

EXISTENCIA Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIAR LA EXTINCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO¹

Andrés Sánchez Herrero

Universidad Austral

andres@sanchezherrero.com.ar

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.san>

Recibido: 24/07/2025

Aceptado: 10/11/2025

Resumen

El tercer párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial de la Argentina impone a la parte que quiere rescindir un contrato de duración la obligación de renegociar el tema previamente. El texto ha generado posturas encontradas en cuanto a su ámbito de aplicación y a las conductas que prescribe. El autor propone interpretarlo con el siguiente alcance:

- La norma impone un deber formal y sustancial al rescindente, quien no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar, sino que, además, debe llevar a cabo la negociación de manera razonable (lo que incluye desistir de su voluntad extintiva si la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses).
- Así entendida la norma, no puede ser aplicada ni a la rescisión liberatoria ni a la penitencial (es decir, a la rescisión incausada en ninguna de sus especies). Esto es así no solo por las dificultades prácticas inherentes a su implementación, sino, sobre todo, porque implicaría requerirle al rescindente una justa causa para apartarse de una relación contractual, lo que contradice su derecho a abandonarla de manera incausada, con raigambre constitucional.
- Por ende, el tercer párrafo del art. 1011 del Código Civil y Comercial solo se aplica a la rescisión protectoria (que es causada), no a la liberatoria ni a la penitencial (que son incausadas). Tampoco, lógicamente, a la basada en un incumplimiento.
- La obligación de renegociar alcanza a todo tipo de extinción protectoria, bien sea que la norma que la consagra la llame “rescisión” o de otro modo.
- Incluso en lo que respecta a la extinción protectoria, la obligación de renegociar solo existe en la medida en que sea compatible con la regulación específica prevista para el tipo de extinción en particular de que se trate.

1 El presente artículo ha sido remitido a la *Revista Jurídica Austral* y luego publicado como parte de la obra: Sánchez Herrero, A. (agosto de 2025). *Extinción unilateral del contrato y su renegociación*. La Ley.

Palabras clave: Código Civil y Comercial, Argentina, rescisión unilateral del contrato, obligación de renegociar, artículo 1011.

Existence and Scope of the Obligation to Renegotiate the Unilateral Termination of the Contract

Abstract

The third paragraph of section 1011 of the Argentine Civil and Commercial Code imposes on the party that wants to terminate a term contract the obligation to renegotiate the matter beforehand. The text has generated conflicting positions as to its scope of application and the conducts it prescribes. The author proposes to interpret it with the following scope:

- The rule imposes a formal and substantial duty on the terminating party, who must not only give the other party the opportunity to renegotiate, but must also carry out the negotiation in a reasonable manner (which includes desisting from its extinctive will if the other party makes it a proposal that reasonably satisfies its interests).
- Thus understood, the rule cannot be applied neither to the termination in discharge nor to the penitential termination (i.e., to the termination without cause, in any of its species). This is so not only because of the practical difficulties inherent to its implementation, but, above all, because it would imply requiring the terminating party to show just cause to withdraw from a contractual relationship, which contradicts its right to abandon it without cause, which is rooted in the Constitution.
- Therefore, the third paragraph of section 1011 of the Civil and Commercial Code only applies to the protective termination (which is caused), not to the liberatory or penitential termination (which are uncaused). Neither, logically, to the one based on a breach.
- The obligation to renegotiate extends to all types of protective termination, whether the rule enshrining it calls it “termination” or otherwise.
- Even with respect to protective termination, the obligation to renegotiate exists only to the extent that it is compatible with the specific regulation foreseen for the particular type of termination in question.

Key words: Civil and Commercial Code, Argentina, unilateral termination of contract, obligation to renegotiate, Article 1011.

1. Introducción²

El Código Civil y Comercial (CCyC) dedica un artículo —el 1011— a los “contratos de larga duración”, según la denominación adoptada por el legislador.

2 Agradezco los valiosos aportes de Ignacio Alterini, Maximiliano Calderón, Juan Cianciardo, Roberto Grané, Carlos Hernández, Pedro Rivas Palá, Pedro Sánchez Herrero, Diego Serebrinsky, Fernando M. Toller y Manuel Usandizaga.

Entre otras cuestiones, se refiere a su rescisión. Dispone lo siguiente:

En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

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.

En primer lugar, la norma establece que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto de estos contratos, a fin de que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Este es uno de los fundamentos normativos de la exigibilidad de la duración mínima en esta categoría de contratos.

En el párrafo que sigue, se hace hincapié en los deberes de colaboración. Lógicamente, esto no implica que en los demás contratos no tengan gravitación alguna: la tienen, pero, en términos relativos, su incidencia suele ser menor. Uno de los ámbitos principales en los que la buena fe se manifiesta es en la extinción unilateral de estos contratos, aunque asume manifestaciones muy distintas según el subtipo de extinción del que se trate.

Finalmente, en el tercer párrafo se hace referencia a la rescisión unilateral.

En lo que sigue, analizaré solo esto último. El texto ha generado posturas encontradas en cuanto a su ámbito de aplicación y a las conductas que prescribe. Hasta hay quienes le niegan toda virtualidad. Ante este cuadro, avanzaré en dos etapas: en este artículo, entraré de lleno en la polémica y referiré mi posición; en el que sigue, haré un análisis sistemático del tema sobre la base de lo previamente concluido. Lo destaco: el segundo artículo no es por completo independiente del primero, por lo que recomiendo la lectura de ambos. Si bien he procurado facilitar el asunto mediante remisiones puntuales del segundo al primero, no creo que con estas alcance para comprender cabalmente el tema.

2. Antecedentes y derecho comparado

Según los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016, “[e]n caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato” (art. 6.2.3.).

A pesar de la redacción (“puede reclamar”), la lectura integral del artículo pone en evidencia que la renegociación es un paso previo que debe transitar la parte perjudicada que pretende la adecuación o extinción del contrato. En efecto, más adelante se agrega que “[e]n caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal”.

El acceso al tribunal está supeditado a que no se haya llegado a un acuerdo, lo cual presupone que la parte perjudicada impulsó la renegociación, más allá de que esta haya fracasado.

El cuadro es similar en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Según su art. 6:111, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación del contrato o de ponerle fin.

Más adelante se agrega que “[s]i en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato [...]. (b) O adaptarlo [...]”.

El deber de renegociar también está previsto y, con esta misma mecánica, en el Código Civil de Francia (art. 1195, reformado en 2016) y en el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (arts. 97.1 y 157). Lo mismo en el Código Civil de Rumania (art. 1271), donde se lo aborda como una carga del contratante perjudicado por la imprevisión, quien solo puede ir por la adecuación o la resolución del contrato si previamente intentó, sin éxito, renegociarlo.

En lo que hace al ámbito nacional, en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial no se menciona ningún antecedente del art. 1011. Tampoco había nada previsto en este sentido en el Proyecto de 1998, su fuente principal, ni en los demás proyectos de reforma al Código Civil o al Código de Comercio que lo precedieron. Sí en la doctrina, en la que se destaca el abordaje del tema en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003). *De lege lata*, se concluyó lo siguiente:

La renegociación es un remedio contractual tendiente al mantenimiento y adecuación del acto a circunstancias sobrevenidas, correspondiendo su ubicación en los efectos de los contratos.³

La obligación de renegociar puede derivar de una cláusula expresa del contrato, de una disposición de la ley o como deber emergente del principio general de buena fe.⁴

3 Conclusión n.º 9, por unanimidad.

4 Conclusión n.º 10, por mayoría.

En todas las fuentes citadas, la obligación de renegociar está prevista ante un desequilibrio o un cambio de circunstancias sobrevenido, con un doble alcance:

- 1) como obligación de la parte no perjudicada, y
- 2) como carga de la parte perjudicada, como paso previo a la adecuación o resolución del contrato.⁵

Lo más importante de estos precedentes es el contexto: la obligación de renegociar solo se plantea en el marco de la revisión del contrato por un cambio sobreviniente de circunstancias, no en el de la extinción unilateral incausada de los contratos (cuya aplicación más frecuente tiene lugar respecto de los contratos de duración indeterminada).

Interpretado literalmente, entonces (esto es, como abarcativo de todo tipo de extinción unilateral, ya sea causada o incausada), el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC no tiene antecedentes ni en nuestro país ni en el extranjero (Heredia, 2022).⁶

3. Aclaración terminológica y conceptual

En lo que hace a la extinción unilateral del contrato, la terminología adoptada por el legislador es errática y contradictoria (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 12-28). Lo es cuando se refiere a esta categoría en general y también en lo que respecta a sus distintos tipos, especies o clases. Por esta razón, he optado por priorizar lo sustancial y relativizar al máximo la incidencia de los términos usados en la ley en cada caso para aludir a la extinción. Así lo haré también en lo que respecta al art. 1011 del CCyC. De todos modos, como este habla de “rescisión”, al interpretarlo me centraré en este “tipo” de extinción unilateral, y recién más adelante volveré a aplicar sin ninguna restricción el criterio sustantivo adoptado. Anticipo la idea central: la obligación de renegociar existe solo ante cierto tipo de extinción unilateral, y esto no depende del nombre adoptado en cada caso por el legislador para identificarla, sino de sus propiedades sustanciales.

5 Esto último, solo en las leyes y modelos legislativos citados, no en las Jornadas, en las que solo se hizo referencia a lo primero.

6 “El último párrafo del art. 1011 se muestra como verdaderamente huérfano de antecedentes” (Heredia, 2022, p. 143).

4. Sentido y alcance del tercer párrafo del artículo 1011 del CCyC

4.1 Las tesis en pugna

Según este artículo, la parte que rescinde “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

Su alcance no es claro (Rivera et al., 2017).⁷ En los contratos de duración indeterminada, ¿la rescisión sigue siendo libre? ¿En qué consiste la negociación de buena fe? ¿Es una mera exigencia formal o implica algo más? ¿Qué hay del estándar del ejercicio no abusivo? ¿Se sigue aplicando el criterio de la libre rescindibilidad unilateral e incausada, consolidado desde hace décadas a partir de su consagración en el caso *Saavedra c/ Fiat* y positivizado en numerosas normas del CCyC? ¿O ahora hay algo más, un requisito adicional: el deber de renegociar? De ser así, ¿qué alcance tiene?

El art. 1011 del CCyC introduce una clara tensión con el principio de la libre extinguibilidad de los contratos de duración indeterminada. Según cómo se lo interprete, podría implicar la virtual derogación de este principio.

Para avanzar en el análisis, partiré de un caso:

- A y B celebran un contrato de licencia de tecnología de duración indeterminada.

- A es el licenciante; y B, el licenciataria.

- Como regalía, B debe pagarle a A el 4% de su facturación bruta.

- Al quinto año de ejecución pacífica del contrato, A lo extingue sin causa.

Otorga un preaviso de ocho meses.

- En función de las circunstancias del caso, esos cinco años y ocho meses fueron más que suficientes para que B pudiese amortizar su inversión y obtener una rentabilidad razonable; de hecho, así ocurrió.

- Además, considerando las circunstancias, el preaviso ha sido razonable en cuanto a su extensión.

- Por lo tanto, aplicando los parámetros tradicionales, estaríamos ante una extinción legítima y no abusiva. Sin embargo, B invoca el art. 1011 y acusa a A de no haberle dado “oportunidad razonable de renegociar de buena fe” y de haber incurrido en un “ejercicio abusivo de los derechos”.

Introduzco una variante:

- Antes de extinguir el contrato, A le informa a B su intención, a los efectos de que, si está interesado, renegocien la cuestión en los términos del art. 1011 del CCyC.

7 Rivera (2017) califica al texto legal como “oscuro” (p. 520).

- Se inicia el proceso referido, durante el cual ambos contratantes participan activamente.

- En este marco, A señala que la relación contractual le genera pérdidas porque la regalía es muy baja. En concreto, según A, el problema es que la facturación de B está sensiblemente por debajo de lo que él (A) esperaba, lo que transitivamente afecta las regalías (“los cuatro puntos no me cierran”).

- Ante esta encrucijada, B le ofrece pagar una regalía equivalente al 7% de la facturación (es decir, tres puntos por encima de lo que venía pagando).

- Esta propuesta es objetivamente apta para paliar los quebrantos que el contrato le genera a A, esto es, para satisfacer los intereses que lo llevaron a contratar.

- A pesar de todo, A rechaza la propuesta de B.

- Este último manifiesta que no está en condiciones de mejorarla.

- Así las cosas, y dando por finalizada la renegociación, A extingue el contrato, a cuyo efecto otorga un preaviso de ocho meses.

- B cuestiona la extinción invocando que A, al rechazar su más que razonable propuesta, incumplió el art. 1011.

En suma:

- en la primera versión del caso, A extingue el contrato directamente (aunque da un preaviso de ocho meses);

- en la segunda, A propicia la renegociación y participa activamente de ella, aunque al final rechaza la propuesta de B y extingue el contrato (también dando un preaviso de ocho meses).

Hasta aquí, el caso en sus dos variantes. ¿Cómo encuadrarlas? ¿Tiene razón B? De ser así, ¿qué consecuencias tendría esta calificación? Las respuestas dependen de cómo interpretemos el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC:

I) Hay quienes consideran que es una mera expresión de deseos del legislador, carente de incidencia práctica, de valor regulativo. Por lo tanto, y en relación con el caso planteado, nada podría objetarse a A.

II) Para otros, en cambio, es posible interpretar la norma de modo tal que sea aplicada. A su vez, dentro de esta línea, se la ha interpretado en varios sentidos:

II.1) Primera interpretación: la norma impone un deber formal

Según esta tesis, quien ha decidido extinguir un contrato debe informarle su intención al otro contratante, y no puede ponerle fin sino después de haber intentado renegociarlo o al menos haber permitido que la otra parte lo intentase. Solo podrá extinguirlo si la renegociación fracasa, y recién a partir de entonces.

A su vez, dentro de esta postura podrían identificarse dos subposturas:

II.1.a) Antes de extinguir el contrato, el interesado debe abrir un proceso de renegociación, y recién puede ejecutar su propósito una vez que el proceso ha fracasado.

De sostenerse esta postura, habría que considerar que en la primera variante del caso A extinguió el contrato abusivamente. Habría evitado esta calificación si se hubiese tomado el trabajo de abrir un proceso de renegociación, aunque luego hubiera extinguido el contrato por no haber arribado a nuevo acuerdo. En cambio, la extinción sería legítima en la segunda variante, ya que el mismo A inició el proceso de renegociación, invitando a la otra parte a sumarse.

II.1.b) Antes de extinguir el contrato, el interesado debe darle a la otra parte la oportunidad de que inicie un proceso de renegociación, otorgándole el tiempo necesario a este efecto, y recién puede ejecutar su propósito si la otra parte no inicia el proceso dentro de un tiempo razonable o si, iniciado, fracasa.⁸

Desde esta perspectiva, y con relación al caso de referencia en cualquiera de sus dos variantes, pareciera que A no rescindió abusivamente:

- En la primera variante, en definitiva, B contó con ocho meses (los del pre-aviso) para renegociar el contrato y no los aprovechó a este efecto.
- En la segunda variante, el mismo A inició el proceso de renegociación, invitando a B a sumarse.

Como veremos, esta subpostura (es decir, la descripta en II.1.b), en definitiva termina privando de mayor virtualidad a la norma analizada, de modo que no difiere, en la práctica, de la tesis que la concibe como una mera expresión de deseos, privada de efectos prácticos (referida en I). Por lo tanto, en lo que sigue, al aludir a la interpretación del art. 1011 del CCyC en clave formal, solo estaré haciendo referencia a la subpostura expresada en II.1.a, salvo aclaración en contrario.

II.2) Segunda interpretación: la norma impone un deber formal y sustancial

El interesado en extinguir el contrato no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar: además, debe llevar a cabo la negociación de manera razonable. En particular, esto implica que debería desistir de su voluntad extintiva si en el curso de la renegociación la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses.

8 Esta pareciera ser la postura de Ibáñez (2016): “[...] si una parte decide ponerle fin a un contrato de larga duración, debe darle a la otra parte la oportunidad de negociar de buena fe, sin incurrir en abuso de derecho, de tal manera que si no le da la oportunidad de negociar, ésta puede acudir al juez para que fije el plazo para llevar a cabo dicha negociación, prolongando la relación durante ese plazo adicional. Por cierto que si pese a la decisión judicial de fijar un plazo adicional, la parte que desiste no se atiene a renegociar, incurrirá en incumplimiento que la hará responsable de daños y perjuicios” (§ XVIII).

Si aplicásemos este criterio, deberíamos considerar que la extinción fue abusiva en cualquiera de las dos variantes del caso:

- en la primera versión, porque A ni siquiera cumplió la dimensión formal del deber impuesto por el art. 1011;
- en la segunda, porque, aunque A impulsó la renegociación y participó activamente de ella (con lo cual cumplió desde el punto de vista formal), rechazó una propuesta razonable de B (con lo cual incumplió su deber en lo sustancial).

Según entiendo, ninguna de estas posturas es aceptable, por las razones que expondré a continuación. O no lo son, al menos, tal como las he formulado hasta aquí. De todas formas, con un ajuste importante en lo que hace al ámbito de aplicación de la norma, una de estas tesis es la correcta.

4.2 Tesis del deber formal de renegociar

De acuerdo con la versión más exigente de esta tesis, para evitar que la extinción sea considerada abusiva, bastaría con la mera formalidad de ofrecerle a la otra parte la oportunidad de renegociar las condiciones del contrato antes de rescindirlo. De primar esta interpretación, la parte que pretende extinguir el contrato debería observar un recaudo adicional a los típicos: manifestarse dispuesta a renegociar el contrato y participar de la renegociación si la otra parte la impulsa.

Por ende, como no se podría indagar en la dimensión sustancial del asunto, a quien pretende extinguir el contrato le bastaría con una puesta en escena para cumplir la exigencia derivada del art. 1011 del CCyC. Llegado un punto, daría por finalizado el proceso de renegociación y extinguiría el contrato. De nada le valdría a la otra parte alegar que la negativa a continuar la relación contractual fue irrazonable, dado que esto implicaría internarse en la dimensión sustancial del asunto, lo que estaría vedado según la tesis examinada.

Haciéndose (en parte) cargo de este problema, un sector de la doctrina entiende que no basta una mera “comunicación sin intención real de posibilitar tal renegociación”, sino que el interesado “debe proporcionarle a la contraria [...] información suficiente para que pueda reformular sus obligaciones de modo tal de posibilitar la máxima reciprocidad de intereses entre los contratantes” (Caramelo, 2015, p. 414).

Coincido en que no sería razonable que la exigencia legal pudiese burlarse mediante una simple formalidad; no obstante, lo que se propone a renglón seguido no soluciona el problema apuntado. En concreto:

1) la intención real de posibilitar la renegociación es un elemento psicológico inconstatable;

2) la exigencia de proporcionar información suficiente a la otra parte no deja de ser, también, una formalidad: en todo caso, quien pretenda extinguir el contrato, aunque ya lo tenga decidido, no solo deberá comunicar su propósito dándole a la otra parte la “oportunidad” de renegociar, sino que además deberá proporcionarle información relevante.

En suma: si la norma se interpretase en clave formal (en cualquiera de las variantes apuntadas), lo único que se lograría sería forzar al interesado a montar una puesta en escena, una renegociación destinada de antemano al fracaso, pero que debería observar como recaudo previo para preservar la legitimidad de la extinción. En definitiva, las distintas versiones de esta postura solo varían en cuanto al nivel de exigencia de las formalidades requeridas, pero ninguna se salva de esta crítica.

Evidentemente, la tesis del deber formal y sustancial supera esta objeción.

¿Qué ocurre con la versión *light* de la tesis del deber formal de renegociación según la cual, antes de extinguir el contrato, el interesado debería darle a la otra parte la oportunidad de que inicie un proceso de renegociación, y recién podría extinguirlo si este proceso no se iniciara dentro de un tiempo razonable o si, iniciado, fracasase? Conforme a esta postura, el deber ni siquiera consistiría en dar inicio o invitar a la renegociación, sino solo en permitir que la otra parte lo haga, a cuyo efecto el interesado solo debería anunciar su voluntad extintiva con cierta antelación, de modo tal que la otra parte, si así lo quiere, pueda intentar renegociar el contrato antes de su extinción.

Esta interpretación, en definitiva, termina privando de toda virtualidad a la norma analizada, de modo que no difiere, en la práctica, de la tesis que la concibe como una mera expresión de deseos privada de efectos prácticos. La razón es la siguiente:

1) si todo se reduce a preavisar la extinción con una antelación tal que la otra parte, si así lo quiere, pueda intentar la renegociación del contrato;

2) si el preaviso que se debe otorgar a este efecto corre en paralelo al preaviso “tradicional” que se otorga para que la otra parte pueda acomodarse ante la eventual extinción del contrato; y

3) si se requiere menos tiempo para renegociar el contrato que para reorganizarse ante su inminente extinción (como, de hecho, lo es: pensemos, por ejemplo, cuánto tiempo más suele requerirse para reorganizar una empresa o una parte de ella que para formular una contrapropuesta con el objeto de reencauzar la relación contractual), entonces,

4) en definitiva, siempre que se otorgue debidamente el preaviso “tradicional”, a la vez se estaría otorgando, con creces, el preaviso tendiente a posibilitar la renegociación del contrato.

Como muestra, vuelvo sobre el caso de referencia en su primera variante: el contrato de licencia extinguido al quinto año de su ejecución con un preaviso de ocho meses. Ese tiempo fue otorgado para que el licenciatario pudiese reorganizarse ante la extinción. Evidentemente, un tiempo que excede con holgura el necesario para poder renegociar razonablemente el contrato.⁹

En otros términos: así interpretada, la norma no estaría agregando ningún requisito adicional a los que la ley ya establece (asumiendo que esta requiere, en general, la concesión de un preaviso razonable cuando se extingue sin causa un contrato de duración indeterminada). Con lo cual, en definitiva, más que un requisito, se estaría añadiendo un segundo fundamento para justificar parcialmente una exigencia (la concesión del preaviso) que ya es requerida por otras normas. En suma, estaríamos ante una norma redundante.

A lo anterior se agrega que no hay nada en el tenor del tercer párrafo del art. 1011 del CCyC que indique que lo que se está requiriendo es la concesión de un preaviso a los efectos de la renegociación del contrato, lo que choca abiertamente con su exigencia explícita en otras normas, aunque lo prevean a otros efectos.

Cierro con una aclaración: esta última parte de mi análisis presupone que estamos ante una extinción liberatoria (por ende, sin causa) de un contrato de duración indeterminada, caso típico en el cual la ley suele requerir un preaviso. Lo dicho no vale para las demás clases de extinción unilateral, respecto de las cuales la ley no requiere que se las preavise.¹⁰

4.3 Tesis del deber formal y sustancial de renegociar

4.3.1 Introducción

De acuerdo con esta tesis, no basta con ofrecer la oportunidad de renegociar el contrato, sino que hay que renegociarlo de manera razonable, por lo que sería abusiva la extinción realizada a pesar de que la otra parte ha ofrecido alternativas

9 Aunque el tema no puede dilucidarse en abstracto, admito que el preaviso de ocho meses podría considerarse excesivo, habida cuenta de que el contrato había durado hasta entonces cinco años. Lo que debería importar es el preaviso que se debía otorgar, no el efectivamente otorgado. Es cierto. ¿Cuál habría sido? ¿Cinco meses, si tomamos como referencia el régimen del contrato de agencia? Incluso así, sería un tiempo más que excesivo como para requerirlo a los efectos de posibilitar la renegociación razonable del contrato. En definitiva: el argumento sigue en pie.

10 Sobre estos tipos de extinción, ver § 4.4.2.

razonables para continuar el vínculo contractual. Tiene un sólido apoyo en el texto del art. 1011: “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”.¹¹

Esta interpretación supera el defecto central de la tesis formalista, ya que, de aplicársela, no bastaría con aparentar una renegociación para cumplir la exigencia legal.

No obstante, *así formulada*, esta tesis es pasible de varias críticas:

- presenta serias dificultades para su implementación;
- atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad;
- se contradice abiertamente con el principio de libre extinguibilidad de los contratos de duración indeterminada;
- es irrazonable, y
- es injusta.

Las examinaré a continuación.

4.3.2 Dificultades para su implementación

Supongamos que esta tesis fuese correcta. El cumplimiento de la dimensión formal de este deber es fácil de verificar; no así, en cambio, el de su dimensión sustancial. Obviamente, el problema solo se presenta si en el curso de la renegociación surge una propuesta de la contraparte, pero el interesado no la acepta y extingue el contrato. Aquí, habría que determinar si la negativa de este último a celebrar un nuevo contrato o modificar el viejo implica que no le dio a la otra parte “la oportunidad razonable de renegociar de buena fe”, por lo que habría incurrido “en ejercicio abusivo de los derechos”. ¿Con qué criterio se determinaría la cuestión? ¿Quién lo haría? ¿Un juez? No me explayaré sobre las serias dificultades que la aplicación práctica de esta interpretación implicaría en la mayoría de los casos (aunque no en todos, como veremos). Tampoco sobre los problemas que generaría aplicarla a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas: contratos que han sido celebrados en masa tendrían que renegociarse artesanalmente.

Partamos de un caso:

- A y B son partes de un contrato de duración indeterminada.
- Es un acuerdo razonable que satisface los intereses de ambos. Además, se ajusta a las prácticas y las condiciones de plaza.

11 Énfasis agregado.

- Pasados ocho años, durante los cuales el contrato se cumple con normalidad, A decide extinguirlo.

Supongamos que A tiene la obligación de renegociar la salida y que esta obligación es tanto formal como sustancial en el sentido ya expuesto. La historia sigue así:

- A le comunica a B su decisión de extinguir el contrato, pero le da la oportunidad de renegociarlo.

- B le hace una propuesta que implica una mejora en las condiciones del contrato en beneficio de A (recordemos que, aun sin esta mejora, el contrato ya satisface razonablemente los intereses de A, medida la cuestión en términos objetivos).

- Tras un amable y urbano intercambio, A rechaza la propuesta y, dando un preaviso más que suficiente, extingue el contrato.

Para avanzar con el análisis, anticipo mi postura, que luego fundamentaré: si bien adhiero a la tesis del deber formal y sustancial, considero que cualquiera de las partes de un contrato de duración indeterminada puede extinguirlo libremente y no está obligada a renegociar la salida. Esta aparente contradicción se explica por lo que sigue: considero que el art. 1011 del CCyC no se aplica a este tipo de casos, a este tipo de extinción (la extinción liberatoria).¹² Partiendo de esta base, nada hay para objetarle a A: ni siquiera estaba obligado a renegociar o darle a la otra parte la oportunidad para que lo hiciera, y mucho menos a aceptar una contrapropuesta, por muy buena que pudiera ser.

Pero asumamos, por un momento, que también a estos contratos y a este tipo de extinción los alcanza el deber de renegociar. Con su doble alcance, lógicamente: formal y sustancial. Siendo así, ¿infringió A la regla contenida en el tercer párrafo del art. 1011? Está claro que no en lo formal, pero ¿en lo sustancial? ¿Su rechazo de la propuesta implicó un abuso del derecho, un comportamiento de mala fe? ¿Cuál sería el criterio para determinarlo, conforme al cual deberían guiar su actuación las partes y, en su caso, resolver el conflicto el juez competente? En general, los partidarios de aplicar esta norma en clave formal y sustancial a todo tipo de rescisión (incluida la incausada) no dan ninguna respuesta a este interrogante (fuera de dos a las que en breve haré referencia). Se limitan a someter todo caso de rescisión a la regla prevista en el tercer párrafo del art. 1011. No es casual: no veo cuál podría ser un criterio que permitiese aplicar razonablemente el tercer párrafo del art. 1011 a la rescisión sin causa de

12 Respecto de este tipo de extinción, ver § 4.4.2.

los contratos de duración indeterminada. Esta es, precisamente, la dificultad operativa a la que me refiero. Dificultad que, como se ve, arraiga en otra más profunda, axiológica.

Me anticipo a replicar una eventual objeción: que estas dificultades también están presentes en otros casos en los que se debe proceder a la adecuación o al reajuste del contrato (por ejemplo, la excesiva onerosidad sobreviniente y la lesión), lo que no ha impedido que el legislador estableciese que fueran llevados a cabo por un juez en caso de que las partes no lograsen hacerlo renegociando el contrato. En definitiva (podría objetarse), esta labor judicial también requiere responder los interrogantes planteados en el párrafo anterior, aunque sea a efectos diversos (en un caso, para proceder a la adecuación o al reajuste del contrato; en el otro, que es el que nos convoca, para ponderar si el rescindente renegoció o no de buena fe). En concreto, en ambos casos, el juez debe representarse cuál sería la modificación o el ajuste razonable del contrato:

- en uno, para modificarlo, adecuarlo o reajustarlo en ese sentido;
- en el otro, para determinar si la propuesta de modificación de la parte no rescindente que resultó rechazada era o no razonable (de haberlo sido, la negativa a acordar y la rescisión ulterior habrán sido abusivas; en su defecto, no).

La objeción no es de recibo: en los casos en los que, en efecto, el legislador no se ha detenido ante las dificultades prácticas apuntadas y ha admitido que un tercero (por ejemplo, el juez) reajustase o adecuase el contrato, no deja de haber un punto de referencia objetivo para llevar a cabo el reajuste o la adecuación. Tomo como muestra los dos casos típicos referidos: la excesiva onerosidad sobreviniente y la lesión. Hay un criterio que guía con relativa objetividad la operación que debe llevar a cabo el tercero, que emana de las circunstancias mismas que justifican que se proceda a la adecuación del contrato:

- en la excesiva onerosidad sobreviniente, la adecuación debe dejar al contratante afectado por la imprevisión en la situación en la que se habría encontrado si la mayor onerosidad no hubiese sido excesiva;¹³
- en la lesión, la modificación del contrato debe consistir en un reajuste equitativo del convenio, de modo tal que no le reporte a una de las partes una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación en perjuicio de la otra.

Podrá argumentarse que son parámetros muy generales, impregnados de una alta dosis de subjetividad. Es cierto; sin embargo, no dejan de ser pautas

13 Para simplificar, solo aludo a la adecuación de los contratos onerosos.

relativamente objetivas que permiten adecuar o reajustar el contrato, a diferencia de lo que ocurre en el caso planteado, en el que no existe parámetro alguno, al menos en la ley.¹⁴ No estamos, entonces, ante situaciones análogas, de modo que mal cabe argumentar que, si en un caso la adecuación o modificación es practicable, también en el otro ha de ser posible ponderar la razonabilidad de una propuesta de continuidad (y, por ende, la de su rechazo). Por lo demás, no debe olvidarse que casos como el de la lesión o la imprevisión presentan alguna patología que impide que el contrato se ejecute con normalidad, a diferencia de lo que sucede en el supuesto que estamos analizando: no tiene nada de patológico o anormal que una de las partes decida ponerle fin a un contrato de duración indeterminada (es más, lo anormal o patológico sería que no pudiese hacerlo, que el vínculo fuese perpetuo o vitalicio contra su voluntad).¹⁵

Señalaba párrafos atrás que los partidarios de aplicar la obligación de renegociar también a la rescisión incausada no suelen precisar cuál sería el criterio para evaluar la conducta del rescindente. Hay, sin embargo, dos excepciones:

1) Para algunos, el criterio estaría dado por las condiciones de plaza.¹⁶

Según esta postura, sería abusivo que un contratante recibiese durante la renegociación una propuesta acorde con estas condiciones y, a pesar de todo, rescindiere el contrato.

No estoy de acuerdo. Por lo pronto, puede que el contrato, tal como se ha celebrado y se viene ejecutando, ya esté ajustado a las condiciones de plaza. De ser consecuentes con su criterio, los partidarios de la tesis objetada deberían considerar que, aun sin hacer ninguna contrapropuesta y limitándose a exigir

14 Fuera de la referencia a que la modificación debe ser “razonable” o algún otro estándar genérico, que por su propia vaguedad no se libra de la crítica apuntada. Volveré en breve sobre el tema, cuando analice la remisión que calificada doctrina hace al “leal saber y entender del juez”.

15 Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas (2023) consideran que han refutado mi objeción, en estos términos: “Esta crítica no corresponde, pues como en todos los casos de ejercicio abusivo de los derechos, será un juez el que determine si una de las partes ha incurrido en el mismo; no logramos detectar cuáles serían las dificultades prácticas para que un juez determine si en el caso concreto de un deber de renegociar violado existió abuso del derecho. Se suma un fundamento adicional contra esta posición del autor [se refieren a mí], que radica en que las dificultades que él plantea existirían también en otros casos en que los jueces deben readecuar el contrato si las partes no lograron ponerse de acuerdo, como en la excesiva onerosidad sobreviniente y en la lesión” (p. 319). Esta crítica no socava mi planteo: lo que objeto no es que, de haber un desacuerdo, el conflicto deba ser decidido por un juez, sino que este deba hacerlo sin tener ningún criterio legal que oriente su decisión (criterio orientador del cual también carecen las partes al tiempo que se genera la situación extintiva, lógicamente).

16 Tesis defendida por algunos ponentes en las sesiones de trabajo de la comisión N° 5 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024).

que el contrato se siga cumpliendo como hasta entonces, la parte que no quiere rescindir tiene derecho a que el contrato no se extinga. ¿O acaso esas condiciones son mejores por ser objeto de una contrapropuesta en lugar de estar ya acordadas desde la celebración originaria del contrato?

Dejemos de lado esto último y avancemos con el análisis. Admito que esta postura aporta un criterio hasta cierto punto objetivo para guiar y, en su caso, juzgar la conducta de las partes. El problema es que carece de base legal y es por completo insatisfactorio:

- En cuanto a lo primero, ¿de dónde surge este criterio?; ¿qué norma lo consagra?

- En cuanto a lo segundo, es insatisfactorio porque, en definitiva, implica que un contratante quede atado de por vida solo por haber celebrado un contrato de duración indeterminada, que es precisamente lo que se quiere evitar al reconocer en estos casos la extinción sin causa o liberatoria. Esta postura termina identificándose con la anquilosada tesis de la inextinguibilidad de los contratos de duración indeterminada, solo que en esta nueva versión la parte no está obligada a contratar de por vida, pero sí a hacerlo si el contrato se ajusta a las condiciones de plaza o si, en su defecto, el otro contratante propone ajustarlo en este sentido durante la renegociación que debe preceder a su ruptura unilateral.

2) Calificada doctrina entiende que la cuestión deberá ser resuelta por el juez “basándose en las pruebas de la causa y obrando conforme a su leal saber y entender” (Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p 319).¹⁷

Esta posición, en definitiva, tampoco postula criterio alguno:

- Las pruebas de la causa no dan una regla para evaluar la conducta de las partes, sino solo elementos para determinar los hechos del caso.

- La remisión, al leal saber y entender del juez, implica reconocer que no hay un criterio legal y que el tema se pone totalmente en manos del magistrado. A diferencia de los casos que he citado antes (imprevisión y lesión) —en los que el juez que intervenga deberá *aplicar* el criterio que, así sea en términos generales y abstractos, está previsto en la ley—, aquí, el juez debería *crear* el criterio (y luego aplicarlo, obviamente). Por ende, no se está dando ningún criterio: es una carta en blanco para el magistrado. Por lo demás, aun asumiendo que el juez tenga esta potestad, sería interesante que los partidarios de esta tesis formularan algunas guías o directrices útiles para guiar la conducta de las partes y, en su caso,

17 “[...] el juez siempre puede decidir si se cumplió o no, basándose en las pruebas de la causa y obrando conforme a su leal saber y entender”.

la decisión del juez que intervenga en el asunto. No las he encontrado, fuera de esta remisión genérica a lo que piense (o sienta) el juez. Sin duda, no es la intención, pero, al final, esta tesis caduca en la justicia del pashá.

4.3.3 Atentado contra la autonomía de la voluntad

La idea de que una parte de un contrato de duración indeterminada no tiene derecho a extinguirlo cuando en el marco del proceso de renegociación la otra le ha hecho una propuesta razonable para continuar la relación atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad, expresamente consagrado en el art. 958 del CCyC: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

Este atentado es obvio cuando a la parte se la obliga a continuar el contrato, privando de eficacia a su acto extintivo, pero también cuando, sin llegar tan lejos, se la obliga a indemnizarle a la contraparte los daños derivados de la extinción supuestamente ilegítima (por el incumplimiento de la obligación de renegociar). En definitiva, también en este segundo caso, con la amenaza del rescaramiento, se la está forzando a continuar el contrato.

De adoptarse esta postura, el principio de la autonomía resultaría afectado en sus dos manifestaciones principales:

1) Obviamente, se atentaría contra la libertad contractual, dado que se estaría privando a una parte del derecho a determinar libremente el contenido del contrato. Lo peculiar del caso es que la intromisión ilegítima en el ámbito de su autonomía no se verificaría al celebrar el contrato, sino, ulteriormente, en el marco de su “renegociación”.

2) De un modo indirecto, también se atentaría contra la libertad de contratar (es decir, la facultad que tiene toda persona de celebrar un contrato o no hacerlo, y, en su caso, de celebrarlo con quien quiera), dado que el contrato modificado por la propuesta razonable sería, en definitiva, otro contrato, distinto del originariamente celebrado, más allá de los puntos de contacto y las semejanzas que seguramente tendrá con este último (Di Chiazza, 2016, § V.2.1).¹⁸

18 Como se ha observado, “[e]se ‘deber de renegociar’ de la parte que decide ejercer el derecho a rescindir no debe ser descontextualizado del ‘derecho a no acordar’, ya que así como las partes son libres, por regla, para celebrar un contrato igualmente lo son para no celebrarlo” (Di Chiazza, 2016, § V.2.1)).

4.3.4 Contradicción con el principio de libre extinguibilidad

4.3.4.1 Requerir una renegociación razonable implica, en definitiva, requerir una justa causa de extinción

Esta es la objeción más importante. La norma examinada y las que admiten la libre extinguibilidad unilateral de los contratos de duración indeterminada son concurrentes, en el sentido de que regulan total o parcialmente el mismo supuesto de hecho: la extinción unilateral y sin causa de estos contratos.¹⁹ Ahora bien: ¿son contradictorias? En otros términos: ¿la concurrencia es o no excluyente? Pareciera que lo es:

- por un lado, nuestro sistema admite la extinción unilateral y sin causa de los contratos de duración indeterminada (bien sea que se la llame “rescisión” o de otro modo);
- por el otro, el art. 1011 del CCyC, si se interpreta que impone un deber formal y sustancial de renegociar, termina requiriendo una justa causa para rescindir unilateralmente el contrato;
- luego, son normas contradictorias.

Veamos el asunto con mayor detenimiento.

Es evidente que nuestro sistema admite la extinción unilateral y sin causa de los contratos de duración indeterminada. Si bien no existe una consagración general de esta regla, se la obtiene por analogía *iuris* abstrayéndola de las numerosas normas que admiten este modo extintivo respecto de varios contratos en particular. Y ninguna de estas normas particulares requiere que se renegocie el contrato ni supedita la legitimidad de la extinción a que esto se lleve a cabo. Ninguna, ni siquiera remotamente. Sí requieren el preaviso. También debe respetarse una duración mínima del contrato: no extinguirlo prematuramente. Y nada más, en principio. En particular (lo reitero), ninguna norma requiere que se haya renegociado o intentado renegociar el contrato. A mero título de muestra, refiero tres casos:

- Contrato de suministro

Según el art. 1183 del CCyC, “[s]i la duración del suministro no ha sido establecida expresamente, cualquiera de las partes puede resolverlo, dando aviso previo”.

- Contrato de servicios continuados

De acuerdo con el art. 1279 del CCyC, cuando este contrato es de duración

¹⁹ Por supuesto, la superposición es solo parcial.

indeterminada, “[c]ualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación”.

- Contrato de agencia

Según el art. 1492 del CCyC, “[e]n los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso”.

El precepto es aplicable a los contratos de concesión y de distribución.²⁰

La contradicción entre estas normas y la idea de que el art. 1011 del CCyC establece un deber formal y sustancial de renegociar el contrato antes de rescindirlo es evidente:

1) Las normas particulares no requieren esa renegociación que el art. 1011 supuestamente sí requeriría. Y de nada vale alegar que tampoco la excluyen: es evidente que los textos citados *solo* requieren el preaviso.

2) El art. 1011 sí requiere esa renegociación.

Si bien el preaviso y el deber de renegociar no se contradicen, si lo hacen este deber y las normas que *solo* exigen el preaviso para extinguir legítimamente el contrato (o, más en general, las que no exigen la renegociación).

Pero la contradicción es todavía más profunda. Lo que está en juego no es, simplemente, si, amén de cumplir los demás recaudos legales (con el preaviso a la cabeza), es necesario o no renegociar el contrato antes de extinguirlo, sino si sigue en pie el principio de libre extinguibilidad (es decir, sin causa) de los contratos de duración indeterminada. Para entender el porqué, representémosnos, por un momento, cómo funcionaría el sistema legal si tomáramos con rigor la exigencia de la renegociación “razonable”, en su dimensión no solo formal, sino también sustancial. Evidentemente, ya no habría derecho a rescindir unilateralmente y sin causa el contrato, sino solo a hacerlo en caso de que, comunicada la intención rescisoria, la otra parte no haya formulado una propuesta de renegociación “razonable” que la neutralice. Es decir, el contratante que pretende rescindir debería intentar renegociar exitosamente el contrato (no lo estaría haciendo de buena fe si de antemano ya tuviese decidido ponerle fin al vínculo) y, además, no debería rechazar una propuesta razonable de la contraparte. Ahora bien: esto vale tanto como decir que para poder rechazarla debería tener una buena razón, o sea, una justa causa. Con lo cual, en definitiva, la rescisión pasaría a ser causada: no se requeriría directamente una causa para rescindir, pero sí para rechazar una propuesta razonable de la otra parte

20 Arts. 1508, inc. a, y 1511 del CCyC.

formulada en el curso de la renegociación. Dado que, sin esto último, no se podría rescindir el contrato conforme a derecho, entonces, transitivamente, se estaría requiriendo una justa causa para poner fin a la relación contractual.

Cabe concluir, entonces, que el art. 1011 del CCyC (interpretado en el sentido de que requiere no solo una renegociación, sino también una renegociación “razonable”, entendida en clave formal y sustancial) contradice las normas que admiten la libre rescindibilidad de los contratos de duración indeterminada.

4.3.4.2 ¿Cuál de las reglas contradictorias debe aplicarse?

Ha quedado claro que la regla de la libre extinguidad y la que supedita el derecho de rescindir al fracaso de una renegociación “razonable” son lógicamente incompatibles. Aun así, todavía hay que hacer frente a esta objeción: ¿por qué no “sacrificar” la primera en lugar de la segunda?

Esto no puede responderse a partir de un razonamiento puramente lógico: hay que recurrir al campo valorativo. En términos generales, ante una situación como la planteada, la solución depende del sentido y el fin de las reglas en juego, y de sus valoraciones subyacentes; es decir, de una interpretación teleológica y sistemática.²¹ ¿Es razonable pensar que el legislador quiso dar por tierra con el principio de libre rescindibilidad? Es evidente que no: así lo atestigua la miríada de normas que lo reconocen y aplican. Por lo demás, sería insensato que lo hiciese (implicaría admitir los vínculos contractuales forzosos a perpetuidad en los contratos de duración indeterminada), y es razonable interpretar el sistema jurídico partiendo del postulado de que el legislador no hace este tipo de cosas. Tiene más sentido sostener que el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC contiene una formulación defectuosa, que reclama algún tipo de corrección al ser interpretada y aplicada. Responde a una inspiración legítima, pero que, desmadrada en su ámbito de aplicación, arrasaría un principio carísimo a nuestro sistema contractual, ya que, en definitiva, implicaría requerir una justa causa de extinción para contratos que, desde hace tiempo, se consideran libremente extinguidos, y con razón.

21 Me refiero al criterio teleológico concebido en clave objetiva; por lo tanto, no tiene importancia si el legislador histórico fue consciente de estos fines, en la medida que constituyan el fundamento racional de la norma, en función de cómo está diseñada y se conecta con el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto, ver Larenz (1994, p. 331).

4.3.4.3 Digresión: de nuevo sobre el deber meramente formal de renegociar

Estos argumentos embisten contra la tesis según la cual el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC consagra un deber formal y sustancial de renegociar de buena fe el contrato antes de rescindirlo. No así, en cambio, a la tesis que concibe este deber en clave puramente formal. No obstante, ya hemos visto que hay otras razones por las cuales esta última interpretación es inaceptable. Además, veremos que, si bien el art. 1011 no se aplica a la extinción sin causa de los contratos de duración indeterminada, sí es aplicable a otro tipo de extinción, y, respecto de esta última, es evidente que el deber de renegociar es tanto formal como sustancial. Así las cosas, sería ilógico interpretar que el deber consagrado en una misma norma tiene distinto alcance en función del supuesto de hecho de que se trate y que se debe interpretar de manera distinta según a qué supuesto se aplique, sobre todo cuando no hay ninguna razón que justifique la asimetría.

4.4 Mi posición

4.4.1 Introducción

Ninguna de las tesis referidas es satisfactoria. Pareciera que, por sus deficiencias técnicas, el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC es insalvable. De ahí que algunos incluso hayan sostenido que la norma es inoperante.

No estoy de acuerdo. Es cierto que a veces no queda más salida que admitir esto último, cuando una norma presenta defectos de tal entidad que la hacen inaplicable.²² Sin embargo, se trata de una *ultima ratio*. No es nuestro caso. En principio, el legislador quiere decir lo que dice. Por ende, si dijo que hay obligación de renegociar, debe haberla. No se trata de exprimir la norma, de torturarla hasta sonsacarle lo que, en verdad, no dice, sino de hacer un esfuerzo hermenéutico adicional para tratar de rescatarla atribuyéndole un sentido razonable y compatible con el ordenamiento jurídico. Por las razones que siguen, considero que, en el caso del tercer párrafo del art. 1011, esto es viable. Aplicando con rigor los recursos que nuestro sistema ofrece, es posible redimir esta disposición, si no de todos sus defectos, al menos sí de buena parte.

Tal vez el problema principal de las tesis examinadas sea que, al interpretar la norma, fuerzan su sentido en función de su consecuencia jurídica. Los resultados están a la vista: un abanico de interpretaciones que va desde negarle toda operatividad (a pesar de que debería ser un último recurso) hasta la aceptación

22 Por ejemplo, porque es imposible que se presente el supuesto de hecho para el que está prevista.

de que consagra un deber formal y sustancial de renegociar (lo que implica suprimir el derecho de libre extinguiabilidad de los contratos de duración indeterminada, entre otras cosas), pasando por la versión intermedia de que solo se ha establecido un deber formal de renegociación (lo que priva de casi toda eficacia a la norma, que quedaría desvirtuada con una simple puesta en escena).

Según entiendo, la clave no pasa por el lado de la consecuencia jurídica de la norma, sino por el de su supuesto de hecho. En otros términos: por su ámbito de aplicación.

En lo que sigue, referiré mi posición y las principales razones que la sustentan.

4.4.2 El tercer párrafo del art. 1011 del CCyC solo se aplica a la rescisión protectoria

El problema principal de la doctrina que analiza esta norma es que, al hacerlo, suele tener en mira solo la rescisión unilateral liberatoria, generalmente porque identifica a esta última con la rescisión unilateral en general. Sin duda, de aplicarse el tercer párrafo del art. 1011 a este tipo de rescisión, habría que concluir que se trata de una norma desatinada y hasta contradictoria. Pero, al interpretar las leyes, hay que partir de la base de que el legislador es razonable, por lo tanto, de haber alguna interpretación que nos permita alcanzar un resultado interpretativo medianamente sensato, debe adoptársela, descartando las opciones que arrojan consecuencias disparatadas. Este es el caso de la norma bajo examen, precisamente.

Parto de una distinción ya referida. Dejando de lado la extinción basada en un incumplimiento (respecto de la cual nadie cree que exista una obligación de renegociar), la extinción unilateral del contrato puede ser liberatoria, penitencial, protectoria:

1) La primera es la que le permite a la parte ponerle fin a un contrato que, de otro modo, afectaría de manera intolerable su libertad, sujetándola en forma indefinida y potencialmente vitalicia al vínculo contractual. Su ámbito natural es el de los contratos de duración indeterminada. La ley admite este tipo de extinción para evitar los vínculos contractuales perpetuos o vitalicios. A veces lo llama “rescisión”, pero muchas otras no.

2) La extinción penitencial es la que faculta a la parte para ponerle fin total o parcialmente a un contrato por la mera razón de que así lo quiere (en otros términos: porque se ha arrepentido). Esta facultad puede provenir de un pacto (por ejemplo, una señal penitencial o un pacto de retroventa) o de la ley (por ejemplo, el derecho de arrepentimiento del consumidor en las compraventas a distancia, reconocido en el art. 34 de la Ley 24240).

El legislador llama con nombres muy diversos a esta clase de extinción. Entre otros, la identifica con el término “rescisión” o sus derivados, de modo que tiene sentido analizar cómo encaja en lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 1011.²³

Más allá de sus diferencias, estas dos primeras clases de extinción unilateral presentan una nota en común: son incausadas, en el sentido de que no requieren una causa que las justifique para ser plenamente eficaces. Por esta razón, son incompatibles con el dispositivo previsto en el tercer párrafo del art. 1011. De hecho, las críticas referidas en los párrafos precedentes a la tesis de la obligación formal y sustancial de renegociar solo tienen sentido cuando se analiza la posibilidad de aplicar la norma a la rescisión incausada, en cualquiera de sus dos modalidades. No es preciso reiterarlas; aquí solo destacaré por qué esta tesis es inaplicable a estos dos tipos de rescisión.

Por lo ya expuesto, si la norma examinada se interpreta en clave sustancial, termina implicando, en última instancia y de modo transitivo, que solo hay derecho a rescindir si se cuenta con una justa causa. No es que se la requiera de modo directo para ejercer la facultad rescisoria, pero, en definitiva, se la termina exigiendo para que la negativa a acordar con la otra parte durante la renegociación se considere razonable. Esto supone que, indirectamente, quien rescinde, para que su apartamiento se considere legítimo o razonable, deberá contar, si no con una justa causa de rescisión, al menos sí con una justa causa para rechazar la eventual propuesta renegociadora de la otra parte. En términos prácticos, termina siendo más o menos lo mismo, al menos en el sentido de que se desfigura por completo un modo de extinción que, según la ley o el pacto que lo reconocen, es incausado.

La situación cambia por completo en lo que respecta al tercer tipo de rescisión:

3) La extinción protectoria tiene lugar cuando se le reconoce a una parte el derecho de extinguir unilateralmente el contrato como un medio para protegerse ante el acaecimiento de un hecho sobrevenido y no imputable que, al alterar algún elemento o aspecto asumido o presupuesto al celebrarlo, afecta o puede afectar negativamente sus intereses. Por definición, es una extinción causada, en el sentido de que solo surte efectos en plenitud si se funda en una justa causa: esta consiste en el acaecimiento del hecho sobreviniente que afecta de modo negativo los intereses de una de las partes y justifica, por ende, la protección (esto es, el reconocimiento de la facultad extintiva). Encajan en esta

23 Hay razones de mayor peso que también lo justifican, pero esta tal vez sea más relevante para quienes se apegan a la dimensión literal de las normas.

categoría, por ejemplo, la extinción imprevisión y por frustración del fin del contrato (arts. 1091 y 1090 del CCyC, respectivamente).

Al igual que lo hace con los demás tipos de extinción unilateral, nuestro ordenamiento jurídico designa a la extinción protectoria con nombres muy diversos (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 12-28). En su errática terminología, el legislador la llama “rescisión” al menos en cuatro supuestos y, aunque más no sea por esto, se justifica analizar su encuadre a la luz del art. 1011 del CCyC.²⁴

Precisamente porque es causado, este tipo de extinción es compatible con la interpretación del tercer párrafo del art. 1011 en clave formal y sustancial. Como vimos, la principal objeción contra esta tesis es que termina introduciendo indirectamente la causa a través de la renegociación, lo que es incompatible, por razones obvias, con las rescisiones incausadas. Ante esto, se abren dos alternativas:

- dar por muertas las rescisiones incausadas, que pasarían a ser causadas en caso de que el otro contratante formulase una contrapropuesta (lo que no parece razonable, habida cuenta de la evidente consagración legislativa del derecho extintivo liberatorio), o
- descartar la tesis de los deberes formales y sustanciales, con lo cual solo nos quedaría recurrir a la tesis del deber formal (que presenta defectos aún más evidentes) o admitir que estamos ante una norma inaplicable (lo que, evidentemente, tampoco es bueno).

En cambio, la aplicación de la tesis del deber formal y sustancial a la rescisión protectoria no nos enfrenta a este dilema: al ser causada, no hay ningún inconveniente en someterla a una disciplina que haga depender de una causa razonable la regularidad del apartamiento de la eventual renegociación que entable la otra parte. Es más: desde el punto de vista lógico, es plenamente compatible con la tesis examinada²⁵ (y también desde el axiológico, al que luego me referiré). Para mostrarlo, tomaré tres casos hipotéticos como referencia:

24 En concreto:

- “pedir la rescisión del contrato” (locación, art. 1203, CCyC);
- “rescindir el contrato” (cuenta corriente, art. 1436, CCyC);
- “declarar rescindido el contrato” (arrendamientos rurales y aparcerías, art. 8.º, Ley 13246);
- “rescisión” (contrato de seguro, art. 37, Ley 17418).

25 De hecho, la posibilidad de que la parte interesada en la subsistencia del contrato pueda neutralizar el acto extintivo de su contraparte también se admite respecto de varios casos de extinción causada (por ejemplo, en la resolución por incumplimiento [que la parte incumplidora puede evitar cumpliendo el contrato durante el plazo de gracia] y en la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente [que la parte no perjudicada por el cambio de las circunstancias puede evitar ofreciendo un reajuste equitativo del contrato]). Si, incluso en casos en los que la causa que justifica la extinción es imputable a la contraparte de quien pretende extinguir el contrato se admite que esta última, bajo

- Caso 1: en el marco de una locación, el locatario, basándose en el art. 1203 del CCyC,²⁶ rescinde el contrato porque, en virtud de una causa que no le es imputable y afecta a la cosa locada, se ve impedido de usarla o gozar de ella.

- Caso 2: en el marco de un contrato de obra, el contratista introduce en el proyecto variaciones necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte, que no pudieron ser previstas cuando se celebró el contrato; como estas variaciones producen un aumento del 30% del precio pactado, el comitente, ejerciendo el derecho previsto en el art. 1264 del CCyC,²⁷ extingue el contrato.

- Caso 3: en el marco de una sociedad anónima, un socio disconforme con una resolución societaria ejerce regularmente su derecho de receso.

Hasta aquí, lo que tenemos son tres casos de extinción protectoria. Supongamos, para avanzar con el análisis, que el derecho se ha ejercido legítimamente (de lo contrario, estaríamos ante una extinción ilegítima, que, de ser cuestionada por la otra parte, no debería surtir efectos extintivos, independientemente de todo proceso de renegociación ulterior, que es lo que aquí nos interesa). Agrego que, para evitar la extinción, las contrapartes hacen lo siguiente:

- en el caso 1, el locador ofrece remover gratuitamente y de modo inmediato el obstáculo que le impide al locatario usar la cosa locada o gozar de ella;

- en el caso 2, el contratista ofrece realizar el trabajo adicional aumentando solo en un 10% el precio de la obra;

- en el caso 3, la sociedad revoca la resolución societaria que dio lugar al ejercicio del derecho de receso.

En suma: en los tres casos, la parte que no promueve la extinción del contrato, anoticiada de la voluntad extintiva de la otra, y con la finalidad de evitar la extinción, realiza una acción o una propuesta que tiende a neutralizar el hecho o acto negativo que afecta a su contraparte. El punto no pasa por resolver aquí,

ciertas condiciones, pueda hacerlo subsistir (como ocurre con la resolución por incumplimiento), es razonable que este recurso también se admita respecto de toda rescisión protectoria, habida cuenta de que en esta la causa que justifica la rescisión no es imputable a la contraparte.

26 “Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

27 “Variaciones del proyecto convenido. Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado”.

en abstracto, si esta última tiene derecho a persistir en su decisión o si, por el contrario, debe volver sobre sus pasos, so pena de que se considere que no le dio a la otra parte “la oportunidad razonable de renegociar de buena fe [e] incurri[ó] en ejercicio abusivo de los derechos”, en infracción a lo prescripto en el art. 1011 del CCyC. Lo que quiero destacar es que, precisamente como la extinción es causada, en estos casos sí hay un punto de referencia (la justa causa prevista en la ley) a partir del cual se puede evaluar no solo la legitimidad de la rescisión, sino también la regularidad de su ejercicio, en función de lo ocurrido durante la renegociación posterior. No tiene mayor importancia si en cada uno de los casos referidos la eventual persistencia en la intención extintiva constituye o no un abuso del derecho. Lo que importa es que existe un parámetro (bastante) objetivo que cumple dos funciones:

- sirve como guía para las partes en cuanto a cómo deben comportarse durante este trance, y
- permite que, en su caso, el juez que intervenga en una eventual disputa judicial esté en condiciones de juzgar la actuación de las partes.

En los dos casos referidos, incluso hay pautas bastante concretas de las que valerse. Por ejemplo:

- En el caso 2, todo indica que el comitente no tiene derecho a negarse a la contrapropuesta del contratista, habida cuenta de que la misma norma que le reconoce el derecho extintivo (contenida en el art. 1264, CCyC) lo supedita a que el aumento en el precio producido por la variación sea superior al 20% del precio originario (recordemos que, durante la renegociación, el contratista se ofreció a realizar el trabajo extra incrementado el precio solo en un 10%).

- En el caso 3, el propio legislador dispone que “[e]l derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los sesenta (60) días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes [...]” (Art. 245, cuarto apartado, Ley 19550).

No siempre será posible recurrir a pautas tan específicas, por cierto, de modo que la cuestión quedará librada a la ponderación prudencial de las circunstancias. Pero, incluso en estos casos, no dejará de haber una guía: la causa por la cual el legislador reconoció la facultad extintiva unilateral. Si la contrapropuesta no neutraliza el impacto negativo *intolerable* de la causa sobre los intereses del rescindente, este tendrá derecho a persistir en su voluntad rescisoria; en su defecto, no.²⁸ Por ejemplo, en lo que tiene que ver con el caso 1, el legislador

28 Lo destaco: no se trata de neutralizar por completo el impacto negativo de la causa, sino de hacerlo a un grado tal que deje de ser intolerable. Al respecto, ver Sánchez Herrero (2019, pp. 187 y 346).

supedita la legitimidad de la rescisión a que se verifique un obstáculo que le impida al locatario usar la cosa locada o gozar de ella. Por lo tanto, ante el ofrecimiento del locador de remover gratuitamente ese obstáculo sin exponer al locatario a una molestia intolerable, todo indica que la negativa de este último a continuar el contrato sería contraria a la buena fe e implicaría un ejercicio abusivo de su derecho extintivo.

El encuadre no siempre es tan claro, sin duda, pero no lo es menos que, por tratarse de casos de extinción protectoria, siempre habrá un punto de referencia para evaluar la legitimidad y regularidad del acto extintivo: la causa y su impacto negativo sobre los intereses del contratante afectado.

Por las razones expuestas, considero que la norma examinada solo es aplicable a la rescisión protectoria.²⁹

El tema se trató en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las que, en línea con la postura que he adoptado, se concluyó lo siguiente:

No hay obligación de renegociar la rescisión incausada de los contratos de larga duración de plazo indeterminado.

Estrictamente, el despacho no precisa en qué tipos de rescisión *sí* hay obligación de renegociar, sino en cuáles *no*. Sin embargo, con una inferencia elemental se arriba a la postura que sostengo:

- El despacho excluye la obligación de renegociar la rescisión sin causa de los contratos de duración indeterminada.

- Por descarte, quedan dos categorías en pie: (a) la rescisión de los contratos de duración determinada; y (b) la rescisión con causa de los contratos de duración indeterminada.

- Salvo pacto en contrario, los contratos de duración determinada no son rescindibles *ante tempus* sin causa (Sánchez Herrero, 2018b, p. 191). Es algo que nadie discute. Luego, no tiene sentido analizar si hay obligación de renegociar su rescisión incausada: esta solo afecta a quien tiene derecho a extinguir el contrato. ¿Y la causada? La conclusión no se refirió al tema, ni cabe inferir nada *a contrario sensu*. Por las razones ya expuestas, entiendo que hay obligación de renegociar, pero no es algo que se infiera del despacho citado (tampoco lo contrario).

- Restan los contratos de duración indeterminada. La conclusión citada dis-

29 En este sentido, aunque hablando de “rescisión”, no de “extinción”, Damia Patiño (2024), Juárez de Ferrer y Calderón (2024) y Pitasny (2020, § II.2). En contra, considerando que el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC se aplica a todo tipo de rescisión, sea causada o incausada, Nicolau (2024), Serebrinsky (2024) y Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas (2023, p. 137).

pone que no hay obligación de negociar su rescisión incausada. Lo que queda, entonces, es la rescisión causada. Es cierto que esta presenta dos subclases: la protectoria y la imputable a un incumplimiento de la contraparte. No obstante, nadie discute que en este último caso no hay obligación de renegociar. Por dos razones:

- La resolución por incumplimiento cuenta con un régimen exhaustivo y no hace ninguna referencia a la cuestión. Tampoco se la encuentra en el derecho comparado.

- Al serle imputable el incumplimiento a la otra parte, no amerita beneficiarse con el derecho a la renegociación. El contratante que resuelve el contrato sin renegociarlo ante el incumplimiento imputable del otro no actúa de mala fe ni de modo abusivo, obviamente.

Por descarte, lo que queda es la rescisión protectoria.

Tal vez se haya notado que, sobre todo a partir de que referí los tres casos, utilicé promiscuamente los términos “rescisión” y “extinción”.³⁰ En el párrafo que sigue explicaré el porqué.

4.4.3 La obligación de renegociar alcanza a toda extinción protectoria, sin importar cómo la llame el legislador

4.4.3.1 Introducción

En principio, la obligación de renegociar se aplica a toda extinción protectoria de un contrato (independientemente de cómo se la llame), bien sea en virtud de los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho o por la aplicación directa o analógica del art. 1011 del CCyC.

Lo reitero: no tiene importancia el nombre que el legislador utilice en cada caso para identificar o aludir al derecho o acto extintivo: “rescisión” (por ejemplo, en el art. 1203 del CCyC [locación]), “resolución” (por ejemplo, en los arts. 1090 [frustración del fin del contrato] y 1091 [imprevisión]) o lo que sea (por ejemplo, “extinción”, en el caso del art. 1264 [contrato de obra]).

4.4.3.2 La obligación de renegociar se desprende de los principios generales del ordenamiento jurídico

La obligación de renegociar en el marco de la extinción protectoria se funda en

30 De hecho, la ley habla de “rescisión” solo en uno de ellos (el regulado en el art. 1203, CCyC).

dos principios vertebrales de nuestro sistema jurídico: la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, ambos reconocidos en el CCyC:

Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. (Art. 9°)
 Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.
 La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. (Art. 10)

En la extinción protectoria, el legislador le permite a uno de los contratantes desvincularse de un contrato que, por un hecho inimputable, sobreviniente e imprevisto, se le ha tornado perjudicial o lo afecta en forma negativa en un grado tal que excede lo tolerable. Esta es la finalidad de las normas que habilitan el ejercicio de la facultad de extinción en estos casos. Refiero tres ejemplos (y remito a los tres referidos en el párrafo precedente):

1) Rescisión contrato de arrendamiento rural o aparcería por erosión y agotamiento del suelo

Según el art. 8.º de la Ley 13246, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindir el contrato si hay erosión o agotamiento del suelo por caso fortuito o fuerza mayor.

2) Extinción del comodato por una necesidad imprevista y urgente de recuperar la cosa

De acuerdo con el art. 1539 del CCyC, el comodante puede extinguir anticipadamente el comodato de duración determinada si necesita la cosa en razón de una circunstancia imprevista y urgente.

3) Resolución por excesiva onerosidad sobreviniente

De acuerdo con el art. 1091 del CCyC, si un contrato se torna excesivamente oneroso para una de las partes por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, esta tiene derecho a resolver o adecuar el contrato.

En los tres casos, la facultad extintiva es un recurso que el legislador pone a disposición de la parte afectada para resolver un problema generado por un hecho sobreviniente y que no es imputable ni a ella ni a su contraparte. No es un fin, sino un medio del que la parte perjudicada puede valerse para evitar —o al menos limitar— el perjuicio. Por ende, si la otra parte le hace una propuesta que evita ese perjuicio o al menos lo reduce a un nivel tolerable, pareciera que ya no se justifica la extinción. De persistir en su voluntad extintiva, el afectado

estaría ejerciendo su derecho de un modo contrario no solo a los fines del ordenamiento jurídico, sino al fin específico por el cual se le reconoció esa facultad. Esto es, abusaría de su derecho y, por ende, actuaría de mala fe.

¿Qué es lo que debería hacer para no incurrir en un ejercicio abusivo de su derecho, para actuar de buena fe? Por lo pronto, en lugar de extinguir derechamente el contrato, darle noticia a la otra parte del problema que se ha presentado y, en su caso, de su voluntad de ejercer la facultad extintiva que le otorga la ley. Esto cumple dos funciones:

I) Le permite al otro contratante enterarse de la situación y manifestar lo que considere oportuno al respecto.

Por ejemplo, podría considerar que no se presenta la situación prevista en la norma que habilita el ejercicio de la facultad extintiva, dando sus razones. Puede que, como fruto de este diálogo, las partes se pongan de acuerdo, o no. En cualquier caso, cada una tomará su decisión, de la que deberá hacerse cargo. Pero parece elemental que la parte que va a extinguir el contrato en estas circunstancias, antes de hacerlo, comunique su situación a la otra y, en su caso, dialoguen sobre el tema si la otra así lo quiere. Tal vez, este potencial diálogo no sea, estrictamente, una renegociación del contrato, pero sí un intercambio de ideas y pretensiones que no se le puede negar a la contraparte y que solo podrá tener lugar si se abre un canal de comunicación antes del ejercicio de la facultad extintiva.

II) Le otorga al otro contratante la oportunidad de reencauzar la relación contractual a pesar del evento sobrevenido.

Esto sí constituye la renegociación propiamente dicha.

Por ejemplo, la otra parte podría formular alguna propuesta para tratar de superar —o al menos paliar— el problema que se ha presentado, como podría ser un cambio en las condiciones económicas del acuerdo que lo hagan dentro de todo viable a pesar del percance. Aquí se abren dos posibilidades:

1) Si las partes se ponen de acuerdo, el asunto, en lo que respecta a la extinción del contrato, está terminado.

2) En su defecto, y en función de la actitud que adopte la parte que había formulado su propósito extintivo, se abren varias opciones:

2.a) Si no extingue el contrato, el tema también se termina en lo que hace a esta cuestión.

2.b) Si lo extingue, hay que distinguir otros dos escenarios:

2.b.i) Si había recibido una propuesta razonable (en el sentido ya expuesto), todo indica que habrá extinguido abusivamente el contrato.

2.b.ⁱⁱ) En su defecto, lo habrá extinguido ejerciendo regularmente su derecho, de manera no abusiva.

4.4.3.3 Aplicación directa o analógica del art. 1011

Obviamente, la obligación de renegociar en los casos de *rescisión* protectoria resulta de la aplicación directa del art. 1011 del CCyC. Cuando hablo de “casos de rescisión protectoria” me refiero, simplemente, a un fenómeno terminológico: son aquellos en los que el legislador regula la extinción protectoria y utiliza el término “rescindir” o alguno de sus derivados. No, en cambio, a algo conceptual ni ontológico, porque no hay ninguna diferencia sustancial entre los distintos tipos de extinción protectoria en función del nombre con el que el legislador los identifica, habida cuenta de lo errático e inconsecuente que ha sido en esta materia.

Como sea, lo dicho: en los casos en los que el legislador habla de “rescisión”, y siempre que se trate de una rescisión protectoria, el art. 1011 es aplicable en forma directa. (Por lo ya expuesto, aunque esta norma no existiese, la solución sería la misma en lo que hace a la obligación de renegociar, dado que esta también se desprende de los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho).

¿Qué hay de los casos de extinción protectoria en los que el legislador no habla de “rescisión”? También hay obligación de renegociar, con el mismo alcance que en aquellos en los que sí lo hace. A mi entender, porque así resulta de los dos principios generales señalados precedentemente. De todos modos, para el caso de que se discrepe de esta interpretación, la obligación resultaría igualmente de la aplicación analógica del tercer párrafo del art. 1011.

Obviamente, estamos fuera del ámbito de aplicación literal del art. 1011, que habla de “rescisión”. Sin embargo, nuestro legislador ha sido muy impreciso en lo terminológico en lo que hace a esta materia (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 12-28). Ha puesto nombres distintos a modos de extinción que son idénticos, y el mismo nombre a otros que son claramente distintos. Si vamos a lo sustancial, en todos los casos de extinción protectoria, se los llame como se los llame, tras la celebración del contrato ocurre un hecho que no es imputable a las partes y que afecta negativamente a una de ellas o a ambas, y lo hace de un modo tal que el legislador ha considerado oportuno darle a la afectada o a las afectadas la facultad de extinguir el contrato para protegerse del problema y el perjuicio que causa. El inconveniente es que en el art. 1011 se usó el término

“rescisión”, con lo cual, en el plano literal, se excluyó buena parte de los casos de extinción protectoria.

Por cierto, no se trata de discutir cuál es el nombre “correcto”, cuestión puramente convencional. Lo que quiero destacar es que, en todos estos casos, se los llame como se los llame, estamos ante lo mismo, en sustancia. Estas notas compartidas son, precisamente, las que justifican que se obligue a renegociar a la parte perjudicada que quiere extinguir el contrato. Hay, entonces, identidad de razón; luego, a estos casos también habría que aplicarles el tercer párrafo del art. 1011, solo que por analogía (siempre que se entienda que la obligación de renegociar no se les aplica en forma directa por los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho, como entiendo que es lo correcto).

4.4.4 Aplicar el art. 1011 a la extinción incausada sería irrazonable

¿Por qué hay que interpretar que el tercer párrafo del art. 1011 tiene este ámbito de aplicación más limitado, siendo que no distingue entre la rescisión causada y la incausada? En buena medida, confío en haberlo demostrado en los desarrollos precedentes. De todos modos, el tema amerita algunas consideraciones adicionales.

Al afirmar que la solución propuesta es la más razonable, no aludo a una suerte de “corazonada”, sino al sentido técnico de esta expresión, aunque sea lato: que este resultado interpretativo es adecuado, necesario y proporcionado. En otros términos, que se deriva de la aplicación del principio de razonabilidad.³¹ Veamos por qué.

31 Principio al que se ha definido como una “prescripción en virtud de la cual toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y c) proporcionada” (Cianciardo, 2009, p. 27). Tiende a “asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa” (p. 33). No está de más recordar que, conforme al art. 965 del CCyC, “[l]os derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”, y entre ellos cabe incluir al derecho rescisorio o extintivo cuando es reconocido por la ley o el propio acuerdo de partes, que constituye un derecho potestativo de extinción. Evidentemente, este derecho “resulta del contrato”, bien sea en forma directa (en el caso del derecho rescisorio convencional) o indirecta (cuando su origen es legal). Como sea, más allá de la declaración contenida en el art. 965 (acaso innecesaria, dado que la naturaleza constitucional de un derecho resultante de un contrato no depende de lo que diga una ley, sino de la misma Constitución Nacional (Leiva Fernández, 2017, p. 30), lo cierto es que el derecho extintivo cuenta, sin duda, con esta jerarquía constitucional. Naturalmente, dada la amplitud y heterogeneidad de la figura, la justificación de por qué tiene rango constitucional no es unitaria, más allá de la referencia contenida en la norma citada: que es un derecho resultante de un contrato. Con esta salvedad, procuraré justificar sintéticamente la raigambre constitucional de los distintos tipos de derechos extintivos. Por lo pronto, cuando el derecho surge de un pacto, se funda en el principio de la au-

Punto de partida:

- si las normas deben interpretarse en el sentido que esté más alineado con la Constitución Nacional³², y
- si lo irrazonable es inconstitucional, entonces,
- si de la aplicación de los criterios hermenéuticos generalmente aceptados resulta que hay varias interpretaciones compatibles con la norma interpretada, pero también hay otras que no, deben descartarse estas últimas y, entre las primeras, debe preferirse la que sea más razonable.

Este expediente puede arrojar varios resultados:

1) Que la norma no admita ningún resultado interpretativo razonable

En este caso, la norma es irrazonable: no hay forma de salvarla. En definitiva, y en lo que hace al tercer párrafo del art. 1011, esto nos llevaría a un resultado similar al de la tesis de la inoperatividad (es decir, su no aplicación), solo que la razón para descartarlo no sería que es impracticable, sino que es inválido.

2) Que la norma admita algún resultado interpretativo razonable

En este caso, lógicamente, se deben descartar todos los resultados interpretativos irrazonables, por inconstitucionales.

A su vez, puede que

2.a) haya varios resultados interpretativos razonables, o

2.b) haya uno solo.

En 2.a, se puede escoger cualquiera de esos resultados interpretativos. Más precisamente: el principio de razonabilidad no impone que se deba escoger alguno de estos en particular, lo que no quita que eventualmente sí haya que hacerlo en virtud de algún otro factor relevante para la hermenéutica de la norma.

En 2.b, lógicamente, se debe interpretar la norma en el único sentido rescatable.

Procuraré demostrar que la norma contenida en el tercer párrafo del art. 1011 encuadra en esta última categoría: la 2.b. A este efecto, me apoyaré en el análisis ya realizado, aunque lo ordenaré siguiendo el método tradicionalmen-

tonomía de la voluntad, cuyo estatus constitucional es innegable. Vayamos, entonces, a la extinción unilateral fundada en la ley. En el caso de la liberatoria, ya hemos visto que se la reconoce para evitar los vínculos personales a perpetuidad, lo que me exime de agregar cualquier otro comentario a los efectos de fundar su jerarquía constitucional. Los demás casos de extinción legal no se prestan a un análisis unitario, dada su heterogeneidad, pero en todos ellos se constata la protección de un interés (por lo general, económico) nacido de un contrato o relacionado con este, por lo que también goza del estatus requerido para aplicar el principio de razonabilidad.

32 Así se desprende del art. 2.º del CCyC: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

te aceptado para juzgar la razonabilidad de las normas.³³ Al hacerlo, cotejaré las distintas opciones interpretativas expuestas, que podrían agruparse en tres categorías: [i] tesis del deber formal; [ii] tesis del deber formal y sustancial de aplicación generalizada; y [iii] tesis del deber formal y sustancial solo aplicable a la rescisión protectoria, a las que podría agregarse una cuarta: [iv] tesis de la inoperancia. Como a esta última se llega por descarte, recién la abordaré al final. Confío en que así quedará demostrado que la interpretación propuesta es la más razonable (*rectius*: la única razonable, al menos entre las cotejadas).

Comienzo por el test de finalidad: para ser razonable, la norma debe tener un fin no prohibido por la Constitución Nacional (Cianciardo, 2009, p. 65). Cualquiera que sea la forma en la que se interprete el art. 1011, es evidente que supera este primer paso. De su contenido se infiere que su finalidad es asegurar que la buena fe también reine en la etapa extintiva del contrato y que la facultad rescisoria no se ejerza de modo abusivo. Por lo tanto, no hay motivo para descalificar la norma en este primer paso del test.

Abordemos, entonces, el subprincipio de adecuación, conforme al cual los medios dispuestos por la norma examinada deben ser adecuados o idóneos para el logro de sus fines. En nuestro caso, entonces, lo que corresponde es cotejar las distintas opciones interpretativas consideradas y evaluar si todas ellas permiten alcanzar la finalidad ya apuntada, al menos en cierta medida.

Aquí queda varada la tesis del deber formal de renegociación, en cualquiera de sus versiones: es evidente que no basta la formalidad de abrir una ronda de renegociación para garantizar que se está rescindiendo de buena fe (para “cumplir”, bastaría con una simple puesta en escena, sin la finalidad real de reencauzar el vínculo). Mucho menos con la versión *light* de esta tesis, que solo le impone al rescindente el deber de darle al otro contratante un tiempo de preaviso como para que pueda tomar la iniciativa de renegociar.

Las otras dos tesis, en cambio, resisten el escrutinio a la luz del subprincipio de adecuación. Más allá de que difieran en cuanto al ámbito de aplicación que le asignan a la norma analizada, coinciden en que no basta una mera formalidad para cumplirla, sino que es necesario que en lo sustancial la negativa a continuar el vínculo sea razonable. Así interpretada, la norma es eficiente para alcanzar sus fines. Cuestión distinta es la de si se justifica el costo que ha de pagarse para lograr esta finalidad, lo que nos lleva al paso siguiente.

Para ser razonable, además, la norma debe ser necesaria, en el sentido de

33 Me baso principalmente en Cianciardo (2009) y Toller (2012, pp. 111-155).

que la medida que ella impone (en nuestro caso, el deber de renegociar) sea, entre todas las adecuadas para alcanzar el fin relevante, la menos restrictiva de los derechos (Cianciardo, 2009, pp. 95 y ss.).

A primera vista, de las dos tesis que quedan en pie, la que propongo es la menos restrictiva. Sin embargo, no es así. En rigor, ambas imponen la misma restricción (renegociar de buena fe, tanto en lo formal como en lo sustancial), solo que difieren en cuanto a su ámbito de aplicación: para la tesis que propugno, este deber solo corre respecto de la extinción protectoria; para la otra, en cambio, opera respecto de cualquier tipo de extinción. El debate, entonces, pasa por dilucidar cuál es el ámbito de aplicación más adecuado, cuestión que, como veremos, se dilucida con los dos pasos que siguen del test de razonabilidad. En suma, y en lo que a este tramo del análisis respecta, las dos tesis resisten el test de necesidad.

El quinto test se refiere al subprincipio de proporcionalidad, según el cual la norma es razonable si sus beneficios justifican sus costos (en otros términos, si sus costos son proporcionados con sus beneficios), lo cual, traducido al plano interpretativo, implica que, entre varias interpretaciones de una norma que resisten los test de adecuación y necesidad, debe preferirse la que tenga una mejor *ratio* costo-beneficio (es decir, la que sea más proporcionada).

Es en este paso que, si no naufraga, al menos sí hace agua la tesis del deber formal y sustancial aplicable a todo tipo de rescisión. La razón: no se justifica que un contratante que ha extinguido el contrato tenga que dar razones de su negativa a continuar un vínculo si otras normas le reconocen inequívocamente el derecho a extinguirlo sin causa (es decir, sin tener que dar razones). Y esto último es lo que ocurre, precisamente, con la extinción liberatoria y la penitencial. Luego, habiendo normas que inequívocamente reconocen el derecho extintivo *ad nutum* respecto de estos dos tipos de extinción unilateral, y no siendo claro el sentido que en este aspecto tiene el artículo 1011, debe priorizarse la interpretación no contradictoria. En lo que respecta específicamente a la proporcionalidad, parece un costo desmedido la imposición de que los contratantes que carecen de justa causa deban quedar atados potencialmente de por vida a un contrato cuando otras normas les reconocen el ejercicio libre e incausado de su derecho rescisorio. Por el contrario, nada cabe objetar en cuanto a la relación costo-beneficio; nada cabe objetar a la exigencia del deber sustancial de renegociar de buena fe en lo que respecta a la extinción protectoria. En realidad, ese costo ya está incluido en la propia norma que reconoce el derecho extintivo, al prever que la salida solo puede ser causada. Nada tiene de

desproporcionado que ese costo también deba afrontarse en la etapa de la renegociación que eventualmente preceda a la extinción. Más aún: es una derivación elemental del deber de buena fe, que debe presidir la relación contractual incluso en su etapa extintiva. De todos modos, cualquier resto de duda queda despejado con el paso final del test, que abordaré a continuación.

Conforme a una tesis que divide a la doctrina especializada, y que comparto, en el juicio de proporcionalidad también se debe incluir la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. En concreto, esto implica que, para ser constitucional, la norma examinada no debe avasallar el contenido esencial de un derecho fundamental (Cianciardo, 2009, p. 113; Toller, 2012, p. 116). En el plano hermenéutico, este subprincipio implica que, de haber dos interpretaciones posibles de la norma, una de las cuales preserva ese contenido esencial y la otra no, debe preferirse la primera.

Ahora bien, ¿es esto último lo que ocurre en nuestro caso? Entiendo que sí: la tesis amplia, que considera aplicable el tercer párrafo del art. 1011 a todo tipo de extinción, en definitiva termina avasallando el derecho extintivo en aquellos casos en los que otras normas permiten su ejercicio sin causa (esto es, cuando la extinción es liberatoria o penitencial).

Sin duda, la determinación de qué constituye el contenido esencial de un derecho siempre es problemática, dada la vaguedad del estándar y, por ende, también lo es dilucidar en qué casos se atenta contra él. Apelaré a dos criterios muy socorridos en el derecho español (Toller, 2012, p. 127):

1) Si la norma enjuiciada (en nuestro caso, su interpretación) preserva las facultades que configuran el derecho en cuestión, tal como generalmente se lo concibe o lo ha concebido la comunidad jurídica, entonces es respetuosa del contenido esencial de ese derecho; en su defecto, no. Evidentemente, esto último es lo que ocurre al requerir, en definitiva, una justa causa para no continuar la relación en aquellos casos en los que la ley admite la extinción incausada. Por el contrario, la tesis que propugno respeta esas facultades que hacen a la esencia de este derecho de extinción.

2) Si la norma bajo examen (en nuestro caso, su interpretación) preserva los intereses jurídicamente protegidos por el derecho en cuestión, entonces es respetuosa del contenido esencial de ese derecho; en su defecto, no. Esto último es lo que sucede al interpretar la norma en el sentido de la tesis criticada:

- La extinción liberatoria se reconoce para impedir las vinculaciones contractuales perpetuas o vitalicias (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 253-262). El medio es, precisamente, el reconocimiento de una facultad extintiva unilateral e

incausada. Si no existiese, los contratantes quedarían atados indefinidamente mientras no se verificase una justa causa. En definitiva, esto último es lo que sucedería si se aplicase a esta categoría de contratos la tesis del deber formal y sustancial: si bien formalmente no se requeriría una justa causa para ejercer el derecho extintivo, sí se la exigiría para negarse a continuar el vínculo ante una eventual propuesta de la otra parte formulada durante el curso de la negociación. De no tenerla, el rescindente se vería forzado a continuar, lo que precisamente quiere evitarse con la extinción liberatoria.

- Más difícil es identificar los intereses tutelados mediante la extinción penitencial, dado que, en la mayoría de los casos, proviene de un pacto (por ejemplo, el de arras penitenciales). Incluso en los casos en que su origen es legal (por ejemplo, el derecho revocatorio del consumidor en los contratos domiciliarios o a distancia), responde a muy diversas razones. No obstante esta heterogeneidad, lo que todos estos supuestos tienen en común es que, por alguna razón, las partes o el legislador han entendido que, para tutelar cierto interés, es necesario admitir un derecho de extinción incausado, por lo tanto, se supone que el requerimiento de una justa causa para no continuar la relación ante una eventual propuesta de la contraparte afectará de modo negativo los intereses del rescindente tutelados mediante el reconocimiento de la facultad rescisoria penitencial.

- El panorama es muy distinto, en cambio, respecto de la rescisión protectoria. En estos casos, el derecho de extinción se reconoce para proteger al contratante titular de un interés perjudicado por algún hecho sobreviniente. De ahí que solo se admita la extinción con causa. Por ejemplo, en el caso de la variación en la obra del art. 1264 del CCyC, lo que se busca es proteger al comitente que deberá realizar un desembolso significativamente mayor al que había previsto. Sin embargo, si durante el curso de la renegociación la otra parte formula una propuesta que evita esa afectación negativa (por ejemplo, porque evita que el comitente deba hacer un desembolso adicional o si este no tiene mayor entidad), es razonable que el comitente ya no se pueda liberar del contrato. De lo contrario, incurriría en un ejercicio abusivo de su derecho, desviándolo del fin por el cual fue reconocido.

Cabe concluir, entonces, que, de las tres interpretaciones analizadas, la única que resiste el test de razonabilidad es la que, si bien concibe este deber de renegociación en clave formal y sustancial, circunscribe su aplicación a la extinción protectoria (ya sea que se la llame “rescisión” o de otro modo). De aquí se desprende, además, que hay que descartar la tesis de la inoperancia, dado que hay al menos una interpretación rescatable de la norma analizada.

¿Qué sucede con los otros dos tipos de extinción: la liberatoria y la penitencial? ¿Cabe aplicarles el tercer párrafo del art. 1011, al menos en su versión formal? A favor de esta tesis podría argumentarse que la imposición de un deber meramente formal de renegociación no implica requerir una justa causa para el apartamiento. Con todo, ya hemos visto que gravitan muchas otras razones para descartar esta tesis, incluso respecto de estos dos tipos de extinción. Por lo demás, no parece razonable interpretar la consecuencia jurídica prevista en una norma en dos sentidos distintos, en función de a qué supuestos se aplica, salvo que la propia norma formule la distinción (y no es el caso). Por lo tanto, la norma examinada no es aplicable a estos dos tipos de extinción.

4.4.5 Aplicar el art. 1011 a la extinción incausada sería injusto

Al margen de las consideraciones precedentes, que son más bien de orden técnico, refiero un caso que pondrá en evidencia que sería injusto aplicar el tercer párrafo del art. 1011 a la extinción sin causa de los contratos de duración indeterminada:

- Se celebra un contrato de distribución por tiempo indeterminado.
- Por varios años, se cumple con normalidad. Desde lo económico, ambas partes obtienen excelentes resultados.
- Al quinto año de ejecución, el distribuido decide ponerle fin al contrato. Sin causa. Tomando como referencia los parámetros tradicionales, lo hace de buena fe: ya ha transcurrido un tiempo más que suficiente para que el distribuidor haya podido amortizar su inversión (y así lo ha hecho, con holgura) y le otorga un preaviso de cinco meses.
- Comunicada su decisión al distribuidor, este intenta renegociar el vínculo, y le hace una propuesta que mejora significativamente las condiciones en beneficio del distribuido.
- Este último acusa recibo de la propuesta y promete considerarla. Tiempo después, la rechaza. Al hacerlo, le manifiesta al distribuidor que, si bien la propuesta es muy beneficiosa, él tiene otros planes.
- La relación comercial termina al vencimiento del preaviso.
- El exdistribuidor demanda al exdistribuido porque, según alega, este, al rechazar su propuesta más que razonable, ha incumplido su obligación de renegociar de buena fe.

¿El distribuido ha actuado *contra legem*? ¿Ha incumplido su obligación de renegociar? La pregunta presupone que esta obligación pesaba sobre él; erró-

neamente, a mi entender, pero supongamos que fuera el caso. No la ha incumplido en sentido formal, pero ¿en sentido sustancial? Es difícil responder este interrogante, dado que los partidarios de aplicar también a este caso el art. 1011 no suelen explicitar cuál sería el criterio de fondo con el cual dirimir el asunto. Pero parto de la base de que, si en un caso como este no consideran que el rechazo de la propuesta es de mala fe, prácticamente no podrían tenerlo por configurado en ningún otro. Desde su perspectiva, entonces, se ha incumplido la obligación de renegociar, en su dimensión sustancial.

Esto es lo que implica, en concreto, la tesis criticada. A mi entender, es un resultado injusto, disvalioso.

Lógicamente, como siempre que se fundamenta con valores, hay un límite: si el otro no “ve” el valor o disvalor, todo intento de avanzar naufraga. Se puede mostrar la situación y “argumentar” por qué se considera que hay un disvalor (lo hecho), pero si no se comparte la intuición axiológica inicial, no se puede avanzar mucho más, ya que no hay en qué apoyar los razonamientos. En el caso referido, por ejemplo, he procurado demostrar que la tesis criticada implica, en definitiva, la sujeción perpetua o vitalicia a un vínculo contractual, que es precisamente lo que se quiere evitar con la extinción liberatoria. Si el contratante quiere cumplir la ley, jamás podrá ponerle fin al contrato si la otra parte, ante cada intento suyo, le hace una contrapropuesta razonable. Si esto no se ve como algo negativo, toda la argumentación se derrumba.

Es cierto que la postura objetada tiene apoyo en la letra de la ley, que habla de “rescisión”, sin más. Soslayo la inconsecuencia en la que incurre la mayoría de sus partidarios, que son literalistas para extender la obligación de renegociar a ciertos casos, pero dejan de serlo en otros. Por ejemplo:

- cuando no la extienden a otros casos en los que la ley también habla de “rescisión” (por ejemplo, casos de extinción basada en un incumplimiento)³⁴ o, al revés,

- cuando la extienden a casos en los que la ley no habla de rescisión (por ejemplo, la extinción del contrato de agencia prevista en el art. 1492 del CCyC, norma en la que no se habla de “rescindir” el contrato, sino de “ponerle fin”).

Los entiendo: de no ser por este criterio selectivo, deberían

34 Que no son pocos, por cierto. Al menos, los regulados por estas cinco normas:

- art. 8.º, Ley 13246 (arrendamientos rurales y aparcerías);
- art. 20, Ley 20160 (Estatuto del jugador de fútbol profesional);
- art. 10 bis, Ley 24240;
- art. 9.º, inc. a, Ley 25169 (contrato de explotación tambera);
- art. 9.º, Ley 26682 (contrato de medicina prepaga).

- excluir del ámbito de aplicación de la norma varios de los casos más relevantes de extinción sin causa de los contratos de duración indeterminada (con el bastión de los contratos de agencia, concesión y distribución a la cabeza), e
- incluir en su ámbito de aplicación casos cuya inclusión resultaría absurda (como ocurre con varios en los que la extinción se basa en un incumplimiento de la contraparte).

De todos modos, dejo de lado esta cuestión y me quedo con lo dicho: la crítica a la postura que defendiendo tiene sustento si nos atenemos a una interpretación literal de la norma.

Sin embargo, es sabido que este no es el único criterio interpretativo que debe aplicarse. La letra de la ley es el punto de partida de su interpretación, pero no necesariamente su punto de llegada. Confío en haber demostrado, de máxima, que hay que desechar la interpretación criticada y, de mínima, que es solo una de las interpretaciones posibles a la luz de la buena metodología jurídica, pero no la única.

La referencia a la justicia e injusticia derivadas de las tesis en pugna tiene mucho que ver con lo anterior, porque, de haber varios resultados interpretativos defendibles, debe preferirse aquel que es más valioso, que realiza en mayor medida los valores relevantes para el derecho, empezando por la justicia. Por ende, aun suponiendo que las dos tesis enfrentadas sean sostenibles a la luz del derecho vigente, la que propugno debe ser preferida porque es la más justa.

4.4.6 En los precedentes nacionales y en el derecho comparado, la obligación de renegociar solo se impone ante la extinción protectoria

Este es, obviamente, un argumento de autoridad.

Ya hemos visto que la obligación de renegociar ante la extinción o ciertos tipos de extinción del contrato está prevista en varios cuerpos o modelos normativos extranjeros (entre otros, en los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de iusprivatistas europeos de Pavia, el Código Civil de Francia y el Código Civil de Rumania), y que el tema también ha sido abordado por las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la reunión científica más relevante del derecho privado argentino (en concreto, en las XIX Jornadas). Cuestiones terminológicas al margen, en todos ellos se prevé o se recomienda regular la obligación de renegociar solo ante la extinción protectoria, no ante los demás tipos de extinción unilateral.

4.4.7 ¿*Ubi lex...*?

Hay una objeción que se cae de madura: si *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ¿de dónde surge que el tercer párrafo del art. 1011 solo se aplica a la rescisión protectoria y no a las restantes?³⁵ La ley no distingue, al fin y al cabo: solo hace referencia a “[l]a parte que decide la rescisión”, sin más.

Esta objeción se puede replicar en dos niveles.

Primero: la regla *ubi lex* no es absoluta³⁶⁻³⁷. No debe serlo, y, en la práctica, no lo es: permanentemente se interpretan y aplican normas introduciendo distinciones que estas no hacen (es decir, excluyendo parte de lo que incluyen) e ignorando distinciones que estas sí hacen (esto es, incluyendo parte de lo que excluyen). No me refiero, tan solo, a que esto ocurre de modo generalizado en la práctica jurisprudencial, forense y doctrinaria, incluso en sus más altos niveles, sino a que, además, es lo correcto, y va en línea con las reglas indiscutidas de la metodología jurídica en general y de la interpretación y aplicación del derecho en particular. A modo de simple muestra: se acepta pacíficamente que en ciertos casos hay que hacer una interpretación restrictiva (es decir, hay que distinguir donde la ley no lo hace), mientras que en otros debe hacerse una interpretación extensiva y hasta analógica (es decir, no hay que distinguir donde la ley sí lo hace). Si aplicáramos estrictamente la regla *ubi lex*, habría que desterrar estos criterios o resultados de la interpretación y aplicación de la ley. Por esta razón, desde siempre se ha considerado que el

35 “[E]l autor [se refieren a mí] hace una distinción en el supuesto de hecho de la norma que la norma no hace, por lo que su interpretación es contra legem, ya que no tiene en cuenta el principio hermenéutico de que donde la ley no distingue, no corresponde que se distinga” (Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p. 325).

36 “Applying the principle *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* is particularly important [...] We can not, however, talk about this principle as an absolute principle, since, depending on the concrete situation, sometimes certain distinctions can be made, even if they do not result expressly from the text of the law subjected to interpretation. The interpreter must take into account all the legal provisions likely to become incidents in the case, so that a possible systematic interpretation should also be considered. Moreover, in applying this principle, an equivalence between the spirit of the norm and the spirit of law, as a whole, must be sought” (Ignatescu, 2017, p. 48); “[...] no resultaría temerario propiciar una inversión del aforismo postulando que ‘donde la ley no distingue, el jurista debe distinguir para aplicarla correctamente’” (Maggio y Miceli, 2022, p. 509).

37 De hecho, los propios autores que me objetan que distingo donde la ley no distingue “violan” la regla en sus dos facetas: distinguen en casos en que la ley no lo hace y no distinguen en casos en los que sí. En cuanto a esto último, en su magistral *Derecho de la distribución comercial* (texto de referencia insoslayable para comprender en profundidad esta familia de contratos), califican como “rescisión unilateral” la extinción regulada en el art. 1492 del CCyC, a pesar de que esta norma solo habla de “poner fin” (Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky, 2019, pp. 466 y ss.). Es decir, incluyen (como un caso de rescisión unilateral) donde la ley, literalmente, no lo hace. Coherentemente, consideran que la obligación de renegociar del art. 1011 (que habla de “rescisión”, no de “poner fin”) también

ubi lex es relativo. Irónico: hay que distinguir incluso al aplicar la regla que impone no hacerlo.

Paso al segundo nivel de réplica. Está claro que la interpretación del art. 1011 que propongo no se ajusta a su letra: distingo donde la ley no lo hace. Si se ajustase, no habría sido necesario el análisis precedente. De todos modos, la objeción solo tendría sustento si la distinción o restricción que se echa de menos solo pudiese provenir de la letra de la ley. No, en cambio, si se admite (como corresponde) que también puede surgir del sentido regulatorio de la norma y de otros factores relevantes para su interpretación y aplicación. Admitido este recurso, la justificación es sencilla:

- La norma examinada regula el ejercicio del derecho rescisorio requiriendo no solo el cumplimiento de una renegociación en sentido formal, sino además una justa causa de apartamiento ante una contrapropuesta razonable. Es decir, impone una obligación de renegociar en sentido formal y sustancial (de modo razonable y de buena fe, lo que incluye contar con una justa causa para rechazar una eventual contrapropuesta).

- De los distintos tipos de rescisión que existen, algunas son incausadas y otras no (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 63-90).

- El legislador no es contradictorio ni irrazonable.

- Sería contradictorio o irrazonable aplicar la norma examinada a las rescisiones incausadas, y también hacerlo a aquella cuya causa es el incumplimiento; no, en cambio, aplicarla a la rescisión causada protectoria.

- Luego, la norma, si bien impone un deber formal y sustancial de renegociar razonablemente y de buena fe, solo se aplica a la rescisión causada protectoria, no a las restantes.

Por ende, la distinción propuesta está plenamente justificada.

5. En síntesis³⁸

De acuerdo con el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC, la parte que rescinde un contrato de larga duración “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

se aplica a este caso (Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p. 327). También excluyen donde la ley no lo hace (que es lo que, específicamente, me reprochan), incluso en lo que respecta al art. 1011, dado que no consideran que este sea aplicable a la extinción basada en un incumplimiento (a pesar de que en más de un caso el legislador la identifica con el término “rescisión”).

38 Cfr. Larenz (1994, pp. 345-347).

Según cómo se lo interprete, puede implicar una grave restricción al principio de libre extinguiabilidad de los contratos de duración indeterminada (la extinción liberatoria), como también a la extinción penitencial. Para armonizar estos principios, hay que interpretarlo con el siguiente alcance:

1) En lo que constituye su ámbito de aplicación, la norma impone un deber formal y sustancial al rescindente, quien no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar, sino que además debe llevar a cabo la negociación de manera razonable (lo que incluye desistir de su voluntad extintiva si la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses).

2) La tesis del deber formal es inaceptable porque el rescindente podría sortear la exigencia legal llevando a cabo una renegociación meramente simbólica o ficticia, destinada de antemano al fracaso.

3) Así entendida la norma (es decir, como consagratória de un deber formal y sustancial de renegociación), no puede ser aplicada ni a la rescisión liberatoria ni a la penitencial (es decir, a la rescisión incausada, en ninguna de sus especies). Esto es así no solo por las dificultades prácticas inherentes a su implementación, sino, sobre todo, porque implicaría requerirle al rescindente una justa causa para apartarse de una relación contractual, lo que contradice su derecho a abandonarla de manera incausada, con raigambre constitucional. Esta interpretación restrictiva se funda en el principio de razonabilidad. Si la norma no se interpretase de este modo, debería considerarse que reglamenta o restringe de modo irrazonable el derecho de libre rescindibilidad, por lo cual sería inválida.

4) En suma, el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC solo se aplica a la rescisión protectoria (que es causada), no a la liberatoria ni a la penitencial (que son incausadas). Tampoco, lógicamente, a la basada en un incumplimiento.

5) En realidad, la obligación de renegociar alcanza a todo tipo de extinción protectoria, bien sea que la norma que la consagra la llame “rescisión” o de otro modo.

6) Incluso en lo que respecta a la extinción protectoria, la obligación de renegociar solo existe en la medida en que sea compatible con la regulación específica prevista para el tipo de extinción en particular de que se trate. En la mayoría de los casos, lo es.

Bibliografía

- Aparicio, J. M. (1997). *Contratos. Tomo I. Parte general*. Hammurabi.
- Aparicio, J. M. y Cafferata, J. M. (2024). *Los contratos de larga duración en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Ponencia presentada en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Bianca, C. (2000). Massimo, *Diritto civile. III. Il contratto* (2ª ed.). Giuffrè.
- Borda, A. (2024). *La facultad rescisoria en los contratos de larga duración*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Cabanellas de las Cuevas, G. y Serebrinsky, D. H. (2019). *Derecho de la distribución comercial*. La Ley.
- Calderón, M. R. (2018). En Sánchez Herrero, A. y Sánchez Herrero, P. (Eds.), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V. Contratos. Parte especial* (2ª ed.). La Ley.
- Calderón, M. R. (2022). *Contratos. Parte especial*. Thomson Reuters-La Ley.
- Caramelo, G. (2015a). En Herrera, M., Picasso, S. y Caramelo, G. (Eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. La Ley. AR/DOC/2125/2015.
- Caramelo, G. (2015b). En Stiglitz, R. S. (Ed.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general* (3ª ed.). La Ley.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2ª ed.). Ábaco.
- Damia Patiño, G. (2024). *Alcance del deber de renegociar en los contratos de larga duración*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Di Chiazza, I. G. (2016). *Extinción del contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/287/2016.
- Heredia, P. D. (2015). *El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/4561/2015.
- Heredia, P. D. (2022). En Heredia, P. D. y Calvo Costa, C. Al. (Eds.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*. Thomson Reuters-La Ley.
- Hernández, C. A. (2024). *Contratos de larga duración*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/1972/2024.
- Ibáñez, C. M. (2010). *Derecho de los contratos*. Ábaco.
- Ibáñez, C. M. (2016). *Extinción unilateral del contrato*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/2555/2016.
- Ignatescu, C. (2017). Interpretation of the Legal Norm. Applications of the Principle Ubi Lex non Distinguit, Nec nos Distinguere Debemus. *European Journal of Law and Public Administration*, 4(2), 41-49.
- Juárez de Ferrer, M. y Calderón, M. R. (2024). *Deber de renegociación. Aspectos, incumplimiento y remedios*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Kademian, B. y Lozano, F. (2024). *La aplicación del artículo 1011 en los contratos de locación*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Klein, M. (1997). *El desistimiento unilateral del contrato*. Civitas.

- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho* (2ª ed.). Ariel.
- Leiva Fernández, L. F. (2015). En Alterini, J. H. y Alterini, I. A. (Eds.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. La Ley.
- Leiva Fernández, L. F. (2017). *Tratado de los contratos. Parte general*. La Ley.
- Maggio, L. A. y Miceli, M. A. (2022). Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. En *Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos* (pp. 490-510), UAI Editorial.
- Nicolau, N. L. (2009). *Fundamentos de derecho contractual* (Tomo I). La Ley.
- Nicolau, N. L. (2024). *Contratos de larga duración*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Pita, E. M. y Pita, J. M., (2006). La extinción de los contratos de distribución. En Rouillon, A. N. y Alonso, D. F. (Eds.). *Código de Comercio comentado y anotado*. La Ley.
- Pitasny, J. (2020). *Análisis interpretativo del art. 1011 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/790/2020.
- Porello, A. y Martin Valenti, G. (2024). *Incidencia del art. 1011 CCCN en el contrato de franquicia*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Rivera, J. C., Covi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Derecho civil y comercial. Contratos. Parte general*. Abeledo Perrot.
- Sánchez Herrero, A. (2018a). *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2018b). *Rescisión unilateral de los contratos*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2019). *La imprevisión contractual*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2021). *Contratos. Parte general*. Thomson Reuters-La Ley.
- Serebrinsky, Diego H. (2024). *Los contratos de distribución en sentido amplio (franquicia, agencia, concesión y distribución en sentido estricto) son contratos de larga duración, por lo que se les aplica el deber de renegociar para la parte rescindente del tercer párrafo art. 1011*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Serebrinsky, D. H. y Cabanellas de las Cuevas, G. (2023). *Contratos de franquicia*. La Ley.
- Stabio, C. y Peralta, E. (2024). *¿Se aplica el artículo 1011 al contrato de distribución?* Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Stiglitz, R. S. (2015). En *Contratos civiles y comerciales. Parte general* (3ª ed., Tomo 2). La Ley.
- Toller, F. M. (2012). Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadas en casos entre derechos y bienes constitucionales. En Cianciardo, J. (Ed.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales* (pp. 111-155). Porrúa.
- Viramonte, C. I. (2016). En Calderón, M. R. y Tinti, G. P. (Eds.), *Contratos según el Código Civil y Comercial. Parte general*. Zavalía.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

