

## ¿Es aplicable al concurso preventivo el art. 145 de la Ley de Concursos y Quiebras?

Alex Máculus

### 1. Planteo de la cuestión. Relevancia del tema [\[arriba\]](#)

El art. 145 de la Ley N° 24.522 (en adelante, “LCQ”) establece que “la sentencia de quiebra hace inaplicables las normas legales o contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento, cuando esa resolución no se produjo efectivamente o demandó judicialmente antes de dicha sentencia.”

La disposición citada implica una fuerte restricción a la facultad resolutoria, ya que no sólo veda la resolución contractual fundada en el hecho mismo de la quiebra, sino que declara inaplicable la facultad resolutoria de modo general, lo que impide también que el co-contratante *in bonis*, una vez decretada la quiebra, resuelva el contrato en base a un incumplimiento del fallido temporalmente anterior a la sentencia de quiebra.

Además, como consecuencia lógica del art. 145 de la LCQ, el co-contratante *in bonis* ve afectado su derecho a la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del deudor fallido; aunque aquí sí cabe hacer una distinción según el momento en que se haya producido el incumplimiento (i.e.: antes de la sentencia de quiebra o en virtud de ella). En caso de que el incumplimiento del contrato se produzca con motivo de la quiebra, el co-contratante *in bonis* no tendrá derecho a indemnización alguna.[1] En cambio, si el deudor fallido hubiese incumplido el contrato antes de la sentencia falencial, el co-contratante *in bonis* tendrá derecho a que se le reparen los daños y perjuicios sufridos desde el incumplimiento hasta la sentencia de quiebra.[2]

Con esta introducción pretendo dimensionar el fuerte impacto que tiene el art. 145 de la LCQ sobre el régimen general de los contratos, quitándole la facultad resolutoria al co-contratante *in bonis* (incluso si el incumplimiento se produjo con anterioridad a la sentencia de quiebra) y limitando su derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento contractual del deudor fallido.

La Ley de Concursos y Quiebras no contiene una disposición igual o siquiera similar al art. 145 en el Título II relativo al concurso preventivo. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que la apertura del concurso produce los mismos efectos que la sentencia de quiebra en lo que respecta al pacto comisorio, argumentando que el art. 145 de la LCQ debe aplicarse por analogía al proceso concursal.[3]

Es decir que para este sector de la doctrina, una vez que se abre el concurso preventivo los co-contratantes del concursado pierden la facultad de resolver el contrato, ya sea (a) en virtud de un incumplimiento del concursado anterior a la apertura del concurso, o (b) en razón de la apertura del concurso misma.[4]

En mi opinión, existen argumentos que, cuanto menos, permiten poner en duda que la solución correcta sea aplicar el art. 145 de la LCQ por analogía al concurso, sobre todo en lo que respecta a la facultad resolutoria fundada en incumplimientos del concursado anteriores a la apertura del concurso. No olvidemos aquello que Roitman explicó con claridad: “la aplicación analógica al concurso preventivo de

las reglas establecidas en relación a los efectos de la quiebra sobre los contratos resultará sumamente limitada, en razón de la diversidad ontológica que poseen ambos institutos concursales.”[5]

El objetivo de este trabajo consiste en analizar si realmente se encuentra justificada la aplicación analógica del art. 145 de la LCQ al concurso preventivo. En particular, me concentraré en las relaciones contractuales en las cuales, al momento de la apertura del concurso, el concursado se encuentra en mora;[6] con la intención de realizar un aporte a un tema sobre el que no se ha escrito mucho, que es el de los efectos de la apertura del concurso sobre la facultad resolutoria basada en incumplimientos contractuales anteriores al concursamiento.

## **2. Incumplimiento contractual del concursado anterior a la apertura del concurso: distintos escenarios posibles [\[arriba\]](#)**

La situación objeto de análisis -es decir, la relación contractual en la cual el concursado se encuentra en mora al momento de la apertura del concurso- puede presentar distintas variantes. Puede tratarse (a) de un contrato en el que el acreedor in bonis ya cumplió con la totalidad de las prestaciones a su cargo, (b) un contrato de ejecución continuada o fluyente, o (c) un contrato con prestaciones recíprocas pendientes, que encuadre en el régimen del art. 20 de la LCQ.[7]

A continuación, analizaré cada una de estas situaciones en particular ya que entiendo que presentan características distintas, que ameritan un tratamiento separado.

### *2.1. Contratos en los que el acreedor in bonis cumplió con la totalidad de las prestaciones a su cargo*

Se trata de aquellos contratos en los cuales al momento de la apertura del concurso: (i) el concursado ya se encuentra en mora, (ii) el co-contratante in bonis ha cumplido con la totalidad de las prestaciones a su cargo, y (iii) el contrato aún no fue resuelto ni extrajudicial ni judicialmente (esto último significa que el co-contratante in bonis ni siquiera presentó la demanda judicial de resolución, en cuyo caso estaría amparado por la última parte del art. 145 de la LCQ).

¿Puede el acreedor in bonis resolver el contrato en ese escenario? Como vimos más arriba, la cuestión puede tener un impacto significativo en el monto del crédito que el co-contratante verificará en el concurso. Si se le reconoce la facultad resolutoria, éste podrá reclamar la totalidad de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento definitivo del contrato por parte del concursado. De lo contrario, sólo podrá reclamar los daños que haya sufrido desde la constitución en mora de su contraparte hasta la apertura del concurso.

Cabe agregar, además de lo dicho respecto de los daños y perjuicios, que por el efecto restitutorio del pacto comisorio, el co-contratante in bonis también podría eventualmente tener derecho a un crédito mayor si se le reconoce la facultad resolutoria posterior a la apertura del concurso. Es cierto que por aplicación de las reglas generales del concurso, aún en caso de que se admita la validez del ejercicio del pacto comisorio con posterioridad a la apertura del concurso, el co-contratante in bonis no podrá pretender que se le devuelva exactamente aquello que entregó en virtud del contrato resuelto, pero sí tendrá un crédito en moneda concursal por el valor actual de lo que hubiera entregado, que podría -según las

circunstancias- tener un valor mayor que la contraprestación incumplida por el concursado.[8]

Un ejemplo puede ayudar a aclarar lo expuesto en el párrafo anterior. Supongamos que el Sr. X le vende un cuadro al Sr. Z, acordando las partes que el Sr. Z pagará el precio (\$ 100.000) a los diez días de la entrega del cuadro. El Sr. X le entrega el cuadro al Sr. Z; transcurren diez días y el Sr. Z no paga el precio (como sabemos, el Sr. Z queda automáticamente en mora por aplicación del artículo 509 del Código Civil). Cinco días después el Sr. Z se declara concursado. Dos días después de la apertura del concurso el autor de la obra de arte fallece y el precio de mercado de todas sus obras automáticamente se multiplica por diez. En ese contexto el Sr. X resuelve el contrato invocando una disposición del acuerdo que autorizaba la resolución sin intimación previa y sin necesidad de otorgar un plazo de gracia ante el incumplimiento del pago del precio en el plazo pactado. Si se admite la validez de la resolución, el Sr. X tendrá un crédito por el valor actual del cuadro (i.e.: \$ 1.000.000). Si se rechaza la aplicación del pacto comisorio, aplicando el art. 145 de la LCQ por analogía, el Sr. X sólo tendrá un crédito por el precio contractual del cuadro (i.e.: \$ 100.000) más los intereses devengados desde la constitución en mora hasta la apertura del concurso.

Como puede apreciarse, restringir la facultad resolutoria en razón de la apertura del concurso puede causarle un grave perjuicio al co-contratante in bonis. Anticipo aquí que comparto la opinión de Fassi y Gebhardt, para quienes, más allá de la apertura del concurso, “si hubo mora, ésta tendrá los efectos que le da la ley común y podría llegarse a su rescisión, si ella la autoriza.”[9] No me parece justo que el concursado pueda librarse de los efectos que produce el incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas mediante la presentación en concurso, cuando no existe una disposición expresa en la LCQ que así lo prevea para el concurso (lo que sí ocurre en el caso de la quiebra con el art. 145).

No olvidemos que los efectos del concurso sobre los contratos son distintos que los efectos de la quiebra, lo que impide que las reglas de la quiebra se trasladen automáticamente al concurso. Según Roitman, “el concurso preventivo no debería afectar ni influir en los contratos.”[10]

Ahora bien, me permito hacer la siguiente salvedad: para que la resolución contractual posterior a la apertura del concurso sea eficaz, deberá tratarse de un contrato que autorice la resolución contractual extrajudicial sin necesidad de intimación previa y sin necesidad de conceder un plazo de gracia, o en los casos en que el pacto comisorio sea tácito o bien el contrato exija el otorgamiento de un plazo de gracia para la resolución extrajudicial, el contrato deberá resolverse siempre por vía judicial, evitando conceder el plazo de gracia al deudor concursado,[11] que por aplicación de las reglas generales del concurso no podría remediar su incumplimiento sin violar el principio de la *pars conditio creditorum*.

## *2.2. Contratos de ejecución continuada o fluyente*

En los contratos de ejecución continuada o fluyente, además de los motivos ya expuestos, se suma un argumento más para justificar la aplicación del pacto comisorio luego de la apertura del concurso, que es el siguiente: el co-contratante in bonis seguirá vinculado contractualmente con el concursado luego de la apertura del concurso.[12] No parece justo, en ese contexto, que no pueda hacer valer los

incumplimientos del concursado anteriores a la apertura del concurso cuando hayan sido de una entidad suficiente para justificar la disolución del vínculo.

Tomemos como ejemplo un contrato de franquicia en el que el co-contratante in bonis (franquiciante) se entera, luego de la apertura del concurso del franquiciado, que éste había violado durante meses la obligación de exclusividad contenida en el contrato de franquicia, en virtud del cuál el franquiciado sólo podía vender en su local productos de la marca objeto de la franquicia. ¿Es justo que con motivo de la apertura del concurso el franquiciante pierda la facultad de resolver el contrato en función del incumpliendo de la obligación de exclusividad por parte del franquiciado? La respuesta es negativa, y pone en evidencia que la aplicación del artículo 145 de la LCQ en el contexto del concurso preventivo puede llevar a resultados indeseados.

### *2.3. Contratos con prestaciones recíprocas pendientes, que encuadran en el régimen del art. 20 de la LCQ*

Se trata del supuesto en el cual el concursado incurrió en incumpliendo con anterioridad a la apertura del concurso, pero el contrato aún tiene prestaciones recíprocas pendientes en cabeza de ambas partes.

El art. 20 de la LCQ contiene una solución para este supuesto en la última parte del primer párrafo, cuando dice que “la continuación del contrato autoriza al co-contratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.” Es decir, que la norma asume que pueden haber prestaciones incumplidas por parte del concursado a la fecha de la presentación en concurso y sin embargo resultar aplicables la reglas del artículo 20. Es por esto que Roitman sostiene que “la aplicabilidad del art. 20 (...) de la LCQ no está condicionada a la inexistencia de mora.”[13]

Heredia sostiene lo contrario a Roitman, con apoyo en dos precedentes jurisprudenciales en los que se negó operatividad al régimen de continuación de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes “tratándose de contratos no cumplidos en que una de las partes hubiera incurrido en mora.”[14] Sin embargo, cabe aclarar que los dos casos citados por Heredia fueron resueltos aplicando la Ley 19.551, que no contenía -en el entonces art. 21- la última parte del primer párrafo del actual art. 20 de la LCQ, que expresamente prevé la posibilidad de que se continúe un contrato con prestaciones recíprocas pendientes en el cual, al momento de la presentación en concurso, el concursado ya se encontraba en mora. En otras palabras, lo que antes parecía estar implícitamente vedado ahora está expresamente contemplado en la LCQ.

Ahora bien, lo que no dice el art. 20 es si el co-contratante in bonis puede ejercer la facultad resolutoria antes de que el concursado haya solicitado al juez la continuación del contrato y éste la haya autorizado, o si por el contrario, la apertura del concurso suspende la facultad resolutoria por el plazo de treinta días durante el cuál el deudor decidirá si continúa o no con el contrato.

Aquí también, al igual que en los supuestos anteriores, no parece justo que el co-contratante in bonis se vea impedido de resolver el contrato en virtud de un incumplimiento del concursado ocurrido antes de la apertura del concurso. De lo contrario, el concursado moroso podría decidir no continuar el contrato, quedando eximido (conf. artículo 142 de la LCQ) de indemnizar los daños y perjuicios que de

otro modo hubiese tenido que resarcir si el co-contratante in bonis hubiera resuelto el contrato en virtud de su incumplimiento.

### 3. Conclusión [\[arriba\]](#)

El tema de los efectos que produce la apertura del concurso sobre los contratos preexistentes es, sin dudas, uno de los temas más complejos en el derecho concursal argentino. Las reglas contenidas en el art. 20 de la LCQ son escasas, oscuras e incompletas. En ese contexto, muchas veces nos vemos tentados de acudir a la solución más sencilla, que consiste en tomar las reglas contenidas en los arts. 143 y subsiguientes, previstas para la quiebra, y aplicarlas por analogía al concurso. Sin embargo, ese camino puede conducir en algunos casos a soluciones injustas.

El objetivo de este trabajo consistió precisamente examinar si corresponde aplicar al concurso preventivo la regla contenida en el art. 145 de la LCQ, que veda la facultad resolutoria luego de la declaración de quiebra. La conclusión es que existen razones suficientes que impiden la aplicación analógica del art. 145 de la LCQ al concurso preventivo.

-----  
[1] Conf. artículo 142 de la LCQ, que dispone que “la quiebra no da derecho a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley.” Roitman lo explica del siguiente modo: “no se puede pretender reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento ‘forzoso’ derivado del estado falencia.” (Roitman, Horacio, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes, Rubinzal-Culzoni, Segunda edición actualizada, p. 110). Según Heredia, decretada la quiebra “no hay incumplimiento, sino imposibilidad de cumplir en los términos originalmente pactados...” (Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, p. 143). Fassi y Gebhardt afirman que “el deudor no puede ser considerado incumplidor respecto de un acreedor en particular, porque lo es forzosamente con relación a todos.” (Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, Concursos y quiebras - Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable, Astrea, Séptima edición actualizada y ampliada, p. 339).

[2] Fassi y Gebhardt explican que “los terceros no quedan privados de las acciones resarcitorias por el incumplimiento de los contratos acaecidos antes de la quiebra”, y citan el siguiente ejemplo: “si en la obligación se había previsto la mora tácita e intereses punitivos, éstos se agregan a la deuda a los efectos de la verificación de créditos, desde la que la mora tácita se operó y hasta la sentencia de quiebra que interrumpe su curso (art. 129, LCQ).” (Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, Concursos y quiebras - Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable, Astrea, Séptima edición actualizada y ampliada, páginas 333 y 339, respectivamente).

[3] Cfr. Martorell, Ernesto E., Tratado de concursos y quiebras, Depalma, 2001, Tomo II-B, pp. 35-37, y Roitman, Horacio, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes, Rubinzal-Culzoni, Segunda edición actualizada, p. 78. Recordemos que el artículo 159 de la LCQ dispone que “en las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés

general.”

[4] Independientemente de la discusión que existe acerca de si son o no eficaces las cláusulas contractuales que prevén el concursamiento como causal de resolución. Niegan la eficacia de estas cláusulas, entre otros, J. Farina (Farina, J., La quiebra y la resolución contractual por incumplimiento, Zeus, t. 11, p. D 41, cap. 1, citado en Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, Tomo 5, p. 156). Heredia no defiende expresamente la eficacia de este tipo de cláusulas, pero advierte que “no hay contradicción en validar, en principio, este tipo de cláusulas frente a un concurso preventivo, pero no hacerlo, como regla, frente a una quiebra.” (Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, Tomo 5, p. 156).

[5] Roitman, Horacio, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes, Rubinzal-Culzoni, Segunda edición actualizada, p. 77. Agrega Roitman (ibídem) que “el principio general en materia contractual en el concurso preventivo es el de respetar plenamente los acuerdos de voluntad privada celebrados con anterioridad a la presentación concursal. La presentación concursal de uno de los contratantes no autoriza a la suspensión ni a la resolución.”

[6] Advierto que no me ocuparé en este trabajo de los siguientes dos temas: (i) la eficacia de las cláusulas contractuales que prevén el concursamiento como causal de resolución, y (ii) la facultad resolutoria frente a los incumplimientos que se produzcan luego de la apertura del concurso, tema -este último- que implica analizar si la apertura del concurso produce o no la suspensión de los contratos en curso de ejecución. Como dije, este trabajo se concentra en los contratos en los cuales, al momento de la apertura del concurso, el concursado ya se encontraba en mora.

[7] Para agregarle mayor riqueza al análisis, me ubicaré, a los efectos de este trabajo, dentro de la posición doctrinaria que entiende que los contratos de ejecución continuada o fluyente no están alcanzados por el régimen del artículo 20 de la LCQ (conf. Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, Tomo 1, p. 511).

[8] Cfr. Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, Tomo 5, p. 147. Heredia explica los límites del efecto restitutorio en el marco de la quiebra, pero lo dicho por el tratadista es extensible al concurso, en donde también rige la llamada ley del dividendo. Prueba de ello es el segundo párrafo del artículo 19 de la LCQ que ordena la conversión de las deudas no dinerarias a su valor en moneda de curso legal.

[9] Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, Concursos y quiebras - Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable, Astrea, Séptima edición actualizada y ampliada, p. 84.

[10] Roitman, Horacio, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes, Rubinzal-Culzoni, Segunda edición actualizada, p. 74.

[11] Recordemos que la jurisprudencia ha dicho que “exista o no pacto comisorio expreso, es procedente la demanda judicial resolutoria sin necesidad de cumplir los requisitos previstos por el art. 1204 del Código Civil.” (CNCom., Sala B, 22-5-1996, “Krolovetzky, Eduardo y otros c. Mirelman Daniel y otro”, LL 1997-B, p. 2, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, citado en Roitman, Horacio, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes, Rubinzal-Culzoni, Segunda edición actualizada, p. 104).

[12] Como expliqué en la nota al pie número 7, para agregarle mayor riqueza al análisis, me ubicaré, a los efectos de este trabajo, dentro de la posición doctrinaria que entiende que los contratos de ejecución continuada o fluyente no están alcanzados por el régimen del artículo 20 de la LCQ (conf. Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, Tomo 1, p. 511).

[13] Roitman, Horacio, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes,

Rubinzal-Culzoni, Segunda edición actualizada, p. 71.  
[14] Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, 2005, Tomo 1, p. 513. Los casos que cita son: (i) CNCom., Sala C, 21-4-1989, “Vázquez, Alberto c. Anambe S.A.”, LL 1989-E, p. 614, y (ii) CNCom., Sala B, 20-9-1989, “Noel y Cía S.A.”, LL1990-E, p. 186.

© Copyright: Universidad Austral