

Un análisis económico del art. 20 de la LCQ, y la posibilidad de amortizar su impacto a través de su integración por analogía con el art. 144 de la LCQ

Franco Tosto

1.- La excepcionalidad del derecho concursal y su integración armoniosa con todo el ordenamiento normativo [\[arriba\]](#)

Algunas normas de la Ley de Concursos y Quiebras son una señal manifiesta de la excepcionalidad que reviste el derecho concursal y representan un cambio de paradigma respecto del derecho común, cambio obligado por las particulares circunstancias sobre las que se despliega el régimen de concursos y quiebras. Por dar un ejemplo, el art. 145 LCQ establece que ninguna de aquellas normas de muy usual incorporación en la redacción de los contratos de uso corriente, donde los letrados advierten sobre las consecuencias del incumplimiento de una de las partes y las herramientas que se le otorgan al contratante in bonis en tales casos, son de aplicación en los casos de quiebras. Asimismo, el art. 142 LCQ en su tercer párrafo establece que “la quiebra no da derecho a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley”, es decir que si un contrato se resuelve por imperio de la ley o por disposición judicial en el marco de la quiebra, el contratante cumplidor no tendrá derecho a reclamar la reparación de los daños que dicha resolución le hubiere causado.

Estas dos normas son ejemplos de soluciones excepcionales que dan cuenta del lugar donde estamos parados cuando analizamos relaciones jurídicas preexistentes en el marco del derecho concursal.

2.- Posturas interpretativas en torno al art. 20 LCQ [\[arriba\]](#)

El objeto del presente es hacer un análisis crítico de lo dispuesto por el art. 20 LCQ, en tanto regula las consecuencias sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes en el concurso preventivo. La norma de referencia establece en su primera parte 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.” Entendemos entonces que el art. 20 debe ser analizado desde su relación con los arts. 15, 16 y 17 LCQ, que establecen que la operatoria habitual del concursado continuará sin afectación alguna ya que el mismo conserva la administración de sus bienes. Por lo tanto, el artículo bajo estudio será de aplicación en los casos de contratos que no hagan al giro habitual del negocio del concursado, atento que en estos casos no necesitará de ninguna autorización para continuar con los mismos; una resolución normativa en contrario dejaría sin sentido la idea de conservación de la empresa que guía todo el procedimiento concursal.

2.1.- Postura amplia.

Para continuar, corresponde ahondar en las distintas posibilidades interpretativas que la norma habilita debido a su confusa redacción. Así, el art. 20 no alcanza cualquier contrato sino que refiere a aquellos en curso de ejecución y con prestaciones recíprocas pendientes, y es aquí donde la doctrina encuentra una de las primeras grietas interpretativas, ya que para una parte de ella, la que podríamos

denominar de interpretación amplia, se encuentran incluidos todos los contratos formalizados por el deudor antes de la presentación judicial donde existan prestaciones recíprocas pendientes, verbigracia: seguro, locación, etc.;

[1] sin importarle distinguir la obligación que esté pendiente, a saber, si la misma es principal o accesoria, y si hace o no al objeto del contrato.

2.2.- Postura restrictiva.

Por el contrario, otra parte de la doctrina entiende que la norma no se refiere a un tipo de contrato, sino que se trata de un estado determinado en que se encuentran las prestaciones emergentes. Aprehende un estado en el que se encuentra el contrato que queda definido por la existencia de prestaciones a cargo del concursado y del tercero contratante que no se encuentran ejecutadas porque no llegó el momento para ello.

[2] Vale aclarar también que la jurisprudencia ha precisado que el art. 20 LCQ solo resulta de aplicación a aquellos contratos de ejecución diferida, mas no a los de ejecución continuada o fluyente

[3], pues en estos las prestaciones se reiteran y, en consecuencia, no se encuentran pendientes y diferidas en el tiempo

[4]. Tal lectura dejaría fuera de la órbita de influencia del art. 20 a, por ejemplo, un contrato de locación, atento que una vez que el locador entregó la cosa se considera que ha cumplido con su obligación principal y por lo tanto no se daría la pendencia recíproca de las obligaciones. Es preciso aclarar que dicha pendencia puede darse tanto desde el origen del contrato, es decir, postergándose el cumplimiento de las obligaciones recíprocas que se tienen los cocontratantes entre sí desde el momento de celebración del mismo (pendencia ab origine); como puede darse en un contrato cuyo cumplimiento se hubiere pactado en distintas etapas, y que una vez comenzado, en algún tracto del mismo, se produzca una pendencia recíproca de las obligaciones. Así, saber ante qué tipo de contrato nos encontramos implica tomar conocimiento sobre si tenemos que solicitar autorización judicial para la continuación del mismo o no, y por lo tanto, de no ser necesaria, alcanzará con solo ejecutarlo ya que el mismo no estaría extinto, aunque entendemos que sí estaría suspendido porque de lo contrario no habría necesidad de solicitar la continuación del mismo.

[5]

3.- Consecuencias económicas de la aplicación del art. 20 LCQ [\[arriba\]](#)

La interpretación que tomemos como propia es de mayúscula importancia a la hora de entrar en el objeto de nuestro trabajo; una postura amplia que permita la aplicación de la norma a la mayor cantidad de contratos posibles, abre la posibilidad al concursado de pedir la resolución de un contrato sin afrontar los daños y perjuicios que la misma pudiera acarrear. Así, en el derecho contractual sólo puede resolverse un contrato si mediere incumplimiento de la otra parte, o rescindirse si mediere una cláusula de rescisión, pero nunca por la sola voluntad y sin pacto previo. Allí reside la importancia en la interpretación del art. 20, ya que podría funcionar como una vía de escape a las responsabilidades que impone el derecho común. El deudor se haría de una herramienta extraordinaria para el mejoramiento de su situación financiera desde un punto de vista económico, recurso no menor en un contexto de cesación de pagos, pudiendo deshacerse sin responsabilidad alguna de un mal negocio por ejemplo y desnaturalizando el sentido de la norma.

Por otra parte, la continuación del contrato en los términos del art. 20 coloca al cocontratante no concursado en una situación extraordinaria dentro del ya mencionado marco de excepcionalidad que implica el trasfondo dado por la situación concursal. La parte in bonis no será sometida al mismo trato igualitario que se les dará a los demás acreedores, sino que como consecuencia de la aplicación de la

norma que nos compete, cobrará todo lo que le corresponde en las condiciones originales de su crédito, quebrando de pleno la par conditio creditorum en pos de permitir al concursado continuar un contrato que se entiende necesario para la conservación de la empresa. Así entonces, resulta bastante evidente que estamos ante un derecho de aplicación restrictiva, y por lo tanto, de interpretación restrictiva, atento que, no sólo permitiría al deudor resolver contratos sin que le traiga aparejada responsabilidad alguna, sino que, en caso de disponerse la continuación de un contrato en el marco del art. 20, se estaría quebrando el principio de igualdad entre acreedores.

Otra arista significativa de esta norma es lo que esta no dice expresamente, pero que de su análisis se infiere. Si la norma habilita la continuidad de los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes que excedan el normal giro de los negocios del concursado, parecería que dentro del mismo artículo podríamos incluir la facultad de éste de poder resolverlos, y así lo indicaría la incorporación de la expresión “puede” en la redacción.[6] Empero, también parecería correcto que, para poder ejercer la facultad resolutoria en este marco, se requiera de autorización judicial para hacerlo.

4.- Análisis del art. 144 LCQ. Su relación con los artículos 190 y 191. Necesaria integración normativa [\[arriba\]](#)

Ahora bien, un ejercicio que se pretende realizar en el presente trabajo, es el parangón del régimen del concurso preventivo que venimos desarrollando del art. 20 LCQ, con el del art. 144 LCQ, que, entendemos, debe ser integrado con los arts. 190 y 191 del mismo ordenamiento normativo. Mientras que en el concurso preventivo la explotación continúa, en principio en la quiebra no. Es en los referidos arts. 190 y 191 que se establece que el síndico debe informar al juez sobre la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha; y consecuentemente el juez resolver si lo autoriza o no. Así, el art. 191 en su apartado sexto dice lo que el art. 20 no, y establece que los contratos en curso de ejecución que no se continúan según la resolución judicial, se resuelven de pleno derecho.

Volviendo al art. 144, se desprende que, en la quiebra, la situación del tercero contratante no fallido pareciera mejor que la del mismo tercero en el concurso preventivo. En el supuesto de decidirse la continuación del contrato, si aquel hubiese manifestado su intención de resolución o expresamente hubiera estimado insuficiente como seguridad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo el respectivo rango de gastos de conservación y justicia de las presentaciones a cargo del concurso (art. 240, LCQ)[7], podrá solicitar al juez garantías específicas para la continuación del contrato, pudiendo éste disponer la constitución de las mismas.

Posibilidades de implementación en el marco del concurso preventivo.

Así las cosas, en el caso de representar al contratante in bonis en un contrato con prestaciones recíprocas pendientes en un concurso preventivo, se advierte como una posibilidad la aplicación por analogía de la facultad de solicitar una caución que garantice el cumplimiento de la parte concursada del contrato que se continuó por resolución judicial, ya que incluso en el caso de concurso preventivo, siempre existe la posibilidad de la quiebra indirecta. Es dable entender entonces como lógica la idea de que el tercero contratante asegure su interés con una contracautela, y de esa forma generar un contexto comercial de mayor tranquilidad y certidumbre que podría ser a veces vital para el éxito del concurso preventivo. No tendría sentido

para un tercero a quien se le asegure su obligación con garantías, querer resolver un contrato que considere de valor, lo que muchas veces podría significar la suerte entera del concurso y de la continuidad de la empresa, por ejemplo.

5.- Conclusión y propuesta [\[arriba\]](#)

Para reforzar nuestra postura podríamos tomar como un indicio la voluntad del legislador de incluir en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el instituto de la prevención del daño (art. 1710 y ss.). Si bien se trata de una norma de derecho común, su integración con la normativa concursal es posible dado que presenta una situación de aproximación a un estado de posible insolvencia e incumplimiento de una de las partes. Allí, se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir, de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento.[8] Parecería verse plasmado entonces, que la doctrina y legislación más moderna entiende la importancia de la prevención del daño dentro del ámbito contractual, otorgando al contratante razonable, cuidadoso y previsor, la facultad de suspender el cumplimiento de su obligación frente a la amenaza de daño derivada del menoscabo significativo de su contratante en su aptitud para cumplir o en su solvencia; ofreciendo el art. 1032 CCCN la posibilidad de que quede sin efecto la antedicha suspensión, si la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado. Por estas razones, vemos cierta analogía con lo establecido en el art. 144 LCQ, ya que la suspensión del cumplimiento quedaría sin efecto en caso de garantizarse el mismo.

Por todo lo expresado, no creemos irracional ni exorbitante entender que podría aplicarse una solución similar a la que propone el art. 144 LCQ al caso del contratante cumplidor que se ve forzado a continuar un contrato con un concursado, que de lo contrario, tendría que conformarse solo con que su crédito goce del privilegio establecido en el art. 240 LCQ, con el riesgo que implica una eventual quiebra indirecta. La posibilidad de solicitar que se le otorguen garantías sería una herramienta para favorecer la continuidad de vínculos contractuales que fueron valorados por las partes en su momento, y por el juez con posterioridad, como útiles para el giro comercial, eliminando así cualquier posibilidad de riesgo para el tercero contratante y otorgando al juez la facultad de disponer de un elemento más para asegurar la armonía y continuidad de los vínculos comerciales.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] CÁMARA, Héctor; “El concurso preventivo y la quiebra”, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. 1, p. 538.

[2] HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Depalma, Buenos Aires, t.1, p. 512.

[3] CNCom., Sala E, 28/8/92, “Sociedad Española de Beneficencia s/conc. s/incid. de rev. por Cía. San Jorge de Carruajes S.A.

[4] CNCom., Sala B, 10/4/90, “Xerox Argentina I.C.S.A. c/Noel y Cía. S.A. s/ordinario”; id., Sala A, 23/5/95, “Cencosud S.A. e/Siame S.A.

[5] HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Depalma, Buenos Aires, t.1, p. 515.

- [6] CÁMARA, H., “El concurso preventivo y la quiebra”, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. 1, p. 538.
- [7] ROUILLON, A. A. N. “Régimen de Concursos y Quiebras”, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 269
- [8] LORENZETTI, R. L “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, T. VIII, p. 294