

APE y excepción de incumplimiento

Jonathan D. Golab

I. Introducción [arriba] -

El acuerdo preventivo extrajudicial fue introducido en nuestro país con su recepción en 1983 por la Ley N° 22.917 que reformó a la Ley N° 19.551. Por su parte, la Ley N° 24.522 “confirió al acuerdo preventivo extrajudicial una fisonomía propia, incomparablemente superior - según Maffia- al, torpe homólogo de la Ley N° 19.551”[1].

Desde su inserción en nuestro marco normativo, la doctrina ha tenido acalorados debates al respecto y, en especial, en torno a su naturaleza jurídica. Sobre ello, hoy reina un consenso mayoritario por la consideración del mismo como un “contrato”.

La naturaleza contractual de este instituto nos obliga a repensar los efectos que ello conlleva, siendo de particular interés el análisis de la aplicabilidad (o no) de la excepción de incumplimiento como medio de defensa.

Esta problemática, que parecería no serlo, ha dado lugar a soluciones desencontradas que imprimen la necesidad de su reflexión, siendo este el objeto del trabajo y sobre el cual vengo desarrollando con anterioridad en relación a otro instituto[2].

II. Acuerdo Preventivo Extrajudicial [arriba] -

El instituto se encuentra regulado en el Capítulo VII de la Ley N° 24.522, y se extiende entre los arts. 69 a 76. Sin embargo la ley no aporta una definición del mismo, siendo la doctrina la encargada de dar tal certeza. En este entendimiento, podemos circunscribir al acuerdo preventivo extrajudicial como una “implementación práctica de negociaciones que realizan deudores y acreedores para superar estados y situaciones de crisis y previo a una acción en el ámbito de la justicia” [3].

En cuanto a su naturaleza jurídica, como se ha adelantado en la introducción, es ampliamente reconocida su consideración de contrato. En efecto, se ha dicho que “el acuerdo preventivo extrajudicial asume la naturaleza jurídica de un contrato. El hecho de que el mismo se presente a homologación judicial no muta su naturaleza; por el contrario, la reafirma, pues el juez, mediante un examen liminar de legalidad, ratifica su fuerza vinculante. Así también deberá contener todos sus elementos: consentimiento, objeto y causa, además de la capacidad (que es un presupuesto del consentimiento) y la forma (que es sólo el modo de exteriorizar tal voluntad)” [4]. Cabe también señalar que, pese a encontrarse en minoría, se han alzado voces de peso en contra de esta afirmación sosteniendo que se trata en realidad de un instituto concursal al cual “cabe reconocer la aplicación de reglas de los contratos, aunque el instituto no «es» un contrato”[5].

En añadidura, se avanza en señalar que como contrato reviste el carácter de plurilateral. Es decir, “se trataría -al menos en su faz inicial- de un contrato plurilateral que puede incluir una multiplicidad de actos jurídicos cuyo número puede ser idéntico al de los acreedores que lo compongan”[6]. Con mayor énfasis se ha dicho que “es claro que no puede encuadrárselo sin más en un contrato bilateral, sino en los plurilaterales” [7].

Incluso la jurisprudencia lo ha entendido así al sostener que “el acuerdo preventivo extrajudicial, de manera análoga al acuerdo preventivo de índole judicial, participa de los caracteres propios de los actos o negocios jurídicos tal como los define el art. 944 del Cód. Civil. Se trata en el caso de un acto inter vivos, plurilateral, patrimonial y habitualmente complejo, ya que las relaciones jurídicas que con él se establecen implican en parte extinción y en parte creación o modificación de derechos y obligaciones”[8].

Por otro lado, “la sanción del Cód. Civ. y Comercial no pareciera traer demasiadas modificaciones al régimen concursal. Sus efectos no están dirigidos a la situación de sujetos involucrados en procesos concursales que continúan rigiendo los efectos de estos procesos por la normativa específica (Ley N° 24.522 y sus modificatorias), salvo alguna alusión puntual”[9].

Sin perjuicio de los reparos que se le puedan formular a esta definición, es conteste la doctrina al señalar sus principales características sobre las que pocos discuten. En especial, me refiero a la plurilateralidad de este contrato, característica sobre la cual se centra la esencia del presente análisis pero que retomaremos más adelante.

III. Excepción de incumplimiento [arriba] -

Se encontraba regulado en nuestro derecho bajo el art. 1201 del Cód. Civ. que expresaba: “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

La definición se completaba con el texto del art. 510 del Cód. Civ. que regula: “en las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.

La excepción de incumplimiento operaba ante la mora de quien demanda a la otra parte el cumplimiento de su obligación, sin ofrecer esta cumplir la suya simultáneamente. Lógicamente, en caso de una obligación a plazo, si este no ha vencido no habría mora y por tanto sería improcedente la excepción de incumplimiento.

Pero lo que aquí importa destacar es el carácter bilateral de la obligación (o como se suele denominar en doctrina, el carácter sinalagmático de la obligación). Es clara en la redacción del art. 1201 del Cód. Civ. la exigencia de esta cuestión. Para mayor abundamiento, los

contratos bilaterales son aquellos contratos en los que las partes, conforme el art. 1138 del Cód. Civ., “se obligan recíprocamente la una hacia la otra”.

Para su configuración, “la excepción del art. 1201 sólo funciona en los contratos bilaterales (...) aun en los unilaterales, cuando hay un elemento sinalagmático, procede la exceptio” [10].

Esta reciprocidad de las obligaciones es lo que permite el ejercicio del instituto en comentario.

IV. Regla general: inaplicabilidad [arriba] -

En función de lo visto en los puntos anteriores, observamos que los acuerdos preventivos extrajudiciales revisten el carácter de plurilaterales. Diferente es el caso de la excepción de incumplimiento que sólo aplica a los contratos bilaterales, admitiendo únicamente la alternativa de los contratos unilaterales que tienen un elemento sinalagmático.

Entonces, no hay duda que las partes del acuerdo preventivo extrajudicial están excluidas como legitimadas para oponer la excepción de incumplimiento contractual.

Al respecto, y en referencia a los efectos de los contratos plurilaterales, se ha dicho que: “las prestaciones pueden ser de muy distinto valor, por lo que no rige el concepto de equivalencia y correspectividad propia de los contratos de cambio; no se aplica el pacto comisorio, ni la excepción de incumplimiento contractual” [11].

A ello, se puede agregar que, en términos generales (refiriéndonos al caso de los contratos plurilaterales que sí logran conformar una personalidad jurídica distinta de las partes que integran el vínculo), “la sociedad es, ante todo, un contrato plurilateral de organización, es decir un contrato a cuyo otorgamiento pueden concurrir más de dos partes y cuyas notas definitorias son: (...) los socios no se intercambian prestaciones entre sí, sino que las aportan a un fondo común, no siendo de aplicación la excepción de incumplimiento contractual (Cód. Civ., art. 1201)” [12].

Incluso se ha señalado la inaplicabilidad de la excepción de incumplimiento contractual respecto a la sindicación de acciones (cuya naturaleza jurídica reviste también el carácter contractual plurilateral):

“i) que el Cód. Civ., en el art. 1201, ha «discriminado» intencionalmente entre contratos bilaterales y otras especies contractuales, confiriendo sólo a los contratos bilaterales la posibilidad de excepcionarse por incumplimiento;

ii) que, aun cuando el argumento anterior no se aceptase, la excepción no puede ser opuesta en la sindicación de acciones, ya que el funcionamiento de esta defensa substancial presupone la necesidad de obligaciones recíprocas. Esta calidad no se encuentra en los pactos sindicales, en los que cada sujeto contractual se vinculan —o mejor: interrelacionan— de manera no recíproca, sino que genera un sentido obligacional con respecto a todos los demás.

De manera similar Martorell: «Por tratarse de un contrato ‘plurilateral’, cada accionista sindicatario asume sus compromisos frente a ‘todos’ los restantes componentes del sindicato, y no queda liberado de las prestaciones comprometidas por el hecho de que uno de los coaligados haya faltado a sus deberes»[13];

iii) además, desde el punto de vista axiológico, admitir este tipo de excepciones en los convenios de accionistas obstaculizaría gravemente el funcionamiento del sindicato. En efecto, bastaría con que uno —uno sólo— de los sindicados no cumpla con alguna obligación —que debe ser importante según la doctrina civilista— para que ello conlleve un efecto en cascada pudiendo todos los restantes sindicados oponer la excepción, burlando el efecto vinculatorio de la sindicación” [14].

Por añadidura a estos fundamentos, y en relación al mismo específico instituto, se ha sostenido que “en los contratos asociativos no hay tal reciprocidad, sino que el contratante se ha obligado para con todo el resto de los sindicados. La aplicación de este remedio resultaría harto injusta e irrazonable, pues frente a la renuencia de un sindicado cualquiera de los otros podría a su vez adoptar la misma actitud, hasta tornar absolutamente ineficaz el sindicato”[15]. Otra conclusión, en igual sentido, expresa que “del carácter de contrato plurilateral surge la imposibilidad de aplicar: a) la exceptio non adimpleti contractus” [16].

La regla en este sentido es clara, la excepción de incumplimiento contractual no opera en los acuerdos preventivos extrajudiciales.

V. Excepción a la regla [arriba] -

Como he mencionado al comienzo, se ha escrito muy poco al respecto. Incluso en materia jurisprudencial, prácticamente no se han identificados pronunciamientos sobre esta cuestión.

En términos generales, es decir sobre la aplicabilidad de la excepción de incumplimiento a cualquier contrato plurilateral (no sólo a los acuerdos preventivos extrajudiciales), se han alzado voces que sustentan esta teoría. Se ha señalado que “siendo el de sociedad el más típico de esta especie lo tomamos como ejemplo, y considerando, de acuerdo a la actual corriente jurisprudencial, que los socios están facultados a exigir a sus consocios el cumplimiento de los aportes, resolver o excluir de la sociedad a los incumplidores, pensamos que en el mismo la excepción debe funcionar, pese a la importante corriente doctrinaria que niega tal efecto”[17].

Esta posición ha sido avalada, aunque con algunas limitaciones, al señalarse que “dicha aplicabilidad tiene que estar sujeta a ciertos recaudos, entre los que cabe considerar la importancia para el objeto social de la obligación del partícipe”[18]. También ha sido extendida a otros supuestos, en el caso de la propiedad horizontal, diciéndose que “el hecho de que se considere al reglamento de copropiedad como un contrato plurilateral no es óbice para la viabilidad de la excepción de incumplimiento”[19].

Incluso alguna jurisprudencia sostiene su aplicación, siempre referido al contrato plurilateral en términos generales, al resaltar que: “tiene plena vigencia el principio que preside la preservación del synallagma en todo contrato bilateral -explicitados en los arts. 510 y 1201, Cód. Civ.- en el contrato que vinculó a una cooperativa de viviendas con uno de sus cooperadores, toda vez que tanto la exceptio non adimpleti contractus como la no incursión en mora de un obligado ante el incumplimiento del otro en las obligaciones bilaterales, no son más que la manifestación inequívoca de la pluralidad de vínculos interdependientes existentes y, por otra parte, no son incompatibles con la naturaleza del acto cooperativo” [20].

Ahora bien, en especial referencia a la aplicación de la excepción de incumplimiento al específico caso de los contratos asociativos, también podemos encontrar algunas voces al respecto, aunque ciertamente con mayor dificultad. Es de destacar una expresión jurisdiccional que, en un contrato de sindicación de acciones, avaló la procedencia del instituto de la excepción de incumplimiento por cuanto “se ha demostrado que el actor trasgredió el pacto en lo que respecta al denominado «sindicato de voto» (...) la violación quedó finalmente consumada en los hechos, con el voto del Sr. Mansilla emitido en la Asamblea de la sociedad celebrada al día siguiente, en forma contraria a lo resuelto en la reunión del sindicato”[21].

En alusión a esta jurisprudencia, se ha respaldado su doctrina con fundamento en que “el pacto es fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre los firmantes, de manera tal que, respecto de todas las partes contratantes, debe ser celebrado, interpretado y cumplido de buena fe, respetando lo libremente acordado por las partes como la ley misma y dando lugar a que ante un incumplimiento grave, proceda la exceptio de non adimpleti contractus, según el art. 1201 del Cód. Civil”[22].

Lamentablemente, en ambos casos sólo se ha resuelto por la aplicación de la excepción de incumplimiento sin hacer referencia a la discusión que se plantea en torno al carácter plurilateral del contrato y la expresa regulación del instituo que refiere exclusivamente a los contratos bilaterales.

VI. La solución en el Cód. Civ. y Comercial Unificado [arriba] -

Siendo de público conocimiento la sanción del Cód. Civ. y Comercial Unificado[23], es relevante hacer algunas consideraciones sobre la regulación de esta temática en su plexo normativo.

En lo referente a la excepción de incumplimiento, se propone una nueva redacción la cual se encuentra configurada en el art. 1031 que versa: “Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.”

De la redacción literal de este artículo, se reitera la exigencia de un contrato bilateral con prestaciones simultáneas por lo que da a suponer que se estaría obviando la excepción a la regla que se señaló en el punto anterior de este trabajo. Para mayor abundamiento, se ha señalado que “en la frase inicial del art. 1031 se recoge el supuesto tradicional de la excepción de incumplimiento contractual, la regla según la cual nadie puede reclamar a otro el cumplimiento de una obligación si él mismo no ha cumplido con la obligación recíproca a su cargo”[24].

Por otro lado, en materia específica de contratos plurilaterales asociativos, se “incorpora cuatro tipos de contratos asociativos (arts. 1442/78):

- Negocios en participación
- Agrupación de cooperación
- Uniones transitorias
- Consorcios de cooperación” [25].

En lo que particularmente aquí interesa, el art. 1443 nos dice que “si las partes son más de DOS (2) la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquélla que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato”.

Si bien este artículo podría parecer novedoso, “en nuestro derecho societario existe una norma referida a los contratos plurilaterales, la del art. 16 LS, excepcionada por los arts. 93 y 94 bis, LGS. El art. 1443, CCC reproduce la previsión de ese art. 16, que mantiene la LGS, típico de los contratos plurilaterales funcionales (en oposición a los estructurales), sobre afectaciones vinculares que no alteran la relación de organización entre los restantes, «excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato»” [26].

Ahora bien volviendo al art. 1443 del Nuevo Cód. Civ. y Comercial, haciendo analogía, la regla sería el rechazo pero cabría la excepción cuando la prestación incumplida sea necesaria para la realización del objeto del contrato.

Siguiendo esta línea, un posible argumento para sostener su aplicabilidad sería la novedad que incorpora el Cód. Civ. y Comercial a la altura del art. 966 que establece una excepción al destacar que “las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales”.

Con lo expuesto hasta aquí, en especial los últimos párrafos, vemos como queda expresamente sorteada la problemática de la aplicabilidad de la excepción de incumplimiento contractual con una terminante y rotunda negativa cuando estos contratos son plurilaterales excepto que la prestación incumplida sea necesaria para la realización del objeto del contrato.

VII. Conclusión [arriba] -

En el entendimiento de que estaríamos frente a un contrato, sobre lo que no cabrían dudas es su condición de pluralateral. Rigen por tanto las consideraciones hasta aquí vertidas sobre la aplicabilidad de la excepción de incumplimiento. Se puede sostener su rechazo fundado en la literalidad de la propia norma, ex art. 1201 del Cód. Civ. y actual art. 1031 del Nuevo Cód. Civ. y Comercial, que lo consagra únicamente para los contratos bilaterales. O también se puede fundar, para justificar su procedencia, en la aplicación supletoria de las normas de los contratos bilaterales a los contratos plurilaterales en razón de lo normado en el art. 966 del Nuevo Cód. Civ. y Comercial.

En mi opinión personal, considero que no es procedente la excepción de incumplimiento por cuanto es clara la redacción del ex art. 1201 del Cód. Civ. en la bilateralidad exigida. Incluso el actual Cód. Civ. y Comercial no altera esta cuestión, y añade además en analogía una específica delimitación en el art. 1443 exceptuándolo solamente para el caso de que la prestación incumplida sea necesaria para la realización del objeto del contrato.

Notas [arriba] -

[1] Heredia, Pablo D., “El acuerdo preventivo extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25589”, Jurisprudencia Argentina, t. 2002-III, p. 1186.

[2] Golab, Jonathan D., “Sindicación de acciones y excepción de incumplimiento”, RADESO, IJ Editores, Nro. 4/2013, Cita: IJ-LXVII-448.

[3] Nedel, Oscar, Ley de concursos y quiebras comentada, La Ley, Buenos Aires, 2013, 3ª

edición, p. 404.

- [4] Molina Sandoval, Carlos A., Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 61.
- [5] Alegria, Héctor, “Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial (Ubicación sistemática y algunos efectos)”, La Ley, Sup. Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 2004 (noviembre), p. 49.
- [6] Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L., “Características especiales del APE, sus lagunas y la labor de la jurisprudencia”, La Ley, Sup. Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 2004 (noviembre), p. 36.
- [7] Fargosi, Horacio, “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales”, La Ley, Sup. CyQ 2002 (junio), p. 20. Ver también (sobre la base de los artículos citados por el autor de referencia): Enz, Gustavo, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, Rev. Derecho y Empresa, Universidad Austral, N° 4, p. 198; Provinciali, Renzo, “Novissimo Digesto Italiano”, Concordato stragiudiziali, v. III, p. 986; Segal, Rubén, Acuerdos preventivos extrajudiciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 65. En contrapartida, Molina Sandoval, Carlos A., ibídem, p. 65.
- [8] CNCom, Sala D, Servicios y Calidad S.A., 26-VIII-2004, Sup. Esp. Acuerdo Prev. Extrajudicial 2004 (noviembre), p. 139, Cita online: AR/JUR/2735/2004, del voto del Dr. Monti. Ver también: JNCom Nro. 17, Autopistas del Sol S.A., 29-XII-2003, Cita online: AR/JUR/6275/2003, del voto de la Dra. Villanueva.
- [9] Barbieri, Pablo Carlos, “Los sujetos concursables y la reforma del código civil y comercial”, Infojus, 30 de Diciembre de 2014, Id Infojus: DACF140903.
- [10] Leiva Fernández, Luis (Actualizador), en Spota, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, La Ley, Buenos Aires, 2009, 2ª edición, t. III, p. 587.
- [11] Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los contratos: parte general, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 215.
- [12] Garrone, José y Castro Sammartino, Mario, Ley de Sociedades Comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Cap. I, Sec. I, Art. 3.
- [13] Martorell, Ernesto, Tratado de los contratos de empresa, Depalma, 1997, t. 3, p. 158.
- [14] Molina Sandoval, Carlos, Tratado de las asambleas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 410.
- [15] Sánchez Herrero, Pedro, Sindicato de voto en las sociedades comerciales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 48.
- [16] Aicaga, Valentina “Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones”, en Abreu, Gustavo; Balbín, Sebastián y Aicaga, Valentina; (Coordinadores), Estudios de Derecho Comercial Moderno. En homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 135.
- [17] Gastaldi, José María y Centanaro, Esteban, Excepción de incumplimiento contractual, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 71.
- [18] Ariza, Ariel, “Excepción de incumplimiento contractual”, Jurisprudencia Argentina, t. 2010-I, p. 1420, nota 43.
- [19] Borda, Alejandro, “Excepción de incumplimiento contractual en un caso de propiedad horizontal”, La Ley, t. 2005-F, p. 217.
- [20] CNCiv, Sala A, 24-III-1987, El Derecho, t. 124, p. 147.
- [21] CNCom, Sala C, Mansilla, Jacinto Mártires c. Sindicato de Accionistas de TAPSA, 05-VI-2009, La Ley, t. 2009-F, p. 100, Cita Online AR/JUR/27793/2009.
- [22] Giovenco, Arturo, “El incumplimiento de los acuerdos de accionistas”, La Ley, t. 2009-F, p. 100.
- [23] Ley 26.994.
- [24] Hernández, Carlos y Trivisonno, Julieta, “Suspensión del contrato en el Proyecto de Código”, La Ley, t. 2012-E, p. 1067.
- [25] Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El proyecto de código civil y comercial de la Nación de 2012 y la ley de concursos”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs.

As., 13/12/2012, p. 1.

[26] Richard, Efraín “Contratos asociativos”, en Rivera, Julio César (Director), Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 769.

Publicación: Revista Argentina de Derecho Concursal

Número 11 - Septiembre 2015

Fecha: 30-09-2015 Cita: IJ-XCII-717