

Contratos con prestaciones recíprocas pendientes: válvulas de escape para el contratante in bonis

Análisis bajo la órbita del deber de prevención del daño

Camila Ayestaran

I. Introducción. Régimen de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes [\[arriba\]](#)

La Ley de Concursos y Quiebras, con la finalidad de receptar y dar preminencia al principio de continuidad de la empresa, estipula un sistema particular respecto de la persistencia de algunos contratos, en particular los que tienen prestaciones recíprocas pendientes.

Este sistema difiere según se esté frente al supuesto del concurso o frente al supuesto de la quiebra, ambos se alejan de ciertos principios del derecho común, se ve afectada principalmente la posibilidad del contratante in bonis de poder elegir sobre la continuación. Dentro de la órbita contractual, salvo cláusulas particulares del contrato, el principio general es la continuación del contrato, y si bien en cualquier momento alguno de los contratantes puede optar por terminar el contrato debe acarrear los daños que esto trae aparejado. Dentro del trámite del concurso preventivo o la quiebra, normas de orden público que son inalterables, este principio se ve afectado inclinándose la balanza en favor del concursado o quebrado.

Este alejamiento, principalmente del equilibrio contractual, responde a que la Ley de Concursos y Quiebras busca dar soluciones a la insolvencia, postergando en ocasiones los derechos de terceros.

El principio general es que : el concurso preventivo no afecta la eficacia de las obligaciones contractuales contraídas por el deudor con anterioridad a la presentación; y en la quiebra, el juez debe decidir sobre la continuación o no de la actividad empresarial como de los contratos.

En ese sentido si bien admite la continuación de los contratos y en principio no quedarían resueltos esto rige para los contratos que hacen al giro diario regulados por los art. 16 y 17 LCQ [1]. Sin embargo, otros contratos , aquellos con prestaciones recíprocas pendientes[2] que no hacen al giro diario empresarial no continúan sin una autorización previa y se encuentran regulados en el art. 20 y 144 LCQ para el supuesto del concurso y de la quiebra respectivamente.

El instituto trae varios puntos de coyuntura que exceden el objeto de este trabajo, debates que algunos ya fueron zanjados por doctrina y jurisprudencia. El punto central es revisar como queda posicionado el contratante in bonis como parte de un contrato con prestaciones recíprocas pendientes frente al concurso, comparándolo con el supuesto de quiebra, y si el tercero vulnerado frente al problema financiero o a veces económico que aqueja del otro contratante no tiene otras herramientas jurídicas para evitar que la insolvencia le genere un perjuicio, afectación que quizás ya lo viene aquejando antes de la presentación del concurso o la quiebra.

Analizaremos a la luz del deber de prevención del daño regulado en los art. 1711 a 1713 del CCYCN, que alternativas podría plantear este tercero para no quedar a la

merced de la sola elección del deudor, de manera que no solo se tutele la continuidad de la empresa sino también la seguridad de las contrataciones.

II. Régimen del art. 144 LCQ : situación del contratante no fallido frente a la quiebra [\[arriba\]](#)

Frente al decreto de quiebra el juez tiene dos alternativas respecto al futuro de la fallida: optar por autorizar la continuidad de la actividad de la empresa (art. 191, 1º párr., e incs. 1º/7º, LCQ) o disponer el rechazo de la continuación de la explotación (art. 191, in fine, LCQ). En ambos casos debe decidir sobre la resolución o continuación de los contratos (art. 144, inc. 3º, LCQ).

A su vez y a diferencia del concurso, se le otorga un plazo de veinte días al tercero contratante para que se presente, manifieste la existencia de un contrato y cual es su intención.

Como comenta Junyent Bas[3], no se exige fundamentación de su decisión, pero a la hora de la decisión judicial, los motivos invocados por el tercero contratante suelen ser especialmente valorados.

Si el tercero hubiese manifestado su oposición a la continuación y el juez decide la continuación, se activará su legitimación a los fines del recurso de apelación previsto en el art. 144, inc. 7º b), LCQ. Si hubiese manifestado su voluntad de continuarlo, el juez podrá disponer la constitución de garantías para el tercero (art. 144, inc. 7º a), LCQ).

De esta forma podemos ver que el blindaje jurídico con el que se protege al tercero contratante en el supuesto de quiebra se da de tres maneras: 1. Puede manifestar si quiere continuar o no el contrato, al margen que no sea vinculante para el juez ello le abre dos puertas mas; 2. Puede apelar la decisión si opto por no continuar y el juez decide lo contrario y; 3. Si opta por continuarlo puede pedir una garantía extra a la preferencia en el cobro de los créditos post-concursales que se aplica por vía del art. 240 LG.

III. Régimen del art. 20 LCQ: situación del contratante no concursado [\[arriba\]](#)

El art. 20 LCQ , donde se encuentra regulada la situación de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes en el supuesto de concurso preventivo, le da prioridad al deudor, que es quien tiene la facultad de decidir dentro de los 30 días cual es su voluntad respecto de estos contratos.

Como enseñara Cámara[4], el deudor está habilitado para optar por la rescisión o continuación de los contratos según su trascendencia para el normal desarrollo de la empresa. Puede ocurrir que excepcionalmente al principio de continuidad de los contratos las circunstancias propias de la crisis empresarial modifiquen la utilidad o conveniencia de su continuación.

Continúa el autor concluyendo que, por ello, la ley hace de la continuación del contrato un acto meramente potestativo del deudor; puede continuarlo si le es conveniente, y omitir hacerlo en caso contrario, situación jurídica que es permitida por el legislador con miras a la superación del estado de insolvencia.

En ese sentido, a diferencia de lo que ocurre en el régimen previsto para la quiebra, aquí el tercero no tiene facultad de manifestarse salvo que hayan transcurrido los 30 días desde la apertura del concurso y el deudor no se haya expedido al respecto. Es decir, si el deudor decide resolverlo el contrato termina, y si decide continuarlo el tercero contratante debe mantenerse en este vínculo jurídico.

En la quiebra el tercero no tiene potestad de decidir, pero al menos puede manifestar su opinión al respecto. Es que en definitiva se lo esta obligando a continuar un contrato con alguien que esta en cesación de pagos y puede terminar en quiebra, sometiéndose a la decisión del deudor quien optara por continuar o no, según su “conveniencia”. Esto muchas veces puede abrir la puerta al fraude como ocurrió en el concurso de la UAR[5].

Pero a diferencia de la quiebra, no solo que no puede manifestarse y la decisión la tiene el propio deudor, sino que no podrá apelar la decisión del juez en caso de que autorice la continuación o la resolución y, en caso de que opte por la continuación ni siquiera puede solicitar una garantía, solo tiene la preferencia del art. 240 LCQ.

Si bien todos los acreedores se ven afectados por la presentación en concurso la realidad es que eran contrataciones anteriores, aquí estamos frente a la continuación de un contrato con alguien que ya sabemos que tiene dificultades respecto de su solvencia y a este tercero se lo somete a la merced del propio deudor. A esta circunstancia se le agrega que cualquier perjuicio sufrido no podrá ser reclamado por la aplicación del art. 142 LCQ[6], ultima parte.

Si bien darle continuidad al contrato o bien rescindirlo muchas veces puede influir en la continuación de la empresa, no es menos cierto que la decisión quede en manos del deudor puede ser una herramienta anti funcional, que tenga como finalidad deshacerse de contratos que no le conviene continuar (como el ejemplo de la UAR citado ut supra); o bien puede que lo continúe a sabiendas que la única garantía del tercero es una preferencia de cobro. En ese sentido los art. 9 y 10 del CCYCN no permiten el ejercicio abusivo de ningún derecho.

Sin embargo, estos daños o menoscabos de orden patrimonial que causan a los acreedores los efectos concursales, desde la perspectiva de nuestro sistema legal actual, son justificados y, a raíz de ello, lícitos, porque encuentran su sustento en el ordenamiento concursal, en cuyo marco, los intereses individuales deben ceder a los de la masa pasiva para permitir la superación de la crisis.

Tal como manifestó la Dra. Villanueva[7] , ¿es válido ayudar al concursado a expensas del daño que se genere a terceros?, En ese sentido ¿que defensas tiene el contratante in bonis?

IV. Deber de prevención del daño [\[arriba\]](#)

Con la entrada en vigor del CCYCN el sistema de responsabilidad civil incluyo el deber genérico de prevención del daño art. 1711 a 1713.

Históricamente se pensó en la responsabilidad civil con una función resarcitoria y que se sanearía el daño con indemnización para volver el estado de cosas como estaban, pero a partir del nuevo código el art. 1708 CCYCN concibe a la

responsabilidad en una función bipartita, por un lado la prevención y por el otro la reparación.

Como sostiene Lorenzetti “de este modo la responsabilidad comprende dos etapas del daño: actuar ex ante para impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer (realizar una acción positiva para evitar causarlo) o de abstención (omitir ejecutar una conducta parcialmente lesiva). Acaecido el hecho se presenta la clásica función resarcitoria que cuantitativamente es la mas importante”[8]

Así como por ejemplo la doctrina es conteste en sostener que la Ley General de Sociedades se encuentra integrada con el CCyCN , como así también sus acciones de responsabilidad siendo un plexo normativo concatenado y armónico que evite o paralice una actividad lesiva o potencialmente lesiva[9] entiendo que la Ley de Concursos y Quiebras como parte del derecho privado se integra con nuestro Código Civil y Comercial porque el derecho funciona como un todo inescindible respecto del que existen ciertos principios que tiñen todo el ordenamiento jurídico.

La función preventiva engendró una nueva estructura autónoma dentro del derecho de daños, que deriva de la buena fe y equidad, de naturaleza indisponible, consagrado expresamente en el deber general de no dañar a otro, que según lo resuelto por la CSJN[10] tiene rasgo constitucional tutelando el deber de evitar la producción de un daño o de disminuir sus efectos si estos ya se produjeron.

Si bien rige en materia concursal el art. 142 LCQ que anula cualquier derecho a reclamar daños dentro del concurso o la quiebra porque como dijimos estamos frente a un paradigma distinto donde los principios del derecho común son postergados en pos de la insolvencia, ¿esto implica para el deudor que sin perjuicio de no tener que resarcir ningún daño, puede actuar u omitir actuar agravando el ya producido?

Ese "daño" tiene un límite que está dado por el mejor esfuerzo que, posible y razonablemente puede y, por lo tanto, debe hacer el concursado (...) solo así se puede predicar de ese daño es jurídicamente "justificado", porque este sería consecuencia de un obrar de buena fe y del ejercicio regular de sus derechos concursales por parte del deudor (art. 1718, inc. a, CCyCN)[11].

V. Conclusión [\[arriba\]](#)

Es innegable que existen principios dentro del régimen de concursos y quiebras que desplazan la aplicación del derecho común ponderando la continuidad de la empresa y solucionar la insolvencia, sin embargo, no podemos desconocer que normas del derecho común tienen raigambre constitucional y que no pueden ser desterrada su aplicación, a lo sumo aminorarse.

En ese sentido entiendo que este deber genérico de prevenir el daño, daño que ya está generado porque existen terceros afectados, lo que tiene a su alcance el deudor es mitigar o evitar su agravamiento, y esto debe ser un parámetro al momento de considerar el juez la autorización a la continuación de los mismos, pero no solo eso, sino que el propio tercero debería poder manifestarse sobre el destino del contrato.

El hecho de que el tercero, aunque sea pueda manifestarse, como lo hace en la quiebra, y tenga una protección mayor otorgándole legitimación para apelar la resolución, o bien requerir una mayor garantía que la del 240 LCQ por el solo hecho

de estar lanzándolo a la elección de un insolvente, al igual que el régimen del art. 144 LCQ serían medidas que aplicándose por analogía no afectarían los principios mencionados. Máxime cuando la manifestación del tercero no es vinculante para el juez, pero es objeto de valoración y equilibrarían de algún modo la balanza entre el deudor y su posición.

En esta línea entiendo que el tercero contratante también podría optar por la vía de la acción preventiva del art. 1711, aunque por los exiguos plazos se torna más engorroso, pero entiendo que cuenta con legitimación para ello, aunque su análisis excede el límite de tratamiento.

Esta aplicación analógica del art. 144 LCQ entiendo que no perjudica el procedimiento ni afecta al concurso, y por el contrario limita la discrecionalidad que tiene el deudor por vía del art. 20 LCQ para elegir que hacer, evitando que actúe agravando el daño generado.

Esto permite en mayor o menor medida alcanzar la tutela de ambos contratantes y principios en juego, existiendo un equilibrio contractual para el tercero in bonis y a su vez continúa teniendo protección el deudor en pos de la continuidad de la empresa.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] En este sentido hay discrepancias en la doctrina, hay quienes sostienen una postura amplia, como la Dra. Villanueva y Cámara, quienes siguen la corriente de que a los fines del art. 20 y 144 LCQ debe interpretarse todo tipo de contratos (leasing, locación, etc.) porque la idea es que el deudor elija que va a hacer con cada uno. Mientras que otra postura más restringida como la del Dr. Heredia entienden que solo se aplica a contratos que no hacen al giro habitual de la actividad empresarial, porque estos se rigen por el art. 16 y 17 LCQ.

[2] Heredia entiende que es un estado determinado en que se encuentran las prestaciones emergentes, según López de Zavalía no es necesario que sean prestaciones a cumplirse por ambos lados, pero al decir que es recíprocas Heredia entiende que sí.

[3] Francisco Junyent Bas - Carlos Molina Sandoval, Ley de Concursos y Quiebras - 24522 - , ed. ABELEDOPERRTO, cuarta edición, comentario al art. 144 LCQ.

[4] CÁMARA HECTOR, El Concurso Preventivo y la Quiebra, comentarios a la ley 19551, Ed. De Palma, BS. AS. 1978.

[5] El juez Fernando Saravia -a cargo del juzgado Comercial 17, Secretaría 34- dictó la nulidad del concurso preventivo al que la máxima entidad del rugby se había presentado en abril de 2006, a pedido de una firma francesa Sportfive que había contratado con la UAR. Esta última utilizó el recurso de la presentación en concurso para deshacerse sin ningún costo del contrato y por ello el tercero pidió la nulidad del contrato.

[6] Artículo 142. LEGITIMACION DE LOS SINDICOS. A los efectos previstos en esta sección el síndico está legitimado para el ejercicio de los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el deudor, antes de su quiebra. Son nulos los pactos por los cuales se impide al síndico al ejercicio de los derechos patrimoniales de los fallidos. La quiebra no da derecho a los terceros al

resarcimiento de daños por aplicación de esta ley.

[7] En su clase dictada en la asignatura “Crisis e insolvencia” del Maestría en Derecho Empresario (MDE), Facultad de Derecho, Universidad Austral, cohorte 2021.-

[8] Lorenzetti Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” - ed. Rubinzal Culzoni - 2014 T. VIII.

[9] Carlos R. Caamaño, El régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima y la función preventiva, Ed. Errepar, N° 378, MAYO 2019, Doctrina Societaria y concursal, citando a los Dres. Grispo, Nissen, Favier Dubois y Cuervo

[10] “Santa Coloma, Luis Federico y otros” Repertorio: 308:1160 - 5/8/1986, cit. Carlos R. Caamaño, El régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima y la función preventiva, Ed. Errepar, N° 378, MAYO 2019, Doctrina Societaria y concursal, citando a los Dres. Grispo, Nissen, Favier Dubois y Cuervo

[11] Marcos, Fernando J. “El deber genérico de prevención y su influencia en la propuesta de acuerdo preventivo o su mejora (tercera vía)” RDCO 298, 17/10/2019, 1329.