prestaciones pendientes de una sola parte y a los que posean prestaciones recíprocas pendientes.

b. Contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes

Los contratos con prestaciones pendientes de una sola parte se dividen en dos grupos. Aquellos en los que quedan remanentes prestaciones a cargo del fallido en forma exclusiva y aquellos en los que quedan obligaciones solamente a cargo del contratante *in bonis*[110].

Respecto al primer grupo, es decir, aquellos contratos en los que el fallido es el único deudor, la LCQ le da una solución terminante. El acreedor debe presentarse a insinuar su crédito por la prestación que le es debida[111] de conformidad con lo establecido en el artículo 200 de la LCQ[112], considerándose vencidas de pleno derecho a la fecha de la sentencia de quiebra las obligaciones a su cargo pendientes de plazo, tanto por aplicación del artículo 128 de la LCQ como de los artículos 572[113] y 753[114] del Código Civil. Huelga mencionar que, en caso de que la prestación consistiera en una obligación de hacer, el acreedor deberá concurrir a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor, al del vencimiento, si éste fuera anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 de la LCQ.

Respecto de los contratos en los que quedan prestaciones pendientes únicamente a cargo del contratante *in bonis*, la solución es diferente. El artículo 143 de la LCQ establece que el deudor *in bonis* deberá cumplir sus obligaciones. La ley intenta con esta previsión evitar el enriquecimiento indebido del contratante *in bonis*[115].

Dicho cumplimiento deberá realizarse “...*respetándose los vencimientos legales o convencionales que correspondan...*”[116]. En efecto, si bien la redacción del artículo no es feliz, no hay ninguna norma que permita inferir que la LCQ no dispone la continuación de los contratos con prestaciones vigentes a cargo del contratante *in bonis*. En este sentido, se ha dicho que en el supuesto bajo análisis, “...*la quiebra no produce ningún efecto en particular; rigiéndose la situación por los principios generales...*”[117]. Sin embargo, se debe destacar que el acreedor de la relación no es más el fallido sino que se transfiere a la masa, “...*como pasa a ella cualquier otro derecho incorporado al patrimonio del desahogado*”[118].

En este punto es interesante analizar la oponibilidad del ejercicio de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra ya que se tratan de contratos vigentes respecto de los cuales se podría presentar la posibilidad de que se las presentad ejercer. En tal caso, habría que distinguir:

Pacto comisorio: si se hubiera pactado como pacto comisorio, las cláusulas bajo análisis no serían de aplicación por dos motivos. El primero de ellos, propio del derecho de los contratos, debido a que la resolución de un contrato por aplicación del pacto comisorio únicamente puede ser provocada por el acreedor de la relación y con motivo de la ruptura del sinalagma funcional[119]. Ello es lo que surge del último párrafo de los artículos 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio. El segundo motivo, de neto corte concursal, resulta de lo dispuesto en el artículo 145 de la LCQ. Dicho artículo establece que “*la sentencia de quiebra hace inaplicables las normas legales o contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento*”, dentro de las cuales, por definición, se subsume el pacto comisorio.

Cláusula de rescisión: aunque muy probablemente se trate de un supuesto teórico que no se verá plasmado en la realidad, en caso de que la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra se hubiera acordado como cláusula rescisoria a cuyo ejercicio estuviera facultado inclusive el deudor, tampoco podría ejercerse. En efecto, como se expuso en el punto relativo a la rescisión[120], las cláusulas rescisorias únicamente pueden ser pactadas en los contratos de tracto sucesivo que, como también se analizó en el apartado anterior[121], quedan resueltos de pleno derecho por la declaración de la quiebra. Razón por la cual, su ejercicio no sería ni fáctica ni jurídicamente posible[122].

De esta forma, en los contratos en los que hubiera prestaciones pendientes a cargo de una sola de las partes, la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra no puede ser ejercida.

c. Contratos vigentes con prestaciones recíprocas pendientes

Quedan por analizar, finalmente, aquellos contratos en los que existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento de ambas partes a los que no les resulte aplicable lo normado por el artículo 147 de la LCQ.

El artículo 143 apartado 3 establece un trato especial para aquellos contratos vigentes que tuvieran prestaciones recíprocas pendientes, disponiendo que “...*el contratante no fallido tiene derecho a requerir la resolución del contrato*”. Este derecho reside en el peligro inminente y a la gran probabilidad que el cocontratante no logre obtener el cumplimiento de la masa[123].

A la luz de esta disposición parecería que las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra serían redundantes en este supuesto. Sin embargo, a pesar de que el texto legal es claro, y su redacción terminante, la facultad conferida por esta norma no produce efectos tan amplio como parece. En efecto, en realidad, el referido requerimiento terminará siendo resuelto por el juez quien, finalmente, decidirá sobre la continuación o no de tales contratos[124] ya que la petición del contratante *in bonis* no es, por sí misma, generadora de consecuencia jurídica alguna[125].

El artículo 144 de la LCQ establece un procedimiento al cual quedan sometidos los contratos con prestaciones recíprocas pendientes vigentes al momento de la declaración de quiebra. Dicho procedimiento se encuentra lejos de permitir al contratante *in bonis* resolver el contrato en cuestión. La norma en comentario establece, en primer lugar, que el contratante *in bonis* -o cualquier otro acreedor- debe presentarse haciendo saber la existencia del contrato y su intención de continuarlo o resolverlo[126]. En segundo lugar, el síndico se debe expedir sobre la continuación de dicho vínculo al presentar el informe previsto en el artículo 190 de la LCQ. Finalmente, el juez decidirá, al resolver acerca de la continuación de la explotación de la empresa, sobre la resolución o continuación de estos contratos[127]. En otras palabras, “*el cocontratante pierde, por expresa disposición legal, el derecho que de uso lo asiste para resolver el vínculo contractual que lo une a un sujeto ahora devenido fallido, so pretexto del nuevo status jurídico de la contraparte*”[128].

Es decir que, aun cuando la facultad para solicitar la resolución del acuerdo es otorgada por la LCQ al contratante *in bonis*, éste no podrá resolverlo con la misma libertad toda vez que deberá someterse necesariamente al procedimiento exorbitante previsto por el artículo 144 de la LCQ, quedando a las resultas de lo que resuelva el juez en la quiebra. La imperatividad de la norma se impone en la materia analizada.

Sin perjuicio de lo anterior, y aun cuando se pretendiera controvertir la imperatividad del procedimiento previsto por la LCQ, la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra tampoco podría ser ejercida en razón de que, como ya se mencionó, el artículo 145 de la LCQ establece la

inaplicabilidad del pacto comisorio, única salida posible a través de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra en estos contratos que no son de tracto sucesivo[129].

d. Supuestos de continuación de la empresa. Régimen aplicable a los contratos vigentes

Los supuestos planteados en los puntos anteriores parten de la premisa básica de una quiebra inmediatamente liquidativa, es decir, que la empresa de la fallida deja de ser explotada. Sin embargo, la LCQ prevé la posibilidad, aunque ciertamente excepcional, de que se la continúe.

En este sentido, el artículo 109 de la LCQ establece que uno de los efectos de la quiebra es que el síndico adquiere la administración de los bienes. En tal calidad puede, de conformidad con lo previsto en el artículo 189 del mismo ordenamiento, continuar de inmediato con la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores o a la preservación del patrimonio. Lo mismo sucedería en el caso del contrato cuya continuación favorezca a la propia liquidación[130].

Dicha continuación quedará supeditada, finalmente, a la resolución judicial prevista en el artículo 191 de la LCQ. El mencionado artículo prevé que *“la autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez...”*. Dentro de los puntos respecto de los cuales el juez debe pronunciarse explícitamente al dictar la sentencia referida por el artículo en comentario se encuentran *“los contratos en curso de ejecución que se mantendrán; los demás quedarán resueltos”*. Los textos transcritos han llevado a *“cierta doctrina [a] considera[r] que en tal providencia, el juez queda, inclusive, facultado a dejar sin efecto la resolución de los contratos intuitu personae, de tracto sucesivo o normativos dispuesta por el artículo 147 del mismo ordenamiento”*[131].

Esta solución pareciera ser adecuada toda vez que los contratos detallados en el artículo 147 pueden resultar esenciales para poder continuar con la explotación de la empresa.

A pesar de lo sostenido por la doctrina antes citada, lo cierto es que otros parecieran ser los efectos derivados de la interpretación armónica de los artículos 144, 147 y 191 de la LCQ. En efecto, el primero de ellos establece las reglas aplicables, entre otros, a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes. Dentro de dichas reglas, instruye al juez para que *“al resolver acerca de la confirmación de la explotación [decida] sobre la resolución o continuación de los contratos [y dispone que] en los casos de los artículos 147, 153 y 154 se aplica lo normado por ellos”*. Por su parte, el artículo 191 simplemente prevé que el juez, en su autorización para continuar con la explotación de la empresa, deberá expedirse sobre *“los contratos en curso de ejecución que se mantendrán”*.

Si se tiene en cuenta que los contratos previstos en el artículo 147 de la LCQ, dentro de los cuales están los contratos con prestación personal del fallido, de ejecución continuada, los normativos, el mandato, la cuenta corriente, la agencia y concesión, y al igual que los contratos mencionados en los artículos 151 y 158 de la LCQ; han quedado resueltos de pleno derecho al decretarse la quiebra, entonces no podrán integrar el universo de contratos vigentes al momento de resolverse sobre la continuación de la explotación a los que el texto del artículo 191 hace referencia.

Eso es así máxime cuando la extinción derivada del artículo 147 no se encuentra sujeta a ninguna modalidad, opera de pleno derecho[132]. De manera que dichos contratos, de *lege ferenda*, no podrían “reconducirse”.

Por ello, es dable sostener que se debe introducir un artículo que prevea que, en caso de que el juez decida la continuación de la empresa, no resulta aplicable lo establecido en los artículos 147 y 153 de la LCQ. En sentido similar, el artículo 185 de la ley N° 19.551 (hoy derogada) establecía que “*en caso de continuarse con la explotación no son aplicables las normas de los artículos 135, 142 a 145, 147 inc. 3º, 148, 151 [actual 147] y 161 inc. 4º*”.

En razón de ello, el legislador debería analizar una modificación a los artículos 147 y concordantes que contemple expresamente la posibilidad de que el juez pueda continuar el cumplimiento de los contratos enumerados en dichos artículos si se mantiene la explotación de la empresa.

Ahora bien, en caso de que se decida continuar con la explotación de la empresa y de que se considere que todos los contratos pueden ser continuados, aun los extinguidos por la declaración de quiebra ¿podrá el contratante *in bonis*, sin más, ejercer el derecho emergente de la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra?

Ciertamente, no. Para ello, su ejercicio deberá ser compatible con la LCQ, norma de orden público[133] que, como tal, no puede ser dejada de lado ni aun por acuerdo de las partes.

Pues bien, si en ejercicio de facultades otorgadas por la LCQ, el juez de la causa decide continuar con los contratos de la fallida vigentes a la fecha de la declaración de quiebra, entonces el cocontratante no podría abstraerse de dicha resolución valiéndose de un acuerdo de partes. En caso contrario, las disposiciones imperativas de la LCQ devendrían dispositivas, atentando contra todo el régimen falencial[134]. Si la LCQ faculta al juez para resolver qué contratos continuarán vigentes, y el juez resolverá en pos de un interés general, las partes no podrían ignorar dicha potestad dejándola sin efecto a través del ejercicio de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra. La incompatibilidad de las cláusulas objeto de estudio con la LCQ es manifiesta.

e. Conclusión

La extinción prefalencial de un contrato derivada del ejercicio de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra puede ser declarada inoponible a los acreedores falenciales en los términos del artículo 119 de la LCQ en la medida en que la misma hubiera ocurrido durante el período de sospecha y se hubiera causado un daño a dichos acreedores. Inclusive, puede ser atacada a través de la acción pauliana contemplada en los artículos 961 y siguientes del Código Civil.

Por otra parte, declarada la quiebra, la situación de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra dependerá del contexto. En los supuestos de contratos *intuitu personae*, de tracto sucesivo y normativos, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra no podrán ser ejercidas -deviniendo en tal supuesto innecesarias- toda vez que dichas categorías quedan resueltas de pleno derecho por la declaración de quiebra. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de que el juez los decida continuar en el caso de que se continúe con la explotación de la empresa del fallido. Esta conclusión es extensiva a los contratos mencionados en los artículos 147, 153 y 158 de la LCQ (subsumibles dentro de las referidas categorías).

En los contratos en los que únicamente quedarán prestaciones por cumplir a cargo de una sola de las partes, habrá que distinguir. Si el deudor es la parte *in bonis* deberá cumplir con las prestaciones de conformidad con lo acordado. Si el deudor es el fallido, el acreedor deberá insinuar su crédito en los términos del artículo 200 de la LCQ. En ninguno de estos supuestos podría ser aplicable una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra.

Por otra parte, en los contratos con prestaciones recíprocas pendientes vigentes al momento de la declaración de quiebra, y en aquellos acuerdos que el juez decida mantener en razón de la continuación de la empresa[135], rigen los siguientes principios:

si la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra se pactó como cláusula de resolución por el incumplimiento de las modalidades pactadas para la ejecución del contrato (es decir, como un pacto comisorio), será de aplicación lo dispuesto en el artículo 145 de la LCQ. Como se expuso, el referido artículo prevé que la sentencia de quiebra torna inaplicables las normas contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento cuando esa resolución no se produjo efectivamente o demandó judicialmente antes de dicha sentencia. De esta forma queda sellada la posibilidad de ejercer las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra para el referido supuesto. En el caso de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, dicha respuesta se ve complementada con el régimen indisponible para las partes previsto en el artículo 144 de la LCQ que establece las reglas a las cuales deberán someterse tales contratos y que, en su punto 3, establece que *“el juez decide, al resolver acerca de la continuación de la explotación, sobre la continuación o resolución de los contratos...”*;

en el supuesto de que se hubiera pactado a la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra como cláusula rescisoria, la respuesta debería diferenciar si ha existido o no continuación de la explotación de la empresa del fallido. Si no ha habido explotación posterior, los contratos que las contuvieran, por definición de tracto sucesivo, habrán quedado extinguidos de pleno derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 147 de la LCQ. Si ha existido explotación posterior, y considerando la posibilidad del juez de autorizar la continuación de los contratos de tracto sucesivo, resultará de aplicación lo establecido por los artículos 189 y 191 de la LCQ[136], previsiones legales indisponibles para las partes en razón de la imperatividad de su contenido.

En resumidas cuentas, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra no son pasibles de ser utilizadas en el marco de una quiebra pudiéndose, inclusive, cuestionar su ejercicio preferencial.

Concurso preventivo

La quiebra tiene por objeto la liquidación del patrimonio del fallido, es decir, la realización de su activo para cancelar su pasivo. Por el contrario, el concurso preventivo pretende, a través de quitas y reestructuraciones de deuda, permitir que una persona que atraviesa por una crisis financiera, pueda sobreponerse revirtiendo su estado de cesación de pagos[137]. En efecto, *“mientras el concurso preventivo tiende a que el deudor logre un acuerdo preventivo con sus acreedores que le permita continuar con su actividad, sin solución de continuidad, la quiebra tiende a la liquidación del patrimonio del deudor para distribuir lo producido entre los acreedores...”*[138].

La diferente finalidad de ambos tipos de proceso lleva a que el legislador dé distinto trato, en uno y otro caso, a los contratos que se encuentran vigentes a la fecha de la presentación en concurso preventivo o declaración de quiebra[139].

Ahora bien, ¿qué suerte corren los términos y condiciones del contrato causa del crédito insinuado?

Al recorrer el texto de los artículos correspondientes a los efectos de la presentación en concurso preventivo no se observa ninguna norma que, en forma expresa y en sentido general, prevea el alcance de los efectos del concurso preventivo sobre los contratos vigentes.

De manera que, en principio, y salvo que la LCQ establezca lo contrario en algún punto específico, *“las convenciones mantienen el carácter de reglas a las cuales las partes deben someterse como a la ley misma. La LCQ mantiene inalterable el sistema contractual común a pesar del sometimiento de una de ellas al procedimiento del concordato preventivo, y sólo por excepción se altera la normalidad del vínculo jurídico que el concurso mantiene con sus cocontratantes”*[140]. En efecto, *“la presentación en concurso preventivo no afecta la eficacia de las obligaciones contractuales contraídas por el deudor con anterioridad...”*[141].

Al igual que para la quiebra, se analizarán los supuestos según cuáles sean las prestaciones que se encuentren pendientes de cumplimiento. Sin perjuicio de ello, se debe recordar que las aclaraciones vertidas en relación con aquellos contratos extinguidos en forma previa a la declaración de quiebra, pero dentro del período de sospecha, no resultan de aplicación en el concurso preventivo toda vez que no existe una norma análoga a los artículos 116 y 119 de la LCQ[142]. Recuerda Heredia que si el *“...contrato celebrado por el deudor y un tercero fue debidamente cumplido por ambas partes con anterioridad a la presentación, no interesa en modo alguno al proceso concursal y queda sujeto a las reglas comunes. Como explica Farina, se trata de un hecho del pasado, no existiendo acreedor ni deudor, por lo que, en principio, queda ajeno al concurso preventivo”*[143].

a. Contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes

El primer grupo que se analizará será el de los contratos en los que una sola de las partes tiene obligaciones a su cargo que no se encuentran satisfechas.

Algunos autores al analizar este conjunto de contratos apelan a la aplicación analógica[144] del artículo 143 de la LCQ que establece que si *“está íntegramente cumplida la prestación a cargo del fallido, el otro contratante debe cumplir la suya... si está íntegramente cumplida la prestación a cargo del contratante no fallido, éste debe requerir la verificación en el concurso por la prestación que le es debida”*[145].

Si bien comparto las conclusiones fácticas de dicha analogía, considero que no es la más adecuada jurídicamente toda vez que, en primer lugar, se debe intentar un análisis en base a las normas aplicables dentro del propio régimen del concurso preventivo, para luego, y solo en caso de resultar necesario, recurrir a la aplicación analógica. Lo dicho es especialmente cierto en materia concursal, donde la aplicación extensiva de normas propias de la quiebra puede producir efectos distorsivos sobre el concurso preventivo debido a los fines diametralmente opuestos que persiguen.

En el caso de aquellos contratos en los que únicamente quedarán pendientes de cumplimiento obligaciones a cargo de una sola de las partes poco dice la ley, y nada dice sobre la situación jurídica de la generalidad de los términos y condiciones de los contratos.

En el caso de los contratos en los que quedan prestaciones a cargo del concursado, el artículo 32 de la LCQ únicamente incorpora la carga de los acreedores de presentarse a insinuar su crédito ante la sindicatura concursal quedando los términos y condiciones del contrato sujetos a las resultas del acuerdo preventivo. De esta forma, de homologarse la propuesta de acuerdo que presente el concursado, las obligaciones por él adeudadas quedarán novadas de acuerdo a lo normado por el artículo 55 de la LCQ.

Es decir que en aquellos contratos en los que únicamente queden prestaciones a cargo del concursado, el derecho emergente de la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra no podrá ser ejercido ya que la LCQ establece un régimen no disponible al cual tendrá que someterse el

acreedor cocontratante. Todos los acreedores tienen la carga de verificar sus créditos y se ven impedidos de accionar contra el concursado por obligaciones de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo, tal como lo prevé el artículo 21 de la LCQ.

Una consideración especial merece la cuantía del crédito que el acreedor pueda insinuar en aquellos contratos en los que las prestaciones a cargo del concursado se encuentren sujetas a plazo[146]. En tales supuestos el acreedor debería darle a su crédito su valor corriente y no futuro. Ello sin perjuicio de la controversia existente sobre la aplicación de los artículos 572 y 753 del Código Civil[147] sobre el vencimiento de pleno derecho de los términos por la presentación en concurso preventivo (previsión expresamente contemplada por el artículo 128 de la LCQ para la quiebra).

En relación con aquellos contratos en los que las prestaciones pendientes estuvieran a cargo exclusivamente del contratante *in bonis*, las partes continúan obligadas por sus contratos en los términos en que los acordaron[148]. Como sostiene Villanueva, “*si es el contratante in bonis, [quien adeuda la prestación que prometió], deberá cumplir como lo hubiera hecho si no existiera el concurso, so pena de sufrir las consecuencias que el Derecho común hace derivar del incumplimiento de que se trate...*”[149]. Idéntica posición tiene Heredia, quien afirma que tanto en los concursos preventivos como en las quiebras, el crédito debe ser procurado “*...respétandose los vencimientos legales o convencionales que correspondan...*”[150].

Resultan naturales las conclusiones expuestas si se tiene en cuenta que el fin de los concursos preventivos es permitir al concursado superar su estado de cesación de pagos para lo cual continúa con la administración de sus bienes[151]. “*Así pues, desde algún punto de vista, la continuación de los contratos por el deudor puede tornarse inclusive indispensable*”[152].

En el caso de que el deudor de la relación jurídica fuera el cocontratante *in bonis*, el ejercicio del derecho emergente de la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra es teóricamente válido en tanto se hubiera pactado como cláusula de rescisión[153]. Sin embargo, semejante supuesto es fácticamente muy improbable, pues como ya se dijo, difícilmente se encuentre el deudor *in bonis* facultado para rescindir el contrato en virtud de los derechos emergentes de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra. Sin perjuicio de ello, aun en el caso de que pudiera, las prestaciones ejecutadas quedarían firmes, y el deudor *in bonis* deberá cancelar el saldo a favor del concurso preventivo en forma inmediata ya que todos los plazos y modalidades contractuales quedarían extinguidos. Se debe destacar que tal ejercicio sería válido en tanto que, lejos de acarrear algún perjuicio para la masa de acreedores, la beneficiaría. Ahora bien, suponiendo que las prestaciones fueran indivisibles y el deudor extinguiera el contrato, el concursado no podría restituir lo que hubiera recibido del cocontratante en razón de lo establecido en el artículo 16 de la LCQ debiendo el acreedor insinuar su crédito en los términos del artículo 32 de la LCQ.

b. Contratos vigentes con prestaciones recíprocas pendientes o con prestaciones y normativas aún inexistentes

Quedan por analizar aquellos contratos que posean prestaciones no satisfechas a cargo de ambas partes. Quizá este sea el punto más controvertido del trabajo en un sentido exegético.

Tal como se ha afirmado, “*la presentación en concurso preventivo y su posterior apertura por el órgano jurisdiccional no afecta la eficacia de las obligaciones contractuales (no causa la resolución de los contratos), pues el concursado mantiene la administración de sus bienes y nada impide que cumpla las obligaciones a las que se hubiera obligado...* [Este es] *el principio general que se sigue de la correcta integración de los arts. 15, 16 y 20 de la ley concursal*”[154].

Más aún, los términos del contrato no sólo permanecerán vigentes en su totalidad sino que el concursado se encuentra facultado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la LCQ, a elegir qué contratos con prestaciones recíprocas pendientes continuará, pudiendo resolver los restantes.

El mencionado artículo 20 de la LCQ establece que *“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”*.

A través de este artículo, el legislador creó un régimen exorbitante[155] al derecho común que resulta indisponible para las partes[156] y que no recepta excepción alguna. Las cláusulas particulares pactadas por las partes que limiten el ejercicio de la facultad estipulada en el artículo 20 de la LCQ resultarán inoponibles. En este sentido, el artículo 22 de la LCQ prevé la nulidad de aquellas estipulaciones que limiten o prohíban el ejercicio de los derechos conferidos por el artículo 20 de la LCQ. Esto ha llevado a que autores como Heredia sostengan que *“la cláusula que prevea que la presentación en concurso preventivo de uno de los contratantes causa la resolución del contrato, es de ningún valor”*[157]. Tal sería el caso de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra.

Pareciera ser correcta la afirmación transcripta. En efecto, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra, si bien no están expresamente prohibidas por la LCQ, resultan claramente incompatibles con el artículo 20 de la LCQ que autoriza al concursado, en una primera instancia, a elegir los contratos con prestaciones recíprocas pendientes que le convenga continuar. Ello en tanto que constituyen una limitación fáctica al derecho conferido por el artículo en comentario. De manera que a la luz de los artículos 20 y 22 de la LCQ, no se puede concebir la validez de estas cláusulas en tanto que representan una potencial limitación para que el concursado pueda ejercer el derecho que la LCQ, norma de orden público[158], le confiere.

Respecto a la referida nulidad prevista por el artículo 22 de la LCQ, se debe destacar que es parcial ya que afecta únicamente a la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra. Como tal, se rige por el artículo 1039 del Código Civil. Prevé dicho artículo que la cláusula anulada no vicia a las restantes, las que permanecen válidas, siempre que sean separables. El referido precepto se asienta en el principio de conservación del acto[159] que se sustenta en la premisa de que lo invalidado no puede viciar lo válido (*utile per inutile non vitiatur*) y lo invalidado no puede invalidar el todo[160]. Como recuerda Zannoni, *“...a diferencia del art. 139 del Código alemán que, en principio, consagra la nulidad total del negocio si fuere nula una parte de él, el art. 1039 parece partir - como lo hace el art. 1419 del Código Civil italiano de 1942 - de la idea inversa: la nulidad de una disposición no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”*[161].

En resumidas cuentas, en el caso de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes vigentes al momento de la presentación en concurso preventivo, los contratantes no pueden ejercer los derechos que les acuerden las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra toda vez que se las considerará nulas con el alcance previsto en el artículo 1039 del Código Civil, en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la LCQ.

Ahora bien, ¿todo contrato que tenga prestaciones recíprocas a cargo de ambas partes al momento de la presentación en concurso preventivo es pasible de ser incluido en el conjunto de *“contratos con prestaciones recíprocas pendientes”*?

Recuerda Roitman que esta “categoría” tiene su origen en el derecho italiano y que la misma doctrina italiana no se ha puesto de acuerdo respecto al contorno exacto de los contratos que en ella se incluyen[162]. Dicha dificultad se ve plasmada en la mayoría de los trabajos que analizan el tema en materia concursal.

Una posición, que pareciera ser mayoritaria, sostiene que los contratos con prestaciones recíprocas pendientes alcanzan a todo contrato, de ejecución continuada o instantánea, que tenga alguna prestación a cargo de ambas partes[163]. En este sentido, Roitman sostiene que “...están comprendidos en la locución ‘contratos con prestaciones recíprocas pendientes’, todos los contratos bilaterales, sin distinción de ninguna naturaleza”[164].

Por el contrario, autores como Heredia sostienen que, “al aludir a contratos con ‘prestaciones recíprocas pendientes’ el art. 20, LCQ, no se refiere, entonces, a una categoría especial de contratos sino a un estado determinado que se encuentran las prestaciones emergentes... Lo de ‘pendientes’ significa, por su parte, que se trata de prestaciones aún no cumplidas y, en este sentido, la jurisprudencia ha precisado que el art. 20, LCQ, sólo resulta de aplicación a aquellos contratos de ejecución diferida, mas no a los de ejecución continuada o fluyente, pues en los últimos las prestaciones se reiteran y, en consecuencia, no se encuentran pendientes y diferidas en el tiempo. En suma: el art. 20, LCQ, aprehende a 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”[165].

El razonamiento esquemático utilizado por el referido autor para describir a la sucesión de las obligaciones de tracto sucesivo fue aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sostuvo que el “...contrato de ejecución continuada, [es un contrato] con varias prestaciones a cumplir en fechas establecidas de antemano. Se trata de una sola obligación, con un contenido complejo, que se traduce en una pluralidad de prestaciones”[166]. Prestaciones que van naciendo con el correr del tiempo, es decir, que se reiteran de manera individual y distinta en cada oportunidad. No existiendo a la fecha de presentación en concurso preventivo las prestaciones futuras vinculadas a un contrato de tracto sucesivo vigente a dicha fecha -que se generarán en períodos posteriores-, las mismas jamás podrían estar pendientes ya que la existencia es una condición necesaria para la pendencia[167].

La posición de Heredia fue ratificada por parte de la jurisprudencia que entendió que el artículo 20 de la LCQ sólo resulta aplicable a los contratos de ejecución diferida, pero no a los de ejecución continuada o fluyente pues, como se dijo, en estos últimos las prestaciones se reiteran, por lo que no se encuentran pendientes sino hasta que finaliza la del período anterior[168].

El silogismo anterior resulta extensivo a los contratos normativos por los mismos fundamentos, en tanto que estos contratos rigen potenciales relaciones futuras que no se manifiestan como prestaciones pendientes al momento de la presentación en concurso preventivo.

Habiéndose excluido a los contratos de ejecución continuada de la LCQ, el régimen que les resulta aplicable es el propio del derecho común, ya que no poseen ninguna previsión especial. En efecto, tal como se vio anteriormente[169], salvo las disposiciones especiales que establece la LCQ, los contratos se rigen de conformidad con sus términos y condiciones[170]. En razón de ello, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra pueden ser ejercidas válidamente por el contratante *in bonis* con reserva de las consideraciones que se formulan más adelante.

En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido, en casos de contratos normativos, que *“si nada convinieron los cocontratantes sobre el cierre de las cuentas bancarias (nada invocaron en el caso sobre la materia), cabrá estar a lo establecido por el art. 792[171] del cód. de comercio y su reglamentación. La apertura del concurso preventivo del titular de la cuenta [corriente] no puede interferir en las relaciones particulares, imponiendo obligaciones indeseadas a un cocontratante... resulta innegable que el servicio de una cuenta corriente constituye un elemento esencial para el funcionamiento de cualquier empresa comercial... mas ello no basta para imponer a una entidad financiera que mantenga abierta una cuenta corriente bancaria, cuando se trata de materia de libre disponibilidad para los contratantes. Adoptar la solución contraria implicará establecer una obligación de contratar incompatible con la libertad en la materia garantizada por nuestra Carta Magna (arts. 14, 17 y concs. CN)”*[172].

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el ejercicio de las Cláusulas de Extinción por Concurso Quiebra en estos casos encuentra restricciones en la normativa no concursal. Uno de los límites que se deben tener más presentes es el establecido por el instituto del abuso del derecho. Tal como lo recuerda Llambías, es menester distinguir entre uso y abuso de los derechos, ya que no es posible dejar que los derechos subjetivos se desatiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos y sean utilizados para sojuzgar o explotar a los demás[173].

El ejercicio de todo derecho debe realizarse en forma lícita y regular, de otra forma, dicho ejercicio no será amparado por la ley[174]. El sistema utilizado por el codificador, a diferencia de otros[175], comprende un aspecto subjetivo y otro objetivo. Existe abuso del derecho desde el punto de vista subjetivo cuando se lo ejercita con el solo propósito de causar daño o bien cuando se lo ejerce causando daño sin obtener ningún beneficio[176]. Desde un aspecto objetivo, se incurre en abuso de derecho cuando se ejercita un derecho de manera antifuncional, o contra las finalidades generales del derecho, es decir, excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres[177], contrariando los fines para los cuales ha sido reconocido. Esto, teniendo en cuenta que *“para que se configure el ejercicio abusivo de un derecho no es requisito indispensable que el acreedor actúe sin interés legítimo o movido por la intención de dañar. Basta que ocasione a la otra parte un perjuicio anormal o excesivo. Para la calificación del acto antifuncional cabe prescindir de la intención maléfica y aun de toda negligencia o culpa del agente”*[178].

Ahora bien, en caso de que el juez del concurso le otorgue beneficios similares a los previstos para los contratos con prestaciones recíprocas pendientes -en particular la facultad de exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de la presentación en concurso-, resultaría necesario que el cocontratante arguya y pruebe las causas que lo llevan a solicitar una medida extrema como la extinción del vínculo contractual bajo apercibimiento de poder considerarse a dicho ejercicio como abusivo y, por lo tanto, privado de sus efectos normales[179]. En efecto, considero que ante la cancelación de las obligaciones pendientes y la necesidad del concursado de continuar con tal contrato, su extinción podría aparecer, *prima facie*, abusiva.

En resumidas cuentas, en la medida en que la Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra prevista en un contrato de tracto sucesivo o normativo sea ejercida en forma regular -no abusivamente-, su ejercicio será válido y oponible al concurso.
De manera que:

en los casos de contratos con prestaciones recíprocas pendientes, resulta de aplicación lo establecido por el artículo 20 de la LCQ, aun cuando las partes hubieran acordado una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra; y

por el contrario, en aquellos supuestos de contratos de tracto sucesivo y normativos, categorías no incluidas en el artículo 20 de la LCQ, las cláusulas bajo análisis pueden ser ejercidas válidamente y ser oponibles al concurso preventivo. Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que: (i) el derecho emergente de estas cláusulas no puede ser ejercido abusivamente; y (ii) que el juez a cargo del proceso está en condiciones -dados los presupuestos procesales necesarios- de dictar una medida cautelar tendiente a exigir la continuación de las prestaciones pactadas por las partes[180].

VI. Eficacia de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra con posterioridad a la clausura del proceso [arriba]

Resta por analizar si, una vez finalizado el concurso preventivo o la quiebra, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra son pasibles de ser utilizadas válidamente.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional se han expresado aún en este sentido. Por el contrario, en Estados Unidos, ha sido tema de debate especialmente en los casos de las quiebras de consumidores norteamericanos que solicitan la apertura de una “*liquidation*” en los términos del capítulo 7 del código de quiebras estadounidenses (“*Bankruptcy Code*”). Respecto a dichos supuestos, cierta doctrina norteamericana sostuvo que, si bien el código de quiebras estadounidense prevé fuertes restricciones al ejercicio de este tipo de cláusulas, lo cierto es que dicho cuerpo normativo no es claro en cuanto a la extensión post concursal de la ineficacia de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra[181]. Ello ha llevado a que los acreedores intenten declarar el incumplimiento de sus deudores por el acaecimiento de la condición pactada e intenten extinguir el contrato una vez finalizado el proceso universal. Algunos tribunales norteamericanos se han opuesto a tal pretensión[182], otros han acogido las demandas[183].

Dentro del concurso preventivo, ninguna previsión de la LCQ permitiría inferir sus efectos post concursales. Sin embargo, *prima facie*, se debe sostener que “*el vínculo contractual recobra la plenitud de sus efectos, por lo que cualquiera de ellas podría demandar su cumplimiento o resolución de conformidad con las normas del Derecho común*”[184]. En el caso de que los contratos que las convinieran hubieran estado alcanzados por el artículo 20 de la LCQ, la nulidad con la que dichas cláusulas son sancionadas en razón de lo normado por el artículo 22 de la LCQ permanece inalterada, al igual que sus efectos. En un escenario de quiebra, en la medida en que el contrato hubiera sido continuado, sea por avenimiento (ya que entonces cesan todos los efectos patrimoniales de la quiebra conforme lo establece el artículo 227 de la LCQ) o sea por su transferencia a terceros[185].

Esta laguna de la LCQ, sin lugar a dudas, genera una gran inseguridad jurídica que debe ser resuelta legislativamente. En efecto, no se puede concebir que, finalizado el concurso preventivo o la quiebra, el cocontratante *in bonis*, con excepción de aquellos supuestos del artículo 22 de la LCQ, pueda extinguir el vínculo contractual que fue continuado con motivo de las previsiones contenidas por la ley con fundamento en una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra. Ello desvirtúa el sistema de la LCQ y, por tal motivo, debería sancionarse una norma que previera dicho supuesto y no dejara margen a interpretaciones conflictivas.

VII. Estructuras utilizadas para morigerar el riesgo de insolvencia de las partes [arriba]

Es cierto que la inoponibilidad de la extinción de un contrato derivado del ejercicio del derecho emergente de una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra al concursado o a los acreedores falenciales puede ser crucial para el éxito de un concurso preventivo o una quiebra. Sin embargo, no es menos cierto que dicho éxito no siempre beneficia a los cocontratantes *in bonis*, que quieren mantenerse ajenos a la suerte de estos procesos universales. Es por esto último que, cuando el régimen concursal prevé la ineficacia de cláusulas como las analizadas, que permiten al cocontratante *in bonis* satisfacer sus intereses al poderse desvincular de situaciones de cesación de pagos de su contratante, tienden a adoptar medidas preventivas (especialmente lo intentan quienes resultan acreedores de la relación).

Dichas medidas no persiguen la eficacia, en el caso, de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra frente a un concurso preventivo o una quiebra (eficacia que se encuentra regulada por una ley de orden público), sino que procuran reducir la exposición de las partes al riesgo derivado de la cesación de pagos al trasladarlo o contenerlo. Sin pretender agotar todas las posibilidades, a continuación se describirán brevemente, y a modo de introducción dada la amplitud del tema, tres modalidades que hoy se practican con mayor o menor viabilidad o éxito.

Fideicomiso

El contrato por excelencia que se utiliza para evitar, entre otras, situaciones conflictivas con los acreedores de las partes intervinientes en una determinada operación, es el fideicomiso.

El contrato de fideicomiso es un contrato plurilateral mediante el cual una persona, llamada fiduciante, transmite a otra, fiduciario, la propiedad de uno o varios bienes determinados que conformarán un patrimonio de afectación a fin de que el fiduciario los administre o disponga de dichos bienes en beneficio de uno o más beneficiarios y de conformidad con las instrucciones impartidas por el fiduciante para que, una vez concluido su objeto o transcurrido su plazo de duración, los bienes que integran el patrimonio fideicomitado sean transferidos al fideicomisario[186].

La ley 24.441, que regula al contrato de fideicomiso, nada dice sobre las finalidades que puede adoptar el fideicomiso por lo que, en la medida en que el acuerdo se mantenga dentro de los límites legales, existe libertad para determinarlas. Es decir que se trata de una figura que tiene gran versatilidad, lo que la hace atractiva para la realización de negocios[187], atracción que se incrementa en virtud del patrimonio de afectación que la figura crea. Dicha versatilidad permite, entre muchas posibilidades, la realización de proyectos de inversión o la constitución de fideicomisos de garantía[188].

A través del fideicomiso el fiduciante transfiere aquellos bienes que se encuentran su patrimonio necesarios para llevar adelante el negocio o para garantizarlo a favor del fiduciario. Dichos bienes conforman un patrimonio de afectación en cabeza del fiduciario.

Una vez que dichos bienes salen del patrimonio del fiduciante no pueden ser atacados por sus acreedores y, por lo tanto, también se mantienen ajenos a su suerte económico-financiera[189]. Ello, ha llevado a que autores como Carregal sostengan que “*todo fideicomiso tiene una función de garantía...[que] está implícita en la necesidad de que los bienes objeto del fideicomiso salgan del patrimonio del fiduciante para ingresar al patrimonio especial del fiduciario*”[190]. Ahora, los bienes que fueron transferidos en fideicomiso no solo no pueden ser atacados por los acreedores del fiduciante, sino que tampoco forman parte de la “prenda común” de los acreedores del fiduciario. Como lo ha sostenido la jurisprudencia, “*...los activos objeto del fideicomiso conforman un patrimonio separado que no puede ser agredido por los acreedores de ninguna de las partes*”[191].

En resumidas cuentas, los bienes fideicomitidos únicamente responden por las deudas del fideicomiso. En este sentido, el artículo 15 de la ley N° 24.441 establece en su parte pertinente que *“los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados”*. Los bienes en fideicomiso forman un patrimonio separado del propio del fiduciario, al que se le imputan únicamente sus créditos y deudas según la causa que les haya dado origen.

La finalidad que tuvo la ley en comentario fue *“proteger los bienes fideicomitados para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, [y a tal fin] estructura un sistema que gira en torno a varios ejes... el tratamiento de los bienes fideicomitados como patrimonio separado y la exclusión del fideicomiso del régimen general de la quiebra (art. 16), previendo un régimen de liquidación particular...”*[192].

En razón de lo expuesto, el fideicomiso es un contrato que se usa con mucha frecuencia para, además de garantizar el cumplimiento de lo pactado, sortear los riesgos de la insolvencia del cocontratante, evitándose entre muchas otras cosas, la contingencia de que se considere inoponible frente al concurso o la quiebra de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra. Se debe destacar que los efectos del fideicomiso (en cuanto a su oponibilidad a los acreedores de las partes), generalmente, son respetados por la jurisprudencia.

Prenda de acciones

Otra vía que los contratantes generalmente intentan para evitar los riesgos derivados de la cesación de pagos de su cocontratante es la constitución de una prenda sobre las acciones representativas del capital social de la deudora con transferencia de los derechos políticos de la misma sujeta a condición suspensiva[193]. Dicha condición suspensiva consiste en la incursión en cesación de pagos, presentación en concurso preventivo o pedido de quiebra de la sociedad emisora de las acciones gravadas.

La prenda, en un sentido genérico, es una garantía real por medio de la cual el propietario de un bien lo grava afectando su propio poder de disponibilidad sobre dicho bien en garantía del cumplimiento de una determinada obligación y en beneficio del acreedor de dicha obligación[194]. Esta garantía real es receptada por el Código Civil a partir de su artículo 3204, y por el Código de Comercio, a partir del artículo 580.

Conforme lo establece el artículo 583 del Código de Comercio, *“pueden darse en prenda bienes muebles, mercancías u otros efectos, títulos de deuda, acciones de compañías o empresas, y en general cualesquiera papeles de créditos negociables en el comercio”*. Señala Villegas que la doctrina y jurisprudencia han sido concordantes en interpretar que los bienes que pueden ser objeto de prenda deben extenderse a todo crédito, aporte, utilidades sociales, entre otros[195]. En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que *“la división entre los bienes que pueden ser sometidos a prenda fija... y los que pueden ser sometidos a prenda flotante, es simplemente enunciativa y no constituye una regla a seguir con estricto apego a la liberalidad el texto legal con olvido del significado conceptual que la guía, pues no tiene en cuenta tanto la naturaleza en sí de los bienes, cuanto su adecuación a la finalidad del servicio que ha de prestar el instituto legal”*[196]. Ello ha llevado a que se sostenga que, a partir de la existencia del libro de registro de acciones, pueda darse en prenda acciones escriturales[197].

Generalmente, lo que se intenta conseguir es que en garantía del cumplimiento de una obligación de la sociedad emisora de las acciones objeto de la prenda, se den las acciones que conforman su control social. De esta manera, el cocontratante garantizado estaría en

condiciones de poder ejercer el control de la voluntad social de su deudora de manera tal de satisfacer sus créditos contra ella, evitándose situaciones indeseadas crediticiamente como lo es el concurso preventivo o la quiebra de su deudor.

Sin embargo, dicho medio es jurídicamente cuestionable toda vez que la Ley de Sociedades Comerciales establece en su artículo 219 que *“en caso de constitución de prenda o de embargo judicial, los derechos corresponden al propietario de las acciones”*. Ello ha llevado a la doctrina societaria a sostener que es sumamente cuestionable que el derecho de voto pueda ser transferido al acreedor prendario, habiéndose resuelto a favor del titular de la acción[198]. Las razones radican tanto en que el voto debe inspirarse en el interés social como que el derecho de voto es inseparable de la titularidad de la calidad de accionista, que corresponde al garante[199]. Sin embargo, otros autores sostienen que *“varios motivos llevan a la conclusión de que el deudor y el acreedor prendario tienen atribuciones para acordar quién ejercerá el derecho de voto”*[200].

Aun si se sostuviera la posibilidad de transmitir el derecho a voto a través de la prenda de acciones, existen riesgos importantes que deben ser meritados. En primer lugar, no es sencillo - y muchas veces ni siquiera posible- determinar en forma oportuna el acaecimiento de la condición suspensiva a la que se sujeta la transferencia del derecho de voto. Ello hace que la medida muchas veces pueda resultar ineficiente. En segundo lugar la asunción del gobierno de una sociedad en estado de cesación de pagos implica riesgos importantes que deben considerarse. Dichos riesgos se pueden resumir en acciones contra los miembros del órgano de administración, intentos de extensión de quiebras, entre muchos otros que, más allá de la posibilidad jurídica de que prosperen, significarán contingencias que se deberán analizar.

En este sentido, el artículo 161 de la LCQ establece que la quiebra puede ser extendida (i) a la controlante de la fallida[201] en la medida en que (a) bajo la apariencia de la actuación de la fallida, haya efectuado actos en su interés personal y haya dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude de sus acreedores; o (b) haya desviado indebidamente el interés social de la controlada sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte; y (ii) a cualquier persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible con el fallido que impida la clara relimitación de los activos y pasivos o de la mayor parte de aquellos.

Si bien esta sanción es excepcional, ya que ni el control ni la posición dominante son generadoras -por sí mismas- de responsabilidad, lo cierto es que constituye una contingencia a ser tenida en cuenta.

Además de lo anterior, también se deben tener presente las acciones societarias previstas por la Ley de Sociedades Comerciales. La ley en comentario hace responsable al controlante por los daños derivados de su actuación dolosa o culposa. En este sentido, su artículo 54 prevé que *“el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios”*. Esta norma es una aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad civil que puede ser ejercida tanto por la sociedad, por ser ésta quien sufre inmediatamente el perjuicio allí previsto, o quienes resulten indirectamente perjudicados, como los otros socios[202].

Por otra parte, la Ley de Sociedades Comerciales, en su artículo 254, también hace responsables a los accionistas de las sociedades anónimas por las consecuencias inmediatas y mediatas derivadas de la ejecución de decisiones tomadas en asambleas que luego son anuladas[203]. Esta acción de responsabilidad requiere que, previamente, se haya dictado una sentencia nulificante

de la asamblea, lo que configura, consecuentemente, una cuestión prejudicial. En relación con la extensión de la reparación de los daños queda, en consecuencia, gobernada por lo dispuesto en los artículos 520 a 522, 904 a 906 y 1078 del Código Civil, comprensiva de las consecuencias inmediatas y mediatas que derivan de la ejecución del acuerdo nulo[204].

Como se ve, existen importantes contingencias que deben ser analizadas con detenimiento en forma previa a ejercer los derechos políticos de una sociedad respecto de la cual se tienen prendadas acciones representativas de su capital social. En otras palabras, la prenda con desplazamiento del derecho de voto -que como se vio-, es jurídicamente cuestionable y no constituye un medio eficiente para evitar el concurso preventivo o quiebra del cocontratante.

Creación de sociedades ajenas a los procedimientos concursales de los contratantes o modificación de los estatutos sociales de las sociedades existentes

A veces, para canalizar un negocio de manera tal de sustraerlo de la suerte económico-financiera de las partes, se crean sociedades orgánicamente estructuradas para inhibir su presentación en concurso o quiebra. El ejemplo típico es la incorporación en los estatutos sociales de la exigencia de obtener la unanimidad de votos para poder presentarse en concurso preventivo o quiebra, quedándose el acreedor de la relación con una cantidad mínima de votos de manera de bloquear cualquier decisión que se adopte en este sentido[205]. Lo mismo se puede conseguir modificando los estatutos de las sociedades existentes. Por otra parte, también se puede obtener el mismo efecto a través del órgano de administración, consiguiendo el control mínimo de administradores suficientes para imposibilitar las mayorías que se requieran para aprobar la presentación en concurso preventivo o petición de la propia quiebra. Si bien pareciera ser una salida viable para sortear el riesgo falencial, lo cierto es que tiene contingencias importantes.

En efecto, en caso de que se tenga el control del órgano de gobierno, resultan atinentes las observaciones realizadas en el apartado anterior en relación con la prenda de acciones. En el supuesto de que se tenga el control del órgano de dirección se deben tener presente que los administradores de una sociedad también pueden ser pasibles de acciones en su contra.

La LCQ establece en su artículo 173 la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia. Inclusive, es responsable cualquier tercero que dolosamente hubiera participado en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo del fallido, antes -con el límite temporal previsto en el artículo 174- o después de la declaración de quiebra. En cuanto al daño resarcible, Rivera sostiene que “*está sometido a las reglas ordinarias de la responsabilidad civil*”[206].

Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales, en sus artículos 274 a 279, establece un régimen de responsabilidades de los administradores de las sociedades anónimas con fundamento en la culpa, que se genera cuando se incurre en la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y, a raíz de ello, se genere un daño. La ley establece que existirá culpa en la medida en que los representantes no hubieran actuado como un *buen hombre de negocios* (parámetro mencionado en el artículo 59 de la ley en comentario[207]). Si bien estas responsabilidades pueden extinguirse por transacción, aprobación o incluso renuncia a su ejercicio, tal extinción pierde eficacia ante la declaración de quiebra en virtud de lo establecido por el artículo 275 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Respecto a la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia tiene dicho que, en principio, la misma “*nace de la sola circunstancia de*

integrar el órgano de administración, de manera que cualquiera fueren las funciones que el director ha desempeñado efectivamente, su conducta debe ser calificada en función de la actividad obrada por el órgano, aun cuando el sujeto no haya actuado directamente en los hechos que motivan el encuadramiento...”[208]. En efecto, el artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales no hace distinción sobre la actuación propia de cada director, sino que establece que “*los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo...*”[209]. Únicamente cuando se hubieren asignado funciones personales de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o por medio de una decisión asamblearia, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual del director.

En los párrafos anteriores se esbozaron brevemente los riesgos que se asumen al ejercer el gobierno o la administración de una sociedad. De dicha descripción se deduce que la adopción de una estructura similar a la propuesta tampoco se encuentra ajena a importantes riesgos que la eliminan como alternativa para superar los obstáculos que se presentan ante las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra y que fueron vistos a lo largo de este trabajo.

VIII. Conclusiones [arriba]

Las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra son cláusulas que permiten la extinción de un contrato ante la incursión de una de las partes en cesación de pagos, su presentación en concurso preventivo o su quiebra. Dichas cláusulas, generadoras de ineficacias funcionales de los contratos, pueden ser pactadas, según el tipo de contrato y la voluntad de las partes, como cláusulas rescisorias o resolutorias.

En principio, las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra resultan inoponibles a los procesos previstos por la LCQ. Inclusive podría ser cuestionado su ejercicio preferencial a través de una acción revocatoria concursal -en la medida en que hubiera ocurrido dentro del período de sospecha y que se hubiera causado algún perjuicio a los acreedores- o de una acción revocatoria ordinaria. El único supuesto en el que podría sostenerse la validez de las mismas es en el marco del concurso preventivo y en relación con los contratos de tracto sucesivo y normativos.

La eficacia del ejercicio de las Cláusulas por Concurso o Quiebra con posterioridad a la finalización del concurso preventivo, el avenimiento en una quiebra o la transferencia a terceros del acuerdo en el caso de una quiebra, tampoco es uniforme. Diferirá según se trate de un concurso preventivo o de una quiebra. En el primer supuesto, podrá ser ejercida en los casos de contratos de tracto sucesivo y formativos, ya que en los contratos con prestaciones recíprocas pendientes serán anuladas en razón de lo dispuesto por los artículos 20 y 22 de la LCQ. En el caso de quiebra, no existe norma alguna que impida o limite su ejercicio una vez extraído el contrato de la órbita de la LCQ.

Como se observó a lo largo del presente trabajo, los efectos de la LCQ sobre las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra no son uniformes y se debe recurrir a distintos razonamientos y conceptos jurídicos (algunos de los cuales ni siquiera poseen un significado unívoco en la doctrina, como es el caso del término “contratos con prestaciones recíprocas pendientes”). Ello, por supuesto, genera inseguridad jurídica. A fin de superar la referida deficiencia legislativa, se propone la inclusión de dos disposiciones en la LCQ, una aplicable al concurso preventivo y otra a la quiebra, que expresamente dispongan o (i) la nulidad de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra de manera tal de eliminar la incertidumbre relativa a la eficacia tanto pre como post concursal de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra; o (ii) la oponibilidad del ejercicio del derecho emergente de estas cláusulas en los procesos sujetos a la LCQ.

[1] Conforme lo sostuvo la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas, “...as economy develops, more and more of its wealth is apt to be contained in, or controlled by contracts, rather than contained in land” [“...a medida que se desarrolla la economía, mayor parte de su riqueza es apta para ser contenida en, o controlada por, contratos más que contenida en tierra”] (*Draft Legislative Guide on Insolvency Law*, doc. N° A/CN.9/WG.V/WP.58, del 5 de octubre de 2001).

[2] La ineficacia comprende a todos aquellos supuestos que privan a los actos jurídicos de sus efectos propios. Dicha ineficacia puede ser estructural (si se debe a la fase de celebración o formación del contrato) o funcional (que atiende a las consecuencias que un negocio, regularmente formado, produce en la realidad). Según Lorenzetti, los supuestos de ineficacia son: (i) ineficacia estructural: nulidad, anulabilidad y suspensión de eficacia; (ii) ineficacia funcional: revocación, rescisión y resolución; y (iii) la inoponibilidad, que la define como una situación que limita los efectos de los contratos respecto de algunos terceros y, a diferencia de las ineficacias estructurales y funcionales, no es *inter alia* (Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, p. 546, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004). Es decir que, la rescisión, revocación y resolución son modos de extinciones anormales de los contratos en virtud de hechos sobrevinientes (Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedacasas (directores), *Código Civil comentado. Artículos 1137 a 1216*, p. 410, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004).

[3] Dicho beneficio debe entenderse en sentido amplio, es decir, como cualquier ventaja que la situación puede generar.

[4] Término que es utilizado con mayor frecuencia que el de “cesación de pagos”, a pesar de no haber sido receptado por la ley concursal y de tener distinto alcance que éste último.

[5] Estas cláusulas son internacionalmente conocidas como “*ipso facto clauses*”, “*bankruptcy clauses*” o “*default upon filing clauses*” (conf. Michael J. Di Gennaro y Harley J. Goldstein, *Can Ipso Facto Clauses Resolve the Discharge Debate?: An Economic Approach to Novated Fraud Debt in Bankruptcy*, en *DePaul Business & Commercial Law Journal*, p. 418, 2002-2003). Una Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra estándar puede prever: “*si durante la vigencia del presente contrato tuviere lugar uno o más de los siguientes eventos por cualquier causa que fuera (incluyendo, sin limitación, caso fortuito y/o fuerza mayor), el acreedor podrá declarar la caducidad de los plazos otorgados a la deudora y podrá exigir el inmediato reintegro de todas las sumas impagas: ... (i) ocurriere, a criterio del acreedor, un cambio o acontecimiento sustancial desfavorable sobre los bienes, la situación económico financiera, negocios u operación de la deudora, incluso si dicho acontecimiento desfavorable resultare de un cambio en el marco regulatorio de la actividad que desarrolla la deudora que afectare la validez o exigibilidad de las obligaciones de pago de la deudora, o de cualquier otra obligación sustancial de la deudora; o que afectare el ejercicio de los derechos del acreedor bajo este contrato; y/o la deudora incumpliere en forma generalizada sus obligaciones con terceros, o en cualquier otra forma evidencian un estado de cesación de pagos; o admiten por escrito su inhabilidad para pagar sus deudas; o (ii) la deudora se presentare solicitando su concurso preventivo, su propia quiebra, o ésta fuera solicitada por un acreedor y no levantada, por cualquier causa que fuere, en la primera oportunidad procesal disponible, o celebraren y/o solicitaren la homologación judicial de un acuerdo preventivo extrajudicial; o (iii) la deudora entrare en cesación de pagos en los términos de los artículos 78 y 79 de la Ley 24.522 de la República Argentina; o (iv) se dispusiere o acordare respecto de la deudora cualquier tipo de control, custodia y/o intervención judicial en su administración y/o dirección y/o en cualquiera de sus negocios,*

bienes, activos y/o ingresos; y/o (v) la deudora viere impedida o de otra manera restringidas sustancialmente cualesquiera de sus facultades o funciones esenciales de dirección, administración, y/o ejecución de los negocios, actividades y operaciones de la deudora...”.

[6] Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas en *Draft Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 31, documento A/CN.9/WG.V/WP.58., del 5 de octubre de 2001.

[7] Alan Schwartz, *A Normative Theory of Business Bankruptcy*, p. 2, en “American Law & Economics Association Annual Meetings”, The Berkley Electronic Press, 2004. La doctrina concursalista local ha reconocido al crédito como motor importante de la economía y es el progreso de los pueblos modernos (en este sentido se puede ver Roberto García Martínez, *Derecho concursal*, p. 14, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

[8] Ello se ve diariamente en documentos elaborados por organizaciones como Veraz que informan el riesgo de contratar con personas que se encuentran en cesación de pagos o brindan datos que permitan dar una idea acabada de su solvencia económico-financiera.

[9] Alan Schwartz, *A Normative Theory of Business Bankruptcy*, p. 33, en “American Law & Economics Association Annual Meetings”, The Berkley Electronic Press, 2004.

[10] Los *contratos* celebrados con la administración pública deben ser tratados en forma separada. Esto es así ya que “*la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen...*”(Juan C. Cassagne, *El contrato administrativo*, p. 13, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005), lo que hace que los principios aplicables difieran de los básicos utilizados en derecho privado.

La doctrina administrativista inclusive debate sobre el alcance de los principios que resultan aplicables a la materia cuestionando la misma existencia de una categoría de contrato administrativo. Tal como fue reconocido por Alberto B. Bianchi (*Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED 184-900), los dos máximos exponentes de esta discusión son Héctor A. Marial y Juan C. Cassagne. El primero de ellos, en su trabajo *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo* (ED 179-655), considera que “...*la teoría tradicional del contrato administrativo es no sólo innecesaria, sino también inconveniente, tanto para quienes contratan con el Estado como para los mismos intereses públicos y, por lo tanto, debe ser abandonada o, cuando menos, significativamente acotada*”. Por su parte, Juan Carlos Cassagne, sostiene que “*lo cierto es que la realidad de nuestro sistema jurídico demuestra la presencia de un régimen diferenciado – y aun mixto, si se prefiere – que marca distinciones notorias con el sistema que rige la contratación civil y comercial, y esto de por sí, explica y justifica la configuración de una categoría jurídica autónoma y específica para el contrato administrativo sin que ello obste a la aplicación del derecho civil, mas por vía de analogía*”. Dicho autor cuestiona la posición de Marial preguntándose “...*si se trata de una crítica que tiende a la eliminación de la categoría o figura del contrato administrativo o, en cambio, el propósito perseguido consiste en la descripción de una serie de principios y consecuencias jurídicas con el fin de acotar o desdibujar el ámbito de aplicación del contrato administrativo*” (*El contrato administrativo*, p. 149 y 349, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005). Cassagne concluye afirmando que la construcción del contrato administrativo ha adquirido una fisonomía típica del derecho público que no puede sostenerse sobre pilares del derecho privado (Juan C. Cassagne, *El contrato administrativo*, p. 17, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005).

Como consecuencia de la discusión antes mencionada, que aún no ha llegado a su punto final, el desarrollo del tema *propuesto* para este trabajo desde la perspectiva de los contratos en los que interviene la administración pública debe ser encarado desde un ángulo sustancialmente diferente que no arrojaría un resultado sistemático en una ponencia de esta extensión. En razón de ello, he considerado conveniente no incluirlos en este desarrollo.

[11] Michael J. Di Gennaro y Harley J. Goldstein, *Can Ipso Facto Clauses Resolve the Discharge Debate?: An Economic Approach to Novated Fraud Debt in Bankruptcy*, en *DePaul Business & Commercial Law Journal*, p. 436, 2002-2003.

[12] La enumeración fue realizada por el Banco Mundial en su trabajo *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights System*. Una enumeración similar fue realizada por la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas, *Draft Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 30, documento A/CN.9/WG.V/WP.58. Por su parte, Philip R. Wood menciona

la alta posibilidad de incumplimiento por parte del deudor fallido, el riesgo que implica la situación de incertidumbre en mercados volátiles y la posibilidad con la que cuenta el fallido de elegir los contratos según su conveniencia – “cherry picking” (*Principles of International Insolvency*, p. 201, Sweet & Maxwell, Londres, 1995).

[13] Estos dos primeros apartados fueron enunciados por la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su *Draft Legislative Guide on Insolvency Law*, documento A/CN.9/WG.V/WP.58 de diciembre de 2001.

[14] Acción conocida internacionalmente como *cherry picking*.

[15] Alan Schwartz, *A Normative Theory of Business Bankruptcy*, “American Law & Economics Association Annual Meetings”, The Berkley Electronic Press, 2004.

[16] Forma preferida por la LCQ para enajenar la empresa conforme a lo establecido en el artículo 204 de la LCQ.

[17] Tal sería la filosofía de la LCQ según Iglesias, quien sostiene que “*la tutela del interés de los acreedores constituye el valor supremo de la ley que comentamos*” (José A. Iglesias, *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, LL, 1985-E, 1188).

[18] Dos típicos ejemplos son la locación de inmuebles y los contratos de *leasing*.

[19] Banco Mundial, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights System: Assesment Test in EU Member States and United States*, p. 38, disponible en http://www.worldbank.org/ifa/ipg_eng.pdf .

[20] Denominado “*Bankruptcy Code*”. Disponible en http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11 /usc_sup_01_11.html.

[21] Textualmente la norma prevé “*Notwithstanding a provision in an executory contract or unexpired lease, or in applicable law, an executory contract or unexpired lease of the debtor may not be terminated or modified, and any right or obligation under such contract or lease may not be terminated or modified, at any time after the commencement of the case solely because of a provision in such contract or lease that is conditioned on: (A) the insolvency or financial condition of the debtor at any time before the closing of the case; (B) the commencement of a case under this title; or (C) the appointment of or taking possession by a trustee in a case under this title or a custodian before such commencement*”.

[22] T. Randall Wright y Joyce A. Dixon, *Bankruptcy Issues in Partnership and Limited Liability Company Cases*, p. 5, Westlaw, SK011 ALI-ABA 411, 2005.

[23] Alan N. Resnick, *Bankruptcy Law Manual*, 8:47, Thomson West, 2003.

[24] Dado que en la Argentina existe interés en modificar la legislación en esta materia (en este sentido se pueden ver los proyectos de ley impulsados por la Comisión Nacional de Valores), es dable hacer una pequeña referencia a dicho tratamiento por parte de la legislación norteamericana, aun cuando resulte en cierta forma tangencial al tema de fondo.

A fin de minimizar el riesgo sistémico de sus mercados de capitales, Estados Unidos ha exceptuado de la prohibición de ejercer las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra bajo ciertos contratos financieros permitiendo su terminación, compensación y liquidación (*The Effect of Proposed Amendments to U.S. Insolvency and Banking Laws on Transactions Involving Securities, Commodities and Other Financial Contracts*, disponible en

http://www.wilmerhale.com/files/Publication/eacecfbd-0400-4cb1-80a0-cf3a2c3f1637/Presentation/PublicationAttachment/29b1ce6d-1ce1-4544-a3ec-63ecd65d11e1/Bankruptcy%20%20Derivatives%20outline%20-%20_final_.pdf.

En 1990, ISDA consiguió incorporar las primeras enmiendas a la ley de quiebras para eximir los contratos de *swap* de las normas relativas a la suspensión de acciones bajo el código de quiebras, creando lo que en Estados Unidos se llama “*safe harbor*”. Dichas excepciones se fueron ampliando con el correr del tiempo.

Así, las previsiones vinculadas al mercado financiero contemplan tres tipos de excepciones al régimen general. En primer lugar, la compensación de participantes protegidos en relación con pagos protegidos debidos bajo un contrato protegido. En segundo lugar, se limitan las facultades del concursado o de la sindicatura de plantear la revocación de ciertas transferencias preconcursales que de otra forma podrían ser presumidas como fraudulentas. Ello es así siempre que dicha transferencia constituya un pago protegido hecho por un deudor protegido bajo un contrato protegido y que no hubiera sido realizada en fraude a los acreedores. En tercer lugar, se exceptiona a estos contratos tanto de la suspensión de acciones como de la ineficacia

de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra, ello siempre dentro de los límites de la buena fe y sin incurrir en abuso de derecho (Christopher J. Redd, *Treatment of Securities and Derivatives Transactions in Bankruptcy*, p. 5, Westlaw, 24-AUG Am. Bankr. Inst. J. 36). Hasta 2005 estas excepciones al régimen especial estaban circunscriptas a las siguientes categorías: (i) Contratos protegidos: se circunscribían a *forwards*, futuros, *swaps*, contratos de recompra y opciones; (ii) Participantes protegidos: las previsiones sobre contratos protegidos únicamente eran aplicables en relación con los participantes protegidos. Muchos de estos participantes estaban definidos de manera tal de asociarlos a la especie de contrato derivado protegido. Por ejemplo, en el caso de los *swap* y contratos de recompra, el participante protegido es definido como cualquiera de las partes; y (iii) Pagos protegidos: el código de quiebras prevé que los pagos protegidos son el "*margin payment*" y el "*settlement payment*". Sin perjuicio de las definiciones dadas por la ley, los jueces consideran a estos términos de conformidad con los dados en el mercado en el que operen estos contratos.

El 20 de abril de 2005 se sancionó la ley contra la prevención del abuso de los procesos concursales y protección del consumidor expande las excepciones contra la suspensión de las acciones, prohibición de compensaciones y la prohibición a la terminación de los contratos en razón de la estipulación de Cláusula de Extinción por Concurso o Quiebra para abarcar aún más especies de contratos derivados. A tal fin, la norma expande la definición de contratos de *forward*, *swaps* y recompra y, por otra parte, incluye a las entidades municipales como personas protegidas. Asimismo, crea una nueva categoría de contrato derivado llamado *master netting agreement* que se trata de un contrato marco que permite el neteo de operaciones entre distintos productos.

La nueva legislación también protege del riesgo falencial a: (i) ciertos pagos a los participantes financieros; (ii) las transferencias previas a cualquier proceso concursal hecha en relación con un *master netting agreement*, con excepción de transferencias fraudulentas y, transferencias que puedan ser cuestionadas bajo el derecho no concursal.

[25] En este sentido, se puede ver: Thomas J. Cunningham, *Postpetition Payments on Secured Debt: Ipso Facto Clauses and Their Relationship to Reaffirmation Agreements*, California Bankruptcy Journal Corporation, 1992); Alan Schwartz, *A Normative Theory of Business Bankruptcy*, en "American Law & Economics Association Annual Meetings", The Berkley Electronic Press, 2004; Michael J. Di Gennaro y Harley J. Goldstein, *Can Ipso Facto Clauses Resolve the Discharge Debate?: An Economic Approach to Novated Fraud Debt in Bankruptcy*, en DePaul Business & Commercial Law Journal, p. 436, 2002-2003; entre muchos otros. A lo largo de dichos trabajos se cita gran cantidad de jurisprudencia sobre la materia.

[26] Denominada "Bankruptcy and Insolvency Act", disponible en <http://laws.justice.gc.ca/en/B-3/index.html>.

[27] Artículo 65 inciso 1 apartado 1.

[28] Artículo 65 inciso 1 apartado 5.

[29] Artículo 65 inciso 1 apartado 6.

[30] La norma prevé, en su parte pertinente, que "...65.1 (1) *If a notice of intention or a proposal has been filed in respect of an insolvent person, no person may terminate or amend any agreement with the insolvent person, or claim an accelerated payment, or a forfeiture of the term, under any agreement with the insolvent person, by reason only that (a) the insolvent person is insolvent; or (b) a notice of intention or a proposal has been filed in respect of the insolvent person ... (7) Subsection (1) does not apply (a) in respect of an eligible financial contract; or (b) to prevent a member of the Canadian Payments Association established by the Canadian Payments Act from ceasing to act as a clearing agent or group clearer for an insolvent person in accordance with that Act and the by-laws and rules of that Association. (8) In subsections (7) and (9), "eligible financial contract" means (a) a currency or interest rate swap agreement, (b) a basis swap agreement, (c) a spot, future, forward or other foreign exchange agreement, (d) a cap, collar or floor transaction, (e) a commodity swap, (f) a forward rate agreement, (g) a repurchase or reverse repurchase agreement, (h) a spot, future, forward or other commodity contract, (i) an agreement to buy, sell, borrow or lend securities, to clear or settle securities transactions or to act as a depository for securities, (j) any derivative, combination or option in respect of, or agreement similar to, an agreement or contract referred to in paragraphs (a) to (i), (k) any master agreement in respect of any agreement or contract*

referred to in paragraphs (a) to (j), (k.1) any master agreement in respect of a master agreement referred to in paragraph (k), (l) a guarantee of the liabilities under an agreement or contract referred to in paragraphs (a) to (k.1), or (m) any agreement of a kind prescribed...".

[31] El debate del Senado canadiense que incorpora estas restricciones puede verse en http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/senate/deb-e/098db_2005-11-23-tm?Language=E&Parl= 38&Ses=1.

[32] Publicada en el Boletín Oficial del Estado (español) núm. 164, del 10 de julio de 2003.

[33] El artículo en comentario prevé que "Durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo". El referido "título III" comprende los artículos 40 a 73 de la ley Nº 22/2003.

[34] Conforme el artículo 63 de la ley española Nº 22/2003, "1.Lo establecido en los artículos anteriores [relativo a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas y resolución por incumplimiento] no afectará el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley. 2. Tampoco afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes".

[35] Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr>.

[36] Denominada "Legge Fallimentare". Disponible en www.ilfallimento.it/norme/legge%20fallimentare%20in%20vigore%20dal%202006.pdf.

[37] Tal el caso de autores como L. Guglielmucci; A. Bonsignori; G. Nardo; y M., Lazzara, todos citados por Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 154, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[38] La ley de quiebras inglesa, *Insolvency Act 1986*, se encuentra disponible en <http://www.insolvency.gov.uk>.

[39] Philip R. Wood, *Principles of International Insolvency*, p. 65, Sweet & Maxwell, Londres, 1995.

[40] *Draft legislative guide on insolvency law*, doc. Nº A/CN.9/WG.V/WP.58, del 5 de octubre de 2001, p. 37.

[41] Eficacia entendida en su sentido lato, es decir, como que el acto deja de tener la "capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera" (Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en www.rae.es).

[42] Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 125, Astrea, Buenos Aires, 2000.

[43] Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 126, Astrea, Buenos Aires, 2000 con cita de Diez Picaso, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Tº I, p. 292, Nº 331. En igual sentido, Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 547, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004. En sentido contrario se ha sostenido que "Cuando opera la resolución, la revocación o la rescisión, el acto, por una circunstancia sobreviviente, es decir, posterior a la celebración del acto, pierde su 'ser'. Pierde su 'ser' porque desaparece la sustancia del acto, lisa y llanamente no hay más acto. No compartimos la tesis que sostiene que está en juego una 'ineficacia funcional' o, con nuestra terminología, una 'ineficacia operativa'... la falta de operatividad o carencia de 'valer' que se evidencia en estos supuestos no es nada más que un simple e ineludible corolario de la desarticulación del 'ser'... la correspondencia de efectos unidos a la invalidez y a las ineficacias sobrevivientes, demuestra que en todos esos supuestos está en crisis la sustancia del acto, su ser..." "Este tipo de actos adolece de defectos en su ser, en su sustancia. Es decir que es aquel cuya estructura no satisface todos los requisitos que impone la ley para 'ser' acto jurídico" (Jorge H. Alterini, Pablo M. Corna, Elsa B. Angelani, Gabriela A. Vázquez, *Teoría general de las ineficacias*, p. 17 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2000).

[44] Héctor Lafaille, *Derecho civil*, Tº VIII, p. 574, Ediar, Buenos Aires, 1953. En igual sentido, Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 558, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[45] Héctor Lafaille, *Derecho civil*, Tº VIII, p. 574, Ediar, Buenos Aires, 1953.

[46] Héctor Lafaille, *Contratos*, Tº 1, p. 268, Ariel, Buenos Aires, 1927

[47] Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Tº I, p. 589, Zavalía, Buenos Aires, 2003

[48] José Arias, *Contratos civiles*, Tº I, p. 292, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1927.

[49] Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 129, Astrea, Buenos Aires, 2000.

[50] Francesco Messineo, *Derecho Civil y Comercial*, Tº IV, p. 530, Ejea, Buenos Aires, 1955.

[51] Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 559, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[52] En la mencionada nota el codificador explica que "*nada hay más inexacto que decir, como dice el art. 1134 del Código Francés, que las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir ese resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos... Véase Marcadé, sobre el art. 1134*".

[53] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Tº II, p. 664, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986. Dicha diferencia es repetida por toda la doctrina nacional. En este sentido se puede ver Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Tº I, p. 590 y 591, Zavalía, Buenos Aires, 2003. En igual sentido José Arias, *Contratos civiles*, Tº I, p. 290, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939; Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 130, Astrea, Buenos Aires, 2000; y Ernesto E. Martorell, *Tratado de los contratos de empresa*, Tº I, p. 214, Depalma, Buenos Aires, 1993.

[54] Además de su origen legal o contractual, Arias destaca la posibilidad de que su fuente sea una sentencia (José Arias, *Contratos civiles*, Tº I, p. 291, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939). En cuanto a su origen legal, Mosset Iturraspe recuerda a la imposibilidad de cumplimiento (prevista en el artículo 888 del Código Civil), y a la excesiva onerosidad sobreviniente (artículo 1198 segunda parte del Código Civil) (en *Código Civil y normas complementarias*, obra dirigida por Alberto J. Bueres, Tº 3 C, p. 54, Hammurabi, Buenos Aires, 1999).

[55] El artículo 1203 del Código Civil también se refiere al pacto comisorio, mas no regula sus efectos. Establece dicho artículo que "*si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo*".

[56] Mosset Iturraspe equipara los conceptos de "contratos de prestaciones recíprocas" con "contratos bilaterales". Sostiene que nuestro ordenamiento distingue únicamente entre contratos unilaterales y bilaterales y gratuitos y onerosos no siendo dable confundirlas. Por lo que "*...no es posible, sin riesgo de desquiciar todo el sistema calificador, dar a la denominación 'prestaciones recíprocas' un sentido distinto al de 'bilateralidad'*" (Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, p. 443, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998). En igual sentido, pero haciendo extensivo el término a los "contratos plurilaterales" y "atípicos", José M. Gastaldi, *Contratos*, Tº II, p. 6, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998). En sentido contrario, Borda sostiene que el pacto comisorio también puede aplicarse a contratos unilaterales en la medida en que existan obligaciones pendientes (Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, vol. II, p. 138, Perrot, Buenos Aires, 1983). Comparten la posición Llambías y Alterini que afirman que "*en esta categoría se toma en cuenta la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones de ambas partes*" (*Código Civil Anotado*, Tº III-A, p. 191, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998). Finalmente, para López de Zavalía se trata de una categoría dentro de los contratos sinalagmáticos perfectos (Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Tº I, p. 365, Zavalía, Buenos Aires, 2003).

[57] Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedacasas (directores), *Código Civil comentado. Artículos 1137 a 1216*, p. 434, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[58] Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 445, Astrea, Buenos Aires, 2000.

[59] La palabra "*sinalagma*" alude a una relación de interdependencia que vincula a las recíprocas obligaciones o prestaciones de las partes. Entre otras clasificaciones, la doctrina distingue al sinalagma genético y al funcional. El primero "*hace que cada una de las*

*prestaciones de un contrato bilateral resulte, en su nacimiento y respecto de su fundamento de eficacia, dependiente de la contraprestación, de manera que si una de las prestaciones no ha nacido – y entonces se puede hablar de nulidad inicial –, ello significa, a la vez, la nulidad de la obligación de la contraparte... [En el sinalagma funcional], la dependencia entre las prestaciones no se encuentra ya en el momento de su nacimiento, sino que se refiere a la ejecución de las obligaciones bilaterales... tratándose del sinalagma funcional, la recíproca atadura de las prestaciones domina el contrato, de tal manera que al acaecer una perturbación o trastorno (mora, incumplimiento) la contraprestación no puede ser exigida o retenida sin que exista el cumplimiento” (Juan C. Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, p. 325 y ss., Astrea, Buenos Aires, 1999).*

[60] Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, p. 441, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

[61] Jorge J. Llambías, Atilio A. Alterini, *Código Civil Anotado*, Tº III-A, p. 191, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

[62] Osvaldo Gómez Leo, Gastón Gómez Buquerín, *Código de Comercio*, Tº 1, p. 424, Depalma, Bs. As., 1993.

[63] CNCom, Sala A, 22 de agosto de 1984, Persechini Norberto P. c. Estévez Manuel, LL 1985-B, 108. En igual sentido, Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, p. 445, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998. Dicha importancia deberá ser evaluada por el juez en forma objetiva en el sentido de que lo que se deberá evaluar es si el incumplimiento deja insatisfecho, total o sustancialmente, el interés del acreedor de tal modo que la prestación tardía o parcial resultaría sustancialmente insuficiente (Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, p. 447, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998). En igual sentido, Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedacasas (directores), *Código Civil comentado*. Artículos 1137 a 1216, p. 449, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[64] Esto, partiendo de la base de que la doctrina tiende a considerar que la presentación en concurso preventivo o la declaración de quiebra no se tratan de supuestos de incumplimiento contractual (conf. Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 141, Depalma, Buenos Aires, 2005).

[65] Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, p. 657, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[66] Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 457, Astrea, Buenos Aires, 2000. En sentido similar Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedacasas (directores), *Código Civil comentado*. Artículos 1137 a 1216, p. 445, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[67] CNCom, Sala C, 12 de agosto de 1991, *Marzullo José c. P.L.M. S.R.L.*, LL 1992-A, 19.

[68] Se debe tener en cuenta que, como principio general, la presentación en concurso preventivo o la declaración de quiebra no constituyen incumplimientos a un contrato.

[69] La condición, el cargo y el plazo son las únicas modalidades de los actos jurídicos previstas por el codificador.

[70] Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, p. 565, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[71] Se debe tener en cuenta que dichos efectos retroactivos no alcanzan, entre otras cuestiones, a: (i) las obligaciones de hacer que hayan sido ejecutadas; (ii) los frutos percibidos; (iii) los terceros de buena fe en materia de constitución de derechos reales; y (iv) los actos de administración ejecutados por el deudor. Ello ha llevado a la doctrina a sostener que “*el principio de la retroactividad del efecto de las condiciones no tiene un campo de aplicación tan vasto como el que parecería emerger del texto del artículo comentado* [el artículo 543 del Código Civil], *desde que se reconocen numerosas excepciones*” (“Código Civil”, obra dirigida por Alberto J. Bueres, Tº 2-A, p. 289, Hammurabi, Buenos Aires, 1998).

[72] CNAEsp.Civ.y Com, Sala 4, 19 de junio de 1987, *Enrique Coden y Cía c. Asociación Obrera Textil*, sumarios Nº P0001675 y ss.

[73] CCivComMinas y Tributario de Mendoza, Cámara 4, 27 de abril de 1987, *Glatz de Sorc Rosalía c. José Rodríguez*.

[74] José M. Gastaldi, *Contratos*, Tº II, p. 9, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

[75] Dicho derecho debe ejercerse en debido tiempo. Mosset Iturraspe destaca que el arrepentimiento puede ejercerse: “(a) *si el pacto incluye un plazo deberá estarse al mismo, como ley de las partes. (b) Si no lo incluye, podrá ejercerse hasta la constitución en mora, la interpelación para el cumplimiento*” (*Código Civil y normas complementarias*, obra dirigida por Alberto J. Bueres, Tº 3 C, p. 60, Hammurabi, Buenos Aires, 1999).

- [76] Louis Jossenrad, *Derecho civil*, Tº IV, p. 276, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1950.
- [77] En este sentido, Lorenzetti afirma que la rescisión "*funciona principalmente en los contratos de duración y su fundamento es que una de las partes, o las dos, pueden decidir que no continúe más*" (Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 567, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004).
- [78] CNCiv, Sala D, 29 de mayo de 1979, *Barros, Avelino y otra c. Congo Vidal, Antonio y otro*, JA 980-III-319. También se ha reiterado que la rescisión se refiere a actos jurídicos de tracto sucesivo en *Micheli, Bruno c. Brera, Carlos*, CNCiv, Sala B, 12 de mayo de 1980, ED 88-738.
- [79] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Tº II, p. 666 y 668, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986. En igual sentido, Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 129, Astrea, Buenos Aires, 2000. Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que el Código Civil prevé la rescisión de actos jurídicos que claramente no califican como de tracto sucesivo, como la transacción. Sin perjuicio de lo dicho, también se debe tener presente que otra parte de la doctrina, al tratar la rescisión, no hace referencia alguna a la necesidad de que se trate de contratos bilaterales. Tal el caso de Héctor Lafaille, en *Derecho civil*, Tº VIII, p. 573, Ediar, Buenos Aires, 1953 y en *Contratos*, Tº 1, p. 267, Ariel, Buenos Aires, 1927; y Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Tº I, p. 590, Zavalía, Buenos Aires, 2003.
- [80] Héctor Lafaille, *Derecho civil*, Tº VIII, p. 573, Ediar, Buenos Aires, 1953. En igual sentido, Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedacabras (directores), *Código Civil comentado. Artículos 1137 a 1216*, p. 411, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- [81] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Tº II, p. 226, Perrot, Buenos Aires, 1983.
- [82] María E. Lloveras de Resk, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, p. 9, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- [83] Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Tº I, p. 348, Zavalía, Buenos Aires, 2003.
- [84] Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Tº II, p. 226, Perrot, Buenos Aires, 1983.
- [85] Como lo recuerda Zannoni, "*debido al carácter unilateral de la denuncia [en el supuesto bajo análisis] hay autores que prefieren considerarlo una revocación del negocio*" (Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 129, Astrea, Buenos Aires, 2000). Otros, como Lafaille, ni siquiera la mencionan (Héctor Lafaille, *Contratos*, Tº 1, p. 268, Ariel, Buenos Aires, 1927).
- [86] Louis Jossenrad, *Derecho civil*, Tº IV, p. 276, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1950. En igual sentido, Jorge Mosset Iturraspe en *Código Civil y normas complementarias*, obra dirigida por Alberto J. Bueres, Tº 3 C, p. 53, hammurabi, Buenos Aires, 1999; y Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 567, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004. Se debe tener presente que autores como Gastaldi niegan la existencia de la rescisión unilateral de los contratos (José M. Gastaldi, *Contratos*, Tº II, p. 136, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).
- [87] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Tº II, p. 667, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986. En igual sentido, Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 347, Zavalía, Buenos Aires, 1991.
- [88] Dichas excepciones se encuentran comprendidas en los artículos 119 a 128 de la LCQ.
- [89] Carlos A. Molina Sandoval y Francisco Junyent Bas, *Ley de concursos y quiebras*, Tº II, p. 196, Depalma, Buenos Aires, 2003.
- [90] La norma hace referencia a la ineficacia del acto. Sin embargo, como se vio, la ineficacia es el género y la inoponibilidad la especie. Por ello, hubiera sido técnicamente más correcto hacer referencia a la "inoponibilidad".
- [91] En este sentido, Heredia sostiene que "*debe tenerse presente, además, que perjuicio a probar no sólo es el derivado del acto que causó un empobrecimiento del deudor, sino también el del acto que impidió o evitó un enriquecimiento suyo*" (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 4, p. 251, Depalma, Buenos Aires, 2005).
- [92] Piero Pajardi, *Derecho Concursal*, Tº 2, p. 411, aporte realizado por Horacio Roitman en la integración de la obra coordinada por Arnoldo Kleidermacher, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

[93] El artículo 119 tercer párrafo de la LCQ prevé que *“La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible y no está sometida a tributo previo...”*. De forma tal que, en caso de no obtenerse las referidas mayorías, el síndico no estará en condiciones de ejercer dichas acciones.

[94] Comparto la posición de quienes sostienen que el *nomen iuris* no es el adecuado toda vez que la finalidad de esta acción no es obtener la revocación de un acto sino conseguir que sea inoponible a una determinada persona.

[95] Período que se extiende desde el comienzo de la cesación de pagos –que no podrá establecerse más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo– y la sentencia de quiebra (conforme lo prevé el artículo 116 de la LCQ).

[96] En efecto, el artículo 119 de la LCQ establece un sistema de inoponibilidad propio que difiere del régimen del Código Civil. Sus diferencias más relevantes son las siguientes: (i) el régimen de la LCQ no requiere la prueba del fraude; (ii) el régimen de la LCQ únicamente puede ser aplicado para actos acaecidos durante el período de sospecha; (iii) el régimen de la LCQ tiene un régimen de autorizaciones para ser promovido; y (iv) la caducidad de la acción concursal es de tres años (contra un año de la acción revocatoria ordinaria). Respecto al primero de los puntos se ha dicho que *“la opinión, difundida por un sector de la doctrina y la jurisprudencia, que deduce la participatio fraudis del tercero a partir del conocimiento que hubiere tenido sobre el estado de cesación de pagos del deudor, reconduce a una inaceptable equiparación entre la acción revocatoria concursal y la revocatoria ordinaria del derecho común, pese a ser evidente la intención del legislador de hacer de la primera un medio más efectivo y eficaz que la pauliana en orden a la reconstitución del patrimonio del fallido...”* (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 4, p. 257, Depalma, Buenos Aires, 2005).

[97] Dentro de esta línea se pueden ver autores como Fernández, Parry, Cámara y Miquel (conf. Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 4, p. 407, Depalma, Buenos Aires, 2005).

[98] En este sentido, el autor cita (en el mismo párrafo que el referido en la nota anterior) a juristas como Argeri, Garaguso y Grillo.

[99] Se ha definido a la quiebra como *“un complejo orgánico de normas de carácter formal y sustancial y de los actos jurídicos procesales que tiene por finalidad la liquidación del patrimonio insolvente y la repartición proporcional de lo recaudado entre todos sus acreedores, organizados unitariamente, salvo aquellos muñidos de causa legítima de preferencia”* (Mario Bonfanti y José Garrone, *Concursos y quiebras*, p. 22, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

[100] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 4, p. 635, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[101] Sebastián Balbín, *Contratos en curso de ejecución y continuación de la actividad de la empresa en quiebra*, en *“Derecho Concursal”*, p. 33, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

[102] Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, Tº II, p. 179, Ejea, Buenos Aires, 1952. En este sentido, el artículo 626 del Código Civil prevé que *“El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales”*.

[103] Osvaldo J. Mafia, *Derecho concursal*, Tº III-A, p. 297, Depalma, Buenos Aires, 1994. En igual sentido, Francisco Quintana Ferreyra, *Concursos*, Tº 2, p. 554, Astrea, Buenos Aires, 1985.

[104] Antonio Tonón, *Derecho concursal*, p. 199, Depalma, Buenos Aires, 1992.

[105] Ricardo L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 729, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

[106] Raymundo L. Fernández y Osvaldo R. Gómez Leo, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Tº III D, p. 173, Depalma, Buenos Aires, 1991.

[107] Antonio Tonón, *Derecho concursal*, p. 201, Depalma, Buenos Aires, 1992.

[108] Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 302, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

[109] Ver nota N° 131.

[110] Se debe tener presente que autores como Heredia sostienen que *“en punto a la aplicabilidad del artículo 143, incisos 1 y 2, LCQ, cabrá tener presente que el contrato está*

ejecutado para una de las partes cuando ha cumplido la prestación de carácter principal, por lo que la aplicabilidad de dicha normativa a los contratos en curso de ejecución queda limitada en los casos de ejecución de prestaciones accesorias" (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 45, Depalma, Buenos Aires, 2005).

[111] Existen situaciones particulares a las que se le aplican normas complementarias aunque no excluyentes de la obligación de verificar el crédito. Tal el caso de la restitución, y la promesa de venta de bienes inmuebles.

[112] El artículo 200 de la LCQ prevé en su parte pertinente que *"todos los acreedores por causa o título anterior a la declaración de quiebra y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos..."*.

[113] El artículo establece *"El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación"*.

[114] El artículo establece *"Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso"*.

[115] Previsión que resulta innecesaria a la luz del ordenamiento general que rechaza terminantemente el enriquecimiento sin causa (Sebastián Balbín, *Contratos en curso de ejecución y continuación de la actividad de la empresa en quiebra*, en *"Derecho Concursal"*, p. 33, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002).

[116] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 4, p. 723, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[117] Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 92, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

[118] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 44, Depalma, Buenos Aires, 2005; con cita de J. Farina, *"La quiebra y la resolución contractual por incumplimiento"*, Tº 11, p. D-41. Zeus.

[119] Ver página 21.

[120] Ver página 28 y ss.

[121] Ver página 36.

[122] En caso de que, por continuación de la explotación de la empresa, el juez resolviera continuar estos contratos, el razonamiento aplicable será el desarrollado a partir de la página 44.

[123] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 52, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[124] Julio C. Rivera, *Instituciones del derecho concursal*, Tº II, p. 188, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996. Heredia, por su parte, sostiene que, en aquellos supuestos en los que no exista continuación de la empresa, *"...la petición de continuación del contrato la debe hacer el contratante no fallido, ya que el síndico carece de legitimación para ello en tal caso (art. 144, inc. 1)... Y si el contratante in bonis nada pide, el contrato queda suspendido en sus efectos (art. 144, inc. 4), hasta que haya decisión judicial, a instancia del propio contratante según resulta de la ley (art. 144, inc. 5)"* (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 57, Depalma, Buenos Aires, 2005).

[125] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 46, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[126] Comparto la posición de Heredia en el sentido de que los acreedores únicamente pueden denunciar la existencia de contratos con prestaciones recíprocas pendientes y dar su opinión sobre la conveniencia o no de que se los continúen mas no peticionar su continuación o no ya que carecen de legitimación al efecto (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 73, Depalma, Buenos Aires, 2005).

[127] Dicha resolución deberá ser tomada teniendo en cuenta lo normado por el artículo 191 de la LCQ que establece en su parte pertinente: *"La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez sólo en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse"*.

[128] Sebastián Balbín, *Contratos en curso de ejecución y continuación de la actividad de la empresa en quiebra*, en "Derecho Concursal", p. 33, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

[129] Sobre la distinción entre contratos que pueden ser pasibles de tener "prestaciones recíprocas pendientes" en los términos de la LCQ, y contratos de "tracto sucesivo", ver página 55.

[130] En este sentido, Roitman plantea el ejemplo del contrato de suministros siendo el proveedor el fallido y habiendo en existencia mercaderías que se liquiden mejor por esta vía que la del remate (Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 301, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005).

[131] Pablo D. Heredia, *Efectos del concurso preventivo y de la quiebra sobre los contratos de concesión comercial y de franquicia*, en "Derecho concursal", p. 247, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. En igual sentido, Carlos A. Molina Sandoval y Francisco Junyent Bas, *Ley de concursos y quiebras*, Tº 2, p. 245, Depalma, Buenos Aires, 2003; Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 301, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

[132] Ello ha llevado a autores como Osvaldo J. Marzorati a sostener que "pensamos que, atento a la claridad de la norma [haciendo referencia al artículo 144 de la LCQ], la opinión doctrinaria de que debe continuarse con estos contratos ha quedado ministerio legis superada y, si el concesionario o el distribuidor o el agente [por ejemplo] no pudo llegar a un acuerdo con sus acreedores, la quiebra implicará la desaparición de la empresa" (*Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes*, en "Derecho concursal", p. 349, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002).

[133] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto reiteradamente que la ley concursal es de orden público (conf. CSJN, 11 de diciembre de 1990, *Venancio, Ismael*, Fallos, 313:1415; CSJN, 26 de mayo de 1983, *Orlando Garaffa y Cía, S.C.C. c. Ignacio Acquarone Construcciones S.C. y otro*, Fallos, 305:682; entre otros).

[134] En efecto, en tanto norma de orden público, la LCQ prevalece sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ella (Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte General*, Tº I, p. 56, Perrot, Buenos Aires, 1986).

[135] Sobre la diferencia existente entre contrato con "prestaciones recíprocas pendientes" y de "tracto sucesivo", ver página 55 y ss.

[136] El artículo 190 de la LCQ prevé que "en toda quiebra, aun las comprendidas en el artículo precedente, el síndico debe informar al juez dentro de los veinte (20) días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad excepcional de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha... El informe del síndico debe expedirse concretamente sobre los siguientes aspectos: ...5) Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse...". Por su parte, el artículo 191 de la LCQ dispone en su parte pertinente que "La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez sólo en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse. En su autorización el juez debe pronunciarse explícitamente por lo menos sobre: ... 6) Los contratos en curso de ejecución que se mantendrán; los demás quedarán resueltos...".

[137] En este sentido, Martorell define al derecho concursal como "una 'amalgama' de normas referentes al derecho procesal y al derecho civil y comercial, administrativo y aun penal, cuya naturaleza constituye un verdadero 'mix' entre el derecho público sustancial y formal, así como también el derecho privado, y cuya finalidad última es el intento de reversión de los cuadros de insolvencia" (Ernesto E. Martorell, *Tratado de concursos y quiebras*, Tº I, p. 181, Depalma, Buenos Aires, 1998).

[138] Antonio Tonón, *Derecho concursal*, p. 181, Depalma, Buenos Aires, 1992.

[139] Alberto Jorio, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, p. 147 y ss., y p. 182, Padova, CEDAM, 1973.

[140] Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 74, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

[141] Pablo D. Heredia, *Efectos del concurso preventivo y de la quiebra sobre los contratos de concesión comercial y de franquicia*, en "Derecho concursal", p. 247, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. En igual sentido, Carlos A. Molina Sandoval y Francisco Junyent Bas, *Ley de concursos y quiebras*, Tº 1, p. 254, Depalma, Buenos Aires, 2003.

[142] Héctor Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. III, p. 2117, Depalma, Buenos Aires, 1980. Sin embargo, los artículos 961 y siguientes del Código Civil resultan plenamente aplicables relativos a la acción revocatoria ordinaria.

[143] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 1, p. 510, Depalma, Buenos Aires, 2005. La cita de Farina es *Concurso preventivo: su influencia sobre los contratos celebrados con anterioridad por el concursado*, Zeus, Tº 8, p. D-35.

[144] Aplicación que, como recuerda Maffía, no está autorizada legalmente ya que "en nuestro régimen falta el sustento legal para extender al concurso preventivo el régimen propio de la quiebra..." (Osvaldo J. Maffía, *¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?*, LL 1986-E, 895).

[145] Esta aplicación es realizada, por ejemplo, por Julia Villanueva, *Concurso preventivo*, p. 211, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

[146] Ernesto E. Martorell, *Tratado de concursos y quiebras*, Tº II-B, p. 4, Depalma, Buenos Aires, 1998.

[147] Se pueden ver posturas divergentes en relación con el vencimiento de los términos de una obligación ante la presentación en concurso preventivo. Así, Pablo D. Heredia (*Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 1, p. 475, Depalma, Buenos Aires, 2005) sostiene que el vencimiento de los plazos: "se trata de una solución expresamente prevista para la quiebra en el art. 128, LCQ, pero que es igualmente aplicable al concurso preventivo...". En igual sentido, Francisco Quintana Ferreyra sostiene que "la parte in bonis puede considerar la obligación de plazo vencido" (*Concursos*, Tº 1, p. 270, Astrea, Buenos Aires, 1985). En este sentido se han expresado autores como Julia Villanueva (*Concurso preventivo*, p. 225, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003); Jorge J. Llambías (*Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Tº II, p. 843, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970); Raymundo Salvat (*Tratado de derecho civil argentino (de las obligaciones en general)*, p. 469, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1935) y Osvaldo J. Marzorati (*Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes*, en "Derecho concursal", p. 349, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002). De todas formas se debe tener en cuenta que existe disidencia en cuanto a la aplicación de estos artículos en el supuesto del concurso preventivo. Así, autores como Osvaldo J. Maffía (*¿Por qué la caducidad de los plazos en el concurso preventivo?*, LL 1986-E, 895); y Julio C. Rivera (*Instituciones del derecho concursal*, Tº 1, p. 220, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996) sostienen que dicha aplicación es injustificada, ya que ninguna norma de la LCQ la prevé en forma expresa y que se alteraría la *par condicio creditorum*. En el referido trabajo, Maffía sostiene que en caso de que se considere la caducidad de los plazos como consecuencia de la presentación en concurso preventivo, el acreedor *in bonis* no se debería beneficiar por dicha situación para lo cual habría que aplicar un mecanismo de compensación por la antelación del cobro. En la misma línea Ernesto Granados sostuvo en su tesis doctoral que "ni la presentación en concurso preventivo, ni su apertura provocan la caducidad de los plazos en las obligaciones a cargo del deudor no vencidas a la fecha de la presentación en concurso..." (citado por Verónica Orallo en *Los efectos del concurso preventivo sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes*, en "Derecho concursal", p. 567, La Ley, Buenos Aires, 2004). En igual sentido, CNCom, Sala B, 4 de marzo de 2005, *Compañía de Alimentos Fargo S.A. s. concurso preventivo*, JA 2005-II-68. Por su parte, en una posición cuyo fundamento no parece contundente, Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval sostienen que "en tanto el concursado cumpla con sus obligaciones no hay posibilidad alguna de que el tercero invoque el art. 753 del cód. civ. La facultad del art. 753 del cód. civil es una norma aplicable en la quiebra y en el concurso preventivo sólo en la forma y en el modo establecido en el art. 20, con algunas particularidades en los contratos excluidos del régimen" (*Efectos del concurso preventivo. Reflexiones a propósito del art. 20 de la LCQ*, ED 204-955).

- [148] Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval, *Efectos del concurso preventivo. Reflexiones a propósito del art. 20 de la LCQ*, ED 204-955.
- [149] Julia Villanueva, *Concurso preventivo*, p. 211, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- [150] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 4, p. 723, Depalma, Buenos Aires, 2005.
- [151] En este sentido se sostuvo que "el contrato de cuenta corriente bancaria no concluye con la apertura del concurso preventivo del cuentacorrentista, puesto que éste conserva la administración de sus bienes conforme el art. 15, y no la pierde salvo excepcionalmente..." (Pablo D. Heredia, *La cuenta corriente bancaria frente al concurso preventivo y la quiebra*, DyE, Nº 12). Se debe recordar que en el trabajo recién citado, Heredia menciona que al contrato de cuenta corriente bancaria no le resulta aplicable el régimen establecido por la LCQ para los contratos con prestaciones recíprocas pendientes toda vez que se trata de un contrato de ejecución continuada o tracto sucesivo..
- [152] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 1, p. 510, Depalma, Buenos Aires, 2005.
- [153] En el supuesto de que se hubiera acordado como pacto comisorio, y como se explicó en la página 21 y ss., no sería de aplicación toda vez que, en tales supuestos, el derecho únicamente puede ser ejercido por el acreedor de la relación. A lo dicho se suma el hecho de que, como lo ha sostenido la jurisprudencia, "no existiendo prestaciones recíprocas pendientes no puede funcionar el pacto comisorio" (CNCom, Sala C, 23 de marzo de 1979, *Editorial Codex S.A.*, ED 85-174).
- [154] Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval, *Efectos del concurso preventivo. Reflexiones a propósito del art. 20 de la LCQ*, ED 204-955.
- [155] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 1, p. 514, Depalma, Buenos Aires, 2005 y en *Efectos del concurso preventivo y de la quiebra sobre los contratos de concesión comercial y de franquicia*, en "Derecho concursal", p. 247, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- [156] Osvaldo J. Marzorati, *Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes*, en "Derecho concursal", p. 349, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- [157] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 1, p. 588, Depalma, Buenos Aires, 2005.
- [158] Ver nota Nº 133.
- [159] "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", obra dirigida por Augusto C. Belluscio y coordinada por Eduardo A. Zannoni, Tº 4, p. 695, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- [160] Luis Díez Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 293, Tecnos, Madrid, 1970.
- [161] Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 220, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- [162] Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 55, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, citando entre otros a Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 35, Zavalía, Buenos Aires, 1975.
- [163] Esta interpretación es receptada por Ernesto Martorell (*Tratado de concursos y quiebras*, Tº II-B, p. 39 y 53, Depalma, Buenos Aires, 1998); Julia Villanueva (*Concurso preventivo*, p. 217, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003); y fallos como CNCom, Sala D, 10 de agosto de 2000, *Frigorífico Rioplatense S.A. s. concurso preventivo s. incidente de apelación por Unilever de Argentina S.A.*, LL 2000-F, 575 (en donde se sostuvo que es necesario analizar los concretos términos de cada vínculo negocial para establecer su eventual sometimiento al régimen previsto por la ley concursal. La existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento es una cuestión ajena a la calificación a la clasificación jurídica de los contratos). También se puede encontrar doctrina que sostiene que resalta que se deben tratar de contratos bilaterales y que las obligaciones pendientes no pueden estar vencidas (Miguel E. Rubín, *Contratos con prestaciones recíprocas pendientes*, ED 168-1156) y Alfredo J. Castañón (*Concurso preventivo: contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes*, LL 1988-B, 882). Lorente, por su parte, sostiene que se debe entender por contrato en curso de ejecución con

prestaciones recíprocas pendientes a "aquellos contratos de ejecución continuada o de duración en donde el concursado y tercero son a la vez acreedor y deudor respectivamente de obligaciones asumidas en dicho contrato" (Javier Lorente, *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes*, en "Derecho concursal argentino e iberoamericano, Tº I, p. 165, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997). Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval por su parte afirman que "con arreglo a los arts. 15, 16 y 20, LCQ, para que los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del concurso preventivo puedan continuarse deben concurrir dos extremos: (i) que se trate de contratos en curso de ejecución; y (ii) que existan prestaciones fluyentes o de tracto sucesivo" para luego afirmar "la idea de prestaciones recíprocas pendientes abarca tanto a los contratos de ejecución diferida como a los de ejecución continuada (Ley de concursos y quiebras, Tº 1, p. 141 y Tº 2, p. 202 respectivamente, Depalma, Buenos Aires, 2003). En el mismo sentido los autores se han expresado en *Efectos del concurso preventivo. Reflexiones a propósito del art. 20 de la LCQ*, ED 204-955.

[164] Horacio Roitman, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, p. 59, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

[165] Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 1, p. 512, Depalma, Buenos Aires, 2005 y en *Efectos del concurso preventivo y de la quiebra sobre los contratos de concesión comercial y de franquicia*", en "Derecho concursal", p. 247, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Universidad Austral y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. Esta línea también puede verse en autores como Héctor M. García Cuerva *Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a la explotación comercial*, LL 1978, 198; y Héctor Cámara, (*El concurso preventivo y la quiebra*, vol. I, p. 580, Depalma, Buenos Aires, 1980). Osvaldo J. Marzorati, sostiene que "la norma se aplica a los contratos: i) de ejecución continuada, en los cuales existan; ii) prestaciones de ambas partes (a esto se refiere el término 'recíprocos'), y iii) se encuentren pendientes de cumplimiento" (*Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes*, en "Derecho concursal", p. 349, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002).

[166] CSJN, 9 de diciembre de 1993, *Noel y Cía. S.A. s/ pedido de quiebra por Noel Martín Benito y otros*, Fallos 316:2930.

[167] Define la Real Academia Española, en su tercera acepción, a "pendiente" como "que está por resolverse o terminarse" (ver www.rae.es). Por su parte, en su segunda acepción, se define "término" como "último momento de la duración o existencia de algo". Sin perjuicio de lo dicho se debe tener presente que existe doctrina que sostiene que aun en los contratos de tracto sucesivo es común que exista obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Dichas obligaciones son las que se corresponden a la prestación que se encuentra vigente al momento de la presentación en concurso preventivo (Osvaldo J. Marzorati, *Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes*, en "Derecho concursal", p. 349, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002).

[168] CNCom, Sala E, 7 de octubre de 1992, *Sociedad Española de Beneficiencia s. conc. prev. s. inc. rev. por Basante Luis G.*, LL 1993-A, 542; CNCom, Sala B, 10 de abril de 1990, *Xerox Argentina c. Noel Cía S.A. s. ordinario*, JA 1992-II-81; CNCom, Sala A, 23 de mayo de 1995, *Cencosud S.A. c. Siame S.A.*, LL 1996-C, 769.

[169] Ver página 49.

[170] Osvaldo J. Marzorati, *Contratos de agencia, distribución, concesión y sus efectos en los supuestos de concurso preventivo y quiebra de alguna de las partes contratantes*, en "Derecho concursal", p. 349, obra dirigida por Osvaldo R. Gómez Leo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

[171] Establece el artículo 792 del Código de Comercio establece que "la cuenta corriente bancaria puede cerrarse cuando lo exija el banco o el cliente, previo aviso con diez días de anticipación, salvo convención en contrario".

[172] CNCom, Sala D, 11 de septiembre de 2001, *Antonio Espósito S.A. s. concurso preventivo s. incidente de reposición*, ED 196-376.

[173] Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil, parte general*, Tº II, p. 179, Perrot, Buenos Aires, 1986.

- [174] La jurisprudencia en este sentido ha sostenido que la facultad contractual de rescisión unilateral no puede ser ejercida abusiva, desconsiderada o desmedidamente (CNCom, Sala C, 22 de noviembre de 1993, *Servicios Especiales Petroleros S.R.L.*, LL 1994-E, 320).
- [175] Dentro de los otros sistemas, se encuentran (i) el de la *intencionalidad*, que se basa en el propósito de generar un perjuicio a través del ejercicio del derecho en cuestión; (ii) el de la *negligencia*, que se basa en la generación de un perjuicio como consecuencia del ejercicio culposo de un derecho; (iii) el de la *falta de interés legítimo*, que se sustenta en la generación de un perjuicio como consecuencia de un accionar de un accionar desprovisto de beneficios para la persona en cuestión; entre otros (ver Jorge J. Llambías, *Tratado de derecho civil, parte general*, Tº II, p. 180, Perrot, Buenos Aires, 1986).
- [176] En este sentido se entendió que era abusivo el ejercicio de la rescisión unilateral del contrato que haya sido ejercida en forma arbitraria, causando al cocontratante un perjuicio innecesario o injusto (CNCom, Sala B, 30 de diciembre de 1988, *Navun de Alvarez Dora A. y otros c/ Embotelladora Argentina SA*, LL 1989-C, 530).
- [177] CNCiv, Sala C, 16 de julio de 1975, *Rasen Arrigó, Eugenio c. Caffeti, Ricardo y otro*, JA 28-236.
- [178] CNCiv, Sala C, 18 de febrero de 1977, *Dalla Rosa, Aníbal y otro c. Garín Hipólito y otros*, ED 75-521.
- [179] Situación que genera una incertidumbre importante en cuanto a al eficacia fáctica de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra.
- [180] En este sentido, y con un criterio que puede aplicarse por analogía al concurso preventivo, la jurisprudencia sostuvo en una quiebra que “*el juez del concurso, en resguardo de los intereses iuspublicísticos comprometidos, puede citar una medida de no innovar para evitar que se suspenda el servicio de suministro de energía eléctrica a la fallida, si de ello se sigue un beneficio manifiesto para la quiebra y no se causa perjuicios a terceros*” (CNCom, Sala B, 10 de octubre de 1996, *Grefar S.A. s. quiebra*, LL 1997-C, 195),
- [181] Aaron C. von Staats, *Ipsa Facto Clauses and Chapter 7 Bankruptcies: Superfluous Contract Provisions, Enforceable Prenuptials, or Contrary to the Fresh Start?*, en *Boston College Law Review*, 32:703, 1990-1991, p. 737.
- [182] *In re Peacock*, 87 Bankr. 657, 659 (Bankr. D. Colorado 1988), citado por Aaron C. von Staats, *Ipsa Facto Clauses and Chapter 7 Bankruptcies: Superfluous Contract Provisions, Enforceable Prenuptials, or Contrary to the Fresh Start?*, en *Boston College Law Review*, 32:703, 1990-1991, p. 705.
- [183] *In re Whately*, 16 Bankr. 394, 394 (Bankr. N.D. Ohio 1982) citado por Aaron C. von Staats, *Ipsa Facto Clauses and Chapter 7 Bankruptcies: Superfluous Contract Provisions, Enforceable Prenuptials, or Contrary to the Fresh Start?*, en *Boston College Law Review*, 32:703, 1990-1991, p. 705.
- [184] Julia Villanueva, *Concurso preventivo*, p. 226, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- [185] Ni siquiera podría sostenerse la inaplicabilidad de las Cláusulas de Extinción por Concurso o Quiebra en virtud de lo establecido por el artículo 145 de la LCQ ya que, como lo ha sostenido Heredia, “*en verdad, no se trata de que sean inaplicables, sino que son inoponibles al concurso, en el sentido de que no pueden hacerse valer contra la masa de acreedores...*” (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, Tº 5, p. 148, Depalma, Buenos Aires, 2005).
- [186] El artículo 1 de la ley Nº 24.441 define al fideicomiso como aquel contrato mediante el cual “*...una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*”.
- [187] En este sentido, Jorge R. Hayzus recuerda la gran recepción que tuvo a nivel internacional en países como Estados Unidos, Japón e Inglaterra (*Fideicomiso*, p. 4, Astrea, Buenos Aires, 2000).
- [188] Sostienen la validez de estos contratos Julio C. Rivera (*La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente*, ED 173-445); Claudio M. Koper y Silvio V. Lisoprawski (*Tratado de fideicomiso*, pp. 463, LexisNexis, Buenos Aires, 2004); y Mario A. Carregal (*Fideicomiso de garantía: lícito y necesario*, LL 2000-E, 948); entre otros. En sentido contrario,

Leopoldo L. Peralta Mariscal (*Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!*, LL 2000-D, 975).

[189] La jurisprudencia ha reconocido la limitación de los acreedores del fiduciante para atacar los bienes fideicomitidos. En este sentido se pueden ver, entre otros, CNCom, Sala B, 1 de agosto de 2000, *Banco Medefin UNB J.A. c. El Halcón S.A.T.*, JA 2001-I-602; CNCom, Sala C, 12 de julio de 2002, *Litoral Citrus S.A. s. concurso preventivo*, LL 2002-E, 683; CNCom, Sala C, 27 de mayo de 2003, *REPEN Packaging S.R.L. s. inc. de revisión en: Banco Mayo CL*, LL 2004-A, 562; entre otros.

[190] Mario A. Carregal, *Fideicomiso de garantía: lícito y necesario*, LL 2000-E, 948.

[191] CNCom, Sala C, 12 de julio de 2002, *Litoral Citrus S.A. s. concurso preventivo*, LL 2002-E, 683.

[192] Claudio Kipper y Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de fideicomiso*, p. 161, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

[193] Las cláusulas de este tipo poseen una redacción similar a la siguiente: "*En cumplimiento de la prenda constituida en este contrato de prenda, el acreedor, o quien éste designe a tal efecto, mantendrá las acciones prendadas en su poder hasta la total cancelación de las obligaciones garantizadas.*

Los derechos políticos de las acciones prendadas corresponderán al deudor hasta tanto haya ocurrido un incumplimiento bajo el préstamo y bajo este contrato de prenda, en cuyo caso serán ejercidos por el acreedor, debiendo el deudor otorgar al acreedor un poder irrevocable al efecto a exclusiva satisfacción del acreedor.

Los derechos económicos de las acciones prendadas corresponderán al deudor hasta tanto haya ocurrido una causal de incumplimiento bajo el préstamo, o este contrato de prenda, en cuyo caso corresponderán al acreedor, debiendo el deudor otorgar al acreedor un poder irrevocable al efecto a exclusiva satisfacción del acreedor".

[194] En este sentido, el artículo 3204 del Código Civil establece que "*habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de su deuda*". Por su parte, el artículo 580 del Código de Comercio establece que "*el contrato de prenda comercial es aquél por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial*".

[195] Carlos G. Villegas, *Las garantías del crédito*, p. 190, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993.

[196] CNCom, Sala D, 9 de marzo de 1983, *Cabaña El Sosiego S.A. s. quiebra, incidente de impugnación promovido por Banco Cabildo S.A.*, LL 1984-A, 158.

[197] Adolfo A. N. Rouillon (director), *Código de Comercio. Comentado y anotado*, Tº I, p. 1077, La Ley, Buenos Aires, 2005 con cita de Roberto A. Muguillo, "Prenda con registro", p. 82, Astrea, Buenos Aires, 1997.

[198] En este sentido se sostuvo que "*el art. 219 1ª parte de la L.S.C. confiere la titularidad de los derechos al propietario de la acción. Así, le corresponden: ... (2) el derecho de voto en las asambleas, aunque es de reconocer la existencia de alguna práctica abusiva consistente en acompañar la prenda con un poder irrevocable para asambleas, de dudosa validez...*" (Adolfo A. N. Rouillon (director), *Código de Comercio. Comentado y anotado*, Tº III, p. 546, La Ley, Buenos Aires, 2005). En igual sentido, Ricardo Augusto Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*, Tº III, p. 269, Ábaco, Buenos Aires, 1996; y Miguel A. Sasot Betes y Miguel P.

Sasot, *Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, p. 363, Ábaco, Buenos Aires, 1985.

[199] Isaac Halperín, *Sociedades Anónimas*, p. 383, obra actualizada por Julio C. Otaegui, LexisNexis, Buenos Aires, 1998. En sentido contrario, Miguel M. Silveyra, *Prenda de acciones*, en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tº III, p. 707, Universidad Nacional de Rosario, 2001.

[200] Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho societario. Parte general. Los socios, derechos, obligaciones y responsabilidades*, p. 414, Heliasta SRL, Buenos Aires, 1997. Este autor sostiene como fundamentos para sustentar su posición: (i) que el acreedor prendario tiene interés legítimo en asegurar que el derecho de voto sea ejercido de modo que no dañe su garantía; (ii) existe libertad general reconocida respecto de los acuerdos relativos al voto; y (iii)

las soluciones de los distintos ordenamientos jurídicos muestra que no es inherente a la estructura normativa societaria reconocer el derecho de voto exclusivamente al deudor.

[201] Autores como Vaiser consideran que *"atento a la especialidad del régimen concursal y a la especificidad de la figura del control, no resulta razonable, más allá de la señalada incongruencia con el régimen societario, excluir la regulación del control 'de hecho' del sistema ampliatorio de la responsabilidad patrimonial que contiene la ley de concursos..."* (Lidia Vaiser, *Extensión de la quiebra por abuso de control: ¿control de hecho o solamente de derecho?*, LL 1995-B, 1124).

[202] Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho societario. Parte general. Los socios, derechos, obligaciones y responsabilidades*, p. 699, Heliasta SRL, Buenos Aires, 1997.

[203] En este sentido, establece el artículo 251 de la Ley de Sociedades Comerciales que *"toda resolución de asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada... También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor..."*.

[204] Ricardo A. Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*, Tº 4, p. 206, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

[205] Bruce H. White y William L. Medford, *Ipsa Facto Clauses and Reality: I don't care what the Documents Provide*, 21-APR Am.Bankr.Inst.J.28.

[206] Julio C. Rivera, *Instituciones de derecho concursal*, Tº II, p. 374, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

[207] Si bien el artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales establece una serie de supuestos particulares, lo cierto es que dichos supuestos *"quedan incluidos dentro del concepto de diligencia, mencionado expresamente por el artículo 59 de la ley societaria"* (Ricardo A. Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*, Tº 4, p. 376, Ábaco, Buenos Aires, 1998).

[208] CNCom, Sala B, 7 de diciembre de 1994, *Eugenio Izak S.A. s. quiebra s. inc. de calificación de conducta*; CNCom, Sala C, 28 de noviembre de 1994, *Tucson S.A. s. quiebra s. inc. de calificación de conducta*; entre otros. Fallos citados por Ricardo A. Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*, Tº 4, p. 377, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

[209] Se debe tener presente que el último párrafo del mencionado artículo 274 establece que *"queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial"*.