

El deber de renegociación del art. 1011 del Código Civil y Comercial

¿Es compatible con la facultad resolutoria prevista en el art. 20 de la LCQ?

Lucas Maderna

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Han pasado algunos años desde la reforma del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), sin embargo, continúan los interrogantes sobre la interpretación y los efectos prácticos de varias disposiciones que, por lo novedosas o contradictorias con otras figuras, han sido objeto de opiniones favorables o detractoras.

Una de las figuras del CCyC que mayor incertidumbre ha generado -al menos en materia de contratos- es aquella contemplada en el art. 1011 CCyC, pues de acuerdo a esta norma, quien decide la rescisión de un contrato de duración, tiene el deber de otorgar a la parte no rescindente la oportunidad razonable renegociar de buena fe el contrato, lo que a primera vista parece atentar contra el consagrado principio de libre rescindibilidad.

Por su parte, en el ámbito del derecho concursal, existe un debate doctrinario y jurisprudencial desde hace tiempo, que enfrenta a destacados autores, y es el relativo al ámbito de aplicación del art. 20 LCQ, que expresa: “El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes...”. A grandes rasgos, podemos mencionar a aquellos que consideran que los contratos de duración (también llamados contratos “de ejecución continuada”, “fluyentes” o “de tracto sucesivo”) quedan bajo la órbita del mencionado artículo, y por el otro, aquellos que consideran lo contrario. La realidad demuestra que, la elección de uno u otro camino tiene -por lógica- distintas consecuencias en cuanto al modo de extinguir aquellas relaciones preexistentes al concurso, las cuales serán brevemente expuestas infra.

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento concursal no fue sujeto -como consecuencia de la unificación de la legislación civil y comercial- a una reforma integral o significativa, pareciera, sin embargo, haber sufrido ciertos cambios, algunos de los cuales fueron prontamente detectados por los estudiosos de la materia. Por el contrario, otras disposiciones del nuevo ordenamiento -de posible impacto en el ámbito concursal- no han recibido el debido tratamiento que merecen.

En particular, este trabajo centrará su estudio en la incidencia que puede tener el deber de renegociación previsto en el art. 1011 CCyC respecto los contratos de duración en los cuales, estando plenamente vigentes, sobreviene el concurso de una de las partes, y una de éstas pretende ponerle fin, dentro del marco del art. 20 LCQ. Sin ánimo de adelantarme a las conclusiones arribadas, advertirá el lector que, las soluciones aquí propuestas pretenden lograr coherencia entre los principios rectores que inspiraron la normativa concursal y el recientemente incorporado deber de renegociar, interpretados de manera sistemática.

II. Efectos del concurso preventivo sobre los contratos de duración [\[arriba\]](#)

II.a) Los contratos de duración

Entre todas las clasificaciones elaboradas por la doctrina en materia de contratos, corresponde aquí, para una mejor comprensión de la figura bajo análisis, hacer referencia sólo a algunas de ellas, para disipar cualquier duda respecto de la noción de contrato de duración. En efecto, se distingue entre:

- Contratos de ejecución inmediata o ejecución diferida, según exista o no plazo inicial para la ejecución de las prestaciones.

- Contratos de ejecución instantánea o continuada (también llamados de ejecución periódica, tracto sucesivo, o de duración). Los primeros, son aquellos contratos donde el cumplimiento de las prestaciones es susceptible de agotarse en un solo y único acto. Por el contrario, en los segundos, la ejecución de las prestaciones se prolonga en el tiempo. Bien se ha dicho, respecto de estos últimos -tracto sucesivo- que el tiempo no es una mera modalidad de ejecución, sino que entraña una condición esencial para que se produzcan los efectos queridos por las partes y se satisfagan sus intereses. Es más, tan decisivo es el elemento que en ocasiones se les fija un término determinado de ejecución, y en otras, se lo soslaya, lo que habilita a pensar que los otorgantes presumen vincularse por períodos muy prolongados[1].

II.b) Ajustada exposición de la problemática que gira en torno al art. 20 LCQ

El art. 20 del microsistema concursal se ocupa del tratamiento que cabe a los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes, en caso de concursamiento de una de las partes. En la doctrina y en la jurisprudencia no existe consenso sobre el alcance de esta norma -en particular, si se aplica o no, a los contratos de duración- lo que ha dado lugar a un extenso debate que sería imposible de reproducir en este acotado estudio, pero a los efectos del presente trabajo, se puede sintetizar de la siguiente manera:

La norma bajo análisis comienza su leyenda expresando que “El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes...”

Es decir que, para determinar los contratos incluidos en la órbita del art. 20 LCQ, resulta esencial el alcance otorgado a las expresiones “contratos en curso de ejecución” y “prestaciones recíprocas pendientes”.

Los contratos en curso de ejecución a los que refiere la norma son aquellos que han sido celebrados por las partes, encontrándose éstas plenamente habilitadas para disponer libremente de su patrimonio, y que, durante la vigencia del mismo, sobreviene la presentación en concurso de uno de los contratantes[2].

En cuanto a las prestaciones recíprocas pendientes, señala Roitman “Estos contratos no son otros que los contratos bilaterales definidos por el art. 1138 del Código Civil[3]; aquellos que al momento de su celebración o perfeccionamiento engendran obligaciones recíprocas, o sea para todas las partes intervinientes”.

Cámara, incluye dentro a “todos los contratos formalizados por el deudor antes de la presentación judicial donde existan prestaciones recíprocas pendientes”. [4] Por su parte, Lorente, entiende que quedan incluidas en aquella expresión “los contratos de ejecución continuada o de duración, en donde el concursado y el tercero son a la

vez acreedor y deudor respectivamente de obligaciones asumidas en dicho contrato”. [5]

De lo expuesto se observa que, los mencionados autores -que junto a otros conforman la posición mayoritaria- incluyen a los contratos de naturaleza continuada o fluyente dentro del régimen del art. 20 LCQ.

Del otro lado, se ubican quienes interpretan que dentro el art. 20 LCQ “sólo incluye a los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes de ejecución diferida y no a los contratos en curso de ejecución de naturaleza continuada o fluyente”. [6]

Esta posición es compartida por Heredia[7], para quien el art. 20 hace referencia a un estado en que se encuentran las prestaciones, no a una categoría especial de contratos. Por tanto, señala que “pendientes” significa que se trata de prestaciones aun no cumplidas, por tanto, no cabría la aplicación del art. 20 LCQ a los contratos de ejecución continuada o fluyente, en virtud de que, en estos, las prestaciones se reiteran y, en consecuencia, no se encuentran pendientes y diferidas en el tiempo.

Ahora bien, que los contratos de duración no queden comprendidos en la norma del art. 20 LCQ, implica que dichos contratos se regirán por el derecho común, por ello, ante un supuesto de resolución contractual, la concursada deberá reparar los daños ocasionados cuando no haya invocado ni acreditado la existencia de causales exonerativas o que existió incumplimiento de la otra parte[8].

Sin perjuicio de las fundadas opiniones que apoyan esta última posición, el hecho de que el art. 20 LCQ no distinga entre contratos con prestaciones instantáneas o fluyentes, me lleva a coincidir con aquellos que postulan que los contratos de duración quedan comprendidos en la mencionada norma, siempre y cuando, dichos contratos se encuentren en curso de ejecución y ambas partes -concurtido y contratante in bonis- se deban algo[9]. Además, teniendo en cuenta que los contratos fuera de la órbita del 20 LCQ se rigen por las normas del derecho común, el incumplimiento del concursado podrá derivar en daños y perjuicios que afectarían indudablemente la masa concursal y consecuentemente los intereses de los acreedores y la continuación de la empresa. En fin, someter estos contratos a lo normado por el art. 20 LCQ otorga un marco de mayor previsibilidad, y facilita la reestructuración del concursado[10].

II.c) Sobre la facultad resolutoria que prescribe el art. 20 LCQ

El régimen que prevé el artículo de referencia -sobre cual se ha tomado posición en el apartado anterior respecto de los contratos fluyentes- otorga al deudor concursado la potestad de continuar los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes, previa vista al síndico y resolución del juez, dentro de los 30 días de la sentencia de apertura. Asimismo, aunque la ley no lo dice, tanto la doctrina como la jurisprudencia han manifestado que, durante dicho plazo, tiene también la facultad de resolverlos[11].

Asimismo, establece que, transcurridos los 30 días, si el concursado no le hubiese comunicado la continuación -o la resolución- al contratante in bonis, éste podrá resolver el contrato. Se ha postulado -aunque tampoco surge de la ley- que el cocontratante tiene derecho a solicitar la continuación del contrato, aunque siempre

se requerirá la conformidad del deudor, sobre quien reposa la facultad de decidir la continuación[12].

Para explicar esta facultad extintiva, los autores han utilizado indistintamente los términos rescisión o resolución[13]. Quienes sostienen que se trata de un caso de rescisión, parecen apoyarse en la idea de que la presentación en concurso no importa incumplimiento (lo cual es cierto), sin embargo, parecen soslayar que existen numerosos casos de resolución sin incumplimiento (vg. Cumplimiento de la condición resolutoria, resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, resolución por frustración del fin, resolución por ministerio de la ley, etc.). Y la resolución a la que refiere el art. 20 LCQ, es un modo de resolución autónomo -por disposición de la ley- que no implica incumplimiento. Cabe esta aclaración, en virtud de que los efectos de una u otra figura son distintos, y deben ser compatibilizados con el régimen concursal.[14]

III. Interpretación sobre el alcance del artículo 1011 CCyC [\[arriba\]](#)

El tercer párrafo del artículo bajo análisis dispone: “La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

La aparición de este novedoso instituto -a nivel local y comparado- incorporado a nuestra legislación unificada de derecho privado, ha llamado la atención desde que el mismo pareciera poner en jaque el “principio de libre rescindibilidad”, consagrado hace tiempo en el leading case “Automotores Saavedra c/ Fiat” y receptado en diversos artículos del CCyC, lo que lleva al laborioso desafío de armonizar estas disposiciones.

Sánchez Herrero, quien trata acabadamente la cuestión, identifica tres interpretaciones del artículo, las cuales van desde negarle toda operatividad (lo que de por sí es indeseable) hasta la aceptación de que consagra un deber formal y sustancial de renegociar (lo que implica “llevarse puesto” el derecho de libre rescisión incausada), pasando por la versión intermedia de que sólo se ha establecido un deber formal de renegociación (lo que priva de mayor eficacia a la norma, que quedaría desvirtuada con una simple renegociación para la galería)[15].

El mencionado autor continúa su desarrollo indicando que la rescisión unilateral puede ser liberatoria, penitencial o protectoria. Así, mientras las dos primeras comparten una cualidad, pues ambas son incausadas, la última encuentra su razón de ser en la protección del contratante rescindente, ante el acaecimiento de un hecho sobrevenido que, al alterar algún elemento o aspecto asumido o presupuesto al celebrar el contrato, afecta o puede afectar negativamente sus intereses. De lo expuesto se sigue que la rescisión protectoria es causada, y es justamente esta causa la que posibilita su compatibilización con la facultad de renegociar que dispone del tercer párrafo del 1011[16].

Es decir, el deber de renegociar sólo es exigible en los casos de rescisión protectoria.

La solución esbozada parece la más moralizadora. Es claro que, la obligación de renegociar se tiene que corresponder con una situación afectante del vínculo, puesto que ello explica la necesidad de desplegar un hacer para reencauzar la relación[17].

Pareciera, pues, que la norma ha querido contemplar una solución a aquellos casos donde la extinción del vínculo encuentra fundamento en una causa que afecta la situación de una de las partes, pero que dicha contingencia no la constituye el incumplimiento de la otra. Entonces, si lo que busca la renegociación es superar a través de la colaboración una situación disvaliosa para los intereses de una de las partes, mal puede sostenerse su aplicación a los casos de rescisión incausada.

Por el contrario -aunque no surja de la norma, pues solo se refiere a los casos de “rescisión”- el deber de renegociar encontraría, por analogía, mayor fundamento y sensatez en otros institutos donde la “resolución” se impone como salida, tal es el caso de la frustración de la finalidad y la imprevisión. Y huelga preguntarse, si esta solución es compatible con la facultad “resolutoria” que prevé el art. 20 LCQ.

IV. Renegociación en los contratos de duración en situación concursal [\[arriba\]](#)

No quedan dudas de que la presentación en concurso no implica incumplimiento por parte del deudor, y tampoco caben dudas que la situación concursal no causa per se la resolución de los contratos en curso de ejecución.

Se ha visto que el concursado -a pesar de que el art. 20 LCQ no lo dice-puede solicitar la resolución del contrato, dentro de los 30 días de la sentencia de apertura. Y, el contratante in bonis puede resolver si no le fuera comunicada la continuación dentro de los 30 días.

Ahora bien ¿existe deber de renegociar en estos casos? Veamos:

La renegociación se justifica en aquellos casos donde sobreviene una circunstancia que afecta el vínculo contractual de carácter continuado, y sin dudas, la presentación en concurso por parte de uno de los contratantes desvirtúa el desarrollo normal de la relación. Pero, no pueden pasar desapercibidos los principios básicos del sistema concursal, que se traducen en la imperatividad de sus normas, redactadas por el legislador en atención a los intereses del deudor concursado, de sus acreedores y de la empresa comprometida por la insolvencia,[18]por tanto las soluciones deben buscarse atendiendo -en lo posible- estos tres intereses, y las reglas de la justicia distributiva, que caracterizan a este sistema.

IV.a) Resolución por parte del concursado

La situación se presentará en el caso en que el deudor pretenda la extinción del contrato dentro de los 30 días y el contratante in bonis desee continuar con el mismo.

Se ha planteado lo siguiente ¿el concursado, tiene derecho a resolver el contrato, o sólo a solicitar su resolución? Calificada doctrina entiende que, cuando el concursado solicita la resolución, el juez carece de facultad para hacer lugar o no al pedido del deudor, lo que debe ser entendido como la imposibilidad del juez de obligar al concursado a cumplir con un contrato del cual ha manifestado su voluntad de resolver, destacando que la ley exige la autorización sólo respecto de la solicitud de continuación[19]. Ahora bien, no deben perderse de vista los resultados disvaliosos que podrían derivar de la aplicación de lo postulado, pues tal solución daría lugar a que se utilice la fórmula concursal como negocio indirecto para deshacerse de ciertos contratos -que podrían ser, incluso, de interés para el concurso- sin incurrir en incumplimiento. En efecto, parece más respetuoso de los intereses de la masa de

acreedores y del principio de conservación de la empresa, que el deudor solicite la resolución al juez, y que al igual que en la solicitud de continuación -escuchando al concursado y a la sindicatura- haga o no, lugar a la resolución de manera fundada.

En cuanto al deber de renegociar los términos del contrato, parece acertada la solución propuesta por García al concluir que, si la voluntad resolutive manifestada por el concursado, encuentra su causa en la necesidad de atender a la conservación de la empresa -porque el contrato es disvalioso a esos fines- este principio rector adquiere preponderancia por sobre el deber de colaboración entre las partes, y la pretensión de resolución del concursado basada en la norma del art.20 LCQ adquiriría prevalencia por sobre el art. 1011 CCyC. No existirá en tal caso para el concursado, deber de conferir al tercero la oportunidad de renegociar. Pero si pudiera comprobarse que la renegociación pretendida por el tercero colabora con el principio de conservación de la empresa y del contrato mismo, la conclusión podría ser inversa[20].

IV.b) Resolución por parte del contratante in bonis

El deber de renegociación no tendría lugar en este supuesto. A dicha solución, se arriba, luego de contemplar la letra y el espíritu de los artículos 20 LCQ y 1011 CCyC.

El art. 20 LCQ, otorga al concursado -por el plazo de 30 días- la facultad exclusiva de solicitar la continuación del contrato, sin que pueda ser compelido a solicitar la continuación, pues ni el juez ni la sindicatura, pueden suplir la voluntad del deudor. Si dentro de ese plazo el concursado no solicita ni la autorización para continuarlo, ni para resolverlo, es lógico que la ley le reconozca al contratante in bonis la facultad de resolver, pues lo contrario implicaría una incertidumbre sine die.

Entonces ¿se justifica el deber de renegociar?, la negativa se impone si se tiene en cuenta que el concursado tuvo 30 días, no para renegociar, sino para decidir -sin la intervención de su cocontratante- la continuación, incluso en los mismos términos.

Esta solución no importa un desconocimiento del interés del deudor concursado, pues éste ya se encuentra suficientemente tutelado por la norma del 20 LCQ, al contar con un plazo exclusivo para forzar la continuación del contrato.

Se ha visto en el punto III.- la finalidad del deber de renegociación del art. 1011 CCyC, y el mismo consiste en cooperar de buena fe a los fines de que el contratante no rescindente no se vea perjudicado por la abrupta extinción del vínculo -sin que haya habido incumplimiento- si existe la posibilidad de reencausar el contrato. Empero, este no es el caso. Pues la normativa especial ya protege acabadamente al deudor, al brindarle la oportunidad de instar el destino del contrato (continuación o resolución) de manera exclusiva por 30 días, y por ende exigir al cocontratante que luego de esos 30 días otorgue al deudor la oportunidad de renegociar el contrato, importaría desnaturalizar los fines de la figura y premiaría la inacción del deudor, en perjuicio del contratante in bonis que ejerce una facultad legal.

V. Comentarios finales [\[arriba\]](#)

La redacción de las normas analizadas, lejos de brindar soluciones claras, han derivado en conflictos de interpretación. Mientras que la disposición del art. 20 LCQ cuenta con dos posiciones ampliamente arraigadas, y muy distintas ente sí, no

existen certezas ni posiciones firmes respecto del novel art. 1011 CCyC, que sin dudas traerá varios dolores de cabeza.

En cuanto a la armonización de ambas normas, claro está, que no es tarea fácil, y tratándose de preceptos conflictivos, probablemente los criterios judiciales colisionarán hasta lograr soluciones conciliadoras.

Asimismo, el esfuerzo es doble, pues la norma del 1011 CCyC, fue elaborada teniendo en cuenta la justicia conmutativa, y es sabido que el sistema concursal sólo puede funcionar con base en la justicia distributiva. Por tanto, los operadores del derecho tienen el laborioso deber de interpretar correctamente la finalidad del deber de renegociación y compatibilizarlo con la norma del art. 20 LCQ y los principios rectores de la ley concursal -que nunca están de más recordar- tendientes a salvaguardar los intereses del concursado, los acreedores y la conservación de la empresa en crisis.

Lo expuesto ha sido el objetivo del presente trabajo, que -logrado o no- es sólo un modo de colaborar modestamente con algunas conclusiones provisorias, a un tema que probablemente tendrá lugar en los concursos que se avecinan.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] FREYTES, Alejandro E., La rescisión unilateral y los contratos de duración, La Ley, cita online: AR/DOC/4138/2011.

[2] Cfr. ROITMAN, Horacio., Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 53 y 61.

[3] Hoy, art. 966 CCyC.

[4] CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. 1. Pág. 538. ROITMAN, ob. cit. pág. 45, entre otros.

[5] LORENTE, Javier, Efectos del concurso preventivo sobre los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes, en Derecho concursal argentino e iberoamericano, Mar del Plata, diciembre de 1997, en ROITMAN, ob. cit. pág.45.

[6] GARCÍA CUERVA, Hector, Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a la explotación comercial. HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, T° 1, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[7] Cfr. HEREDIA, Pablo D. Tratado exegético de derecho concursal, T° 1, pág. 512, Depalma, Buenos Aires, 2005.

[8] Así se ha manifestado en autos: CNCom., sala E, 28-8.92, Sociedad Española de Beneficiencia s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de Revisión por cía. San Jorge de Carruajes S.A.

[9] Cfr. RUBÍN, Miguel E., “Los contratos fluyentes ¿Entran dentro de la previsión del art. 20, ley de concursos y quiebras?” , en Revista de Derecho Comercial (RDCO), t. 2004-4, pág. 737; ROMANO, Alberto A., “Algunas reflexiones sobre concurso preventivo y contrato con prestaciones recíprocas pendientes”, en Revista de Sociedades y Concursos, Ricardo A. Nissen (dir.), nro. 19, noviembre / diciembre 2002, Ed. Ad-Hoc, págs. 29 y ss, citado GARAT, Matías, El contrato de leasing frente al concurso preventivo o quiebra del tomador, Revista Argentina de derecho Empresario n° 9, 20.04.11, cita: IJ-VL-158.

- [10] SÁNCHEZ HERRERO, Andrés. Tratado de la resolución de los contratos por incumplimiento, Tomo II, La Ley, 2015, págs. 722.
- [11], Ley de Concursos y Quiebras Comentada - Tomo I, pgs. 548 y 549. CÁMARA, ob. cit. pág. 538; QUINTANA FERREYRA, Concursos. Ley N° 19.551. Comentada, anotada y concordada, p. 267; RUBÍN, Concurso preventivo: contratos con prestaciones recíprocas pendientes: reforma Ley N° 24.522, en E.D. 168-1156, CNCom, sala A, 24-11-89, in re “Pirillo s/ Quiebra s/ Incidente de revisión por Blankeley, Marcos”, en RIVERA-ROITMAN-VÍTOLO, Ley de Concursos y Quiebras, Tomo I, págs. 548 y 549.
- [12] Se han expresado a favor, ROITMAN, ob. cit. pág.115, ORALLO, Verónica, Los efectos del concurso sobre los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, en Rouillon, Derecho Concursal, La Ley, 2004 y FUSARO, Bertelio. Concursos. Teoría y práctica de la ley 19.551. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- [13] Véase, CÁMARA, ob cit. pág. 541, habla de “rescisión”, ROITMAN, ob. cit. págs. 74, 75,75,77, refiere a “resolución”, QUINTANA FERREYRA, ob. cit. , Tomo I, pág. 267, utiliza el término “resolución”, GARCÍA, Silvana, Armonización de normas: art. 20 LCQ y art. 1011 CCyC. Una nueva alternativa en el régimen de opciones. X Congreso Argentino de derecho concursal, VIII Congreso iberoamericano de la insolvencia, Tomo 1, Universidad del litoral, 17,18 y 19 de octubre de 2018.
- [14] Véase, SÁNCHEZ HERRERO, pág. 717 y ss..
- [15] SÁNCHEZ HERRERO, Andrés. La rescisión unilateral de los contratos de duración y el deber de renegociar, La Ley, año LXXXIIN°53, 2018 - B, pág. 4.
- [16] Para ver ejemplos de rescisión causada (o protectoria), véase SÁNCHEZ HERRERO, ob. cit. págs. 4 y 5.
- [17] LORENZETTI, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal-Culzoni, Tomo V, pág. 751.
- [18] ROUILLON, Adolfo, Régimen de concursos y quiebras. Ley N° 24.522, complementaria del Código Civil y Comercial. 17° edición, Astrea, Buenos Aires, 2015, pág. 13.
- [19] Opinión sostenida por ROITMAN, ob. cit. pág. 75 y DI TULLIO, MACAGNO y CHIAVASSA, Concursos y quiebras. Reformas a las Leyes N° 25.563 y 25.589, Lexisnexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 174.
- [20] Cfr. GARCÍA, Silvana, ob. cit.