

La tutela preventiva del Art. 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Una herramienta de autoprotección frente al previsible incumplimiento contractual

The preventive protection of article 1032 of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.

A self-protection tool against foreseeable breach of contract

Cesar Mariano Briña¹

RESUMEN:

En el presente trabajo se analiza la tutela preventiva del contrato entendida como una manifestación de la función preventiva del derecho en el ámbito contractual. El Artículo 1032 del CCCN prevé un mecanismo de naturaleza excepcional que habilita a una de las partes a suspender su propio cumplimiento por avizorar una grave amenaza de daño respecto a sus derechos. Se analizan los elementos de la figura, entre ellos la grave amenaza de daño y el menoscabo significativo en la aptitud para cumplir o en la solvencia que sufre el restante contratante. Asimismo, se examinan tanto los antecedentes extranjeros y nacionales de la figura como su configuración en el derecho vigente. Se estudian los efectos de la tutela y los mecanismos que tiene un contratante para neutralizar el efecto fundamental de tutela preventiva.

ABSTRACT

This paper analyzes the anticipatory breach doctrine as a manifestation of the preventive function of law within the contractual sphere. Article 1032 of the Argentine Civil and Commercial Code establishes an exceptional mechanism that entitles one party to suspend its

¹ Abogado recibido en UNC 2007. Docente Universitario, Universidad Blas Pascal Derecho Civil III. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales en Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Abogado litigante, asesor de empresas, instituciones y colegios profesionales. Director Académico de la Sala de Derecho de los Contratos del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba. Director, coordinador y docente en Diplomaturas, Congresos, Jornadas, capacitaciones y cursos en diferentes ramas del derecho privado. Autor de publicaciones. Correo: marianobrini@hotmail.com ORCID: 0009-0006-5879-7480

own performance when a serious threat of harm to its rights is foreseen. The study examines the essential elements of this mechanism, including the serious threat of harm and the significant impairment in the other party's ability to perform or its financial solvency. It also reviews both foreign and domestic precedents of this figure, as well as its configuration under current Argentine law. Finally, the paper explores the effects of this preventive mechanism and the remedies available to the other contracting party to neutralize the fundamental effects of the anticipatory breach

PALABRAS CLAVE: Contratos. Tutela Preventiva. Suspensión de cumplimiento. Autoprotección. Garantías.

KEYWORDS: Contracts. Preventive Protection. Suspension of Performance. Self-Protection. Guarantees.

I. Introducción

El contrato, por su efecto vinculante, resulta obligatorio para los contratantes y su contenido solamente puede ser modificado o extinguido por acuerdo expreso de las partes o en aquellos supuestos que la misma ley prevé². De tal modo el ordenamiento debe asegurar el cumplimiento de las prestaciones conforme lo convenido, por un lado, y desalentar conductas renuentes, omisiones o incumplimientos, por el otro. El aforismo *pacta sunt servanda*³, lejos de resultar un anacronismo, continua siendo pilar fundamental de nuestro sistema contractual por el cual lo acordado debe cumplirse escrupulosamente. Así el derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales tiene reconocimiento constitucional en el art. 17 de la Carta Magna, ya que los derechos derivados de los contratos forman parte del derecho de propiedad de los contratantes⁴. Sin embargo, las reglas jurídicas deben contemplar honrosas excepciones o atenuaciones⁵.

La tutela preventiva del contrato constituye un mecanismo excepcional que permite, a uno de contratantes, relevarse temporalmente de cumplir las obligaciones emergentes de un vínculo contractual celebrado válidamente. Es decir, no hay que esperar que el daño o lesión se produzca, sino que es una facultad que tiene el contratante que avizora el riesgo de perder una prestación⁶.

El artículo 1032 del CCCN, como una manifestación de la función preventiva del derecho

2 Art. 959 CCCN. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

3 FREYTES, A. Un nuevo y peligroso embate a la doctrina clásica contractual. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en prensa. "El principio de autonomía negocial completa su significado con el de fuerza obligatoria del contrato, que entraña la sujeción de las partes al contenido libremente acordado al que quedan inexorablemente compelidas hasta su íntegra ejecución. El ejercicio de aquellas libertades obliga a las partes a respetar lo convenido, pues del contrato nace una regla que las vincula de una manera independiente de su voluntad, por obra del ordenamiento jurídico que sanciona la máxima *pacta sunt servanda*, esto es, el deber de cumplir escrupulosamente la palabra empeñada."

4 Art. 965 CCCN. Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.

5 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

6 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

en el ámbito contractual, regula que: una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La norma habilita la suspensión temporaria del cumplimiento de las obligaciones de un contratante cuando sus derechos sufren una grave amenaza de daño, causada por un menoscabo significativo en la aptitud de cumplir o en la solvencia de la contraparte.

Por lo tanto, el sistema jurídico argentino mantiene como piedra angular el principio *pacta sunt servanda*, mientras que la tutela preventiva contractual emerge como una atenuación prudente y razonable que permite la suspensión de la propia prestación como mecanismo de protección legítima frente a una grave amenaza de daño por la frustración del plan prestacional.

II. Antecedentes.

1. Derecho comparado.

En el derecho continental europeo encontramos dos antecedentes relevantes⁷. En primer lugar, el parágrafo § 321 del BGB refiere que un contratante puede negarse a cumplir con la prestación a su cargo si el derecho a la contraprestación resulta seriamente comprometido. El derecho a negarse a cumplir cesa si se cumple con la contraprestación o se constituye una garantía que asegure el cumplimiento. En segundo lugar, el Art. 1461 del Código Civil italiano concede la facultad a los contratantes de suspender la ejecución de su prestación si las condiciones financieras o de solvencia de la otra han llegado a ser tales que ponen en evidente peligro la contraprestación. Estas normas del derecho comparado facultan a los contratantes a suspender su propia prestación por el temor fundado que el otro contratante, cuando le llegue el momento de cumplir no lo haga o no lo pueda hacer. Para la procedencia de la figura no resulta menester acreditar la insolvencia ni el incumplimiento contractual, puesto que son institutos que se basa en el temor serio y fundado que el restante obligado no podrá cumplir, a su turno, con la prestación comprometida. En ambos modelos se neutraliza la suspensión cumpliendo o prestando garantías suficientes. Se entiende que la suspensión es un remedio provisorio que no puede durar indefinidamente y los contratantes pueden exigirse garantías del cumplimiento recíprocamente.

En el *common law*, la solución del *anticipatory breach of contract* fue concebida a partir de un precedente del Siglo XIX, *Hochster v De la Tour*⁸. Autorizada doctrina considera que la suspensión preventiva del contrato habría surgido del mencionado caso⁹.

Por su parte, entre los antecedentes sudamericanos se destaca el Art. 477 del Código Civil de Brasil del año 2002¹⁰.

Cabe resaltar que los Principios de Unidroit abordan directamente la temática y centran

7 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

8 La cuestión comenzó a ser debatida de modo relevante en el Derecho Inglés a partir del caso *Hochster vs De la Tour* del año 1853. CROVI, Luis Daniel, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Bs. As., LA LEY, 2014, t. III, Pág. 634.

9 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni; 2015.

10 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

su reglamentación sobre la exigencia de garantía suficiente de cumplimiento. El Art. 7.3.4 estipula que: Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y mientras tanto podrá suspender su propia prestación. Si esta garantía no se otorga en un plazo razonable, la parte que la exige podrá dar por terminado el contrato.

Las progresivas incorporaciones de facultades suspensivas de protección del crédito dan cuenta que se ha comenzado a privilegiar la prevención de los eventos dañosos por sobre su reparación. Este cambio de visión fue plenamente receptado por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) a partir de la sanción de la Ley 26.994 y la tutela preventiva del contrato resulta una de sus manifestaciones.

2. Derecho nacional.

En el derecho foráneo, cabe resaltar que la tutela preventiva no estaba prevista en el Código Civil de Vélez Sarsfield, quien ya había contemplado la excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 del CC). Recién en el Proyecto de Código Único de 1987 se puede advertir un germen de la figura. Se preveía una facultad resolutoria unilateral en favor de un contratante por la certeza que el otro contratante no cumpliría las obligaciones a su cargo (Art. 1204, inc. 2 del Proyecto). En lo sucesivo esta solución fue descartada por ser demasiado extrema: por el temor al incumplimiento no corresponde habilitar la extinción de un contrato válidamente celebrado.

La facultad de suspender precautoriamente el contrato fue contemplada en el Proyecto de Reforma del año 1998¹¹. El art. 992, propuso tres tipos diferentes de suspensión en sentido estricto: a) la suspensión pedida por una parte cuando la otra tiene imposibilidad temporaria de cumplir por causas ajenas; b) cuando fuera previsible que la otra parte no fuera a cumplir, por menoscabo en su aptitud de hacerlo, y c) la parte que pedía la suspensión fundada en su propia imposibilidad de cumplimiento, por causas ajenas a su voluntad. El dato más relevante de la norma proyectada era la exigencia de una comunicación expresa, inmediata y fehaciente a la otra parte cuando se ejerciera la suspensión.

Ninguna de las normas proyectadas llegó a convertirse en derecho vigente, aunque sirvieron de antecedentes mediatos a la figura prevista en el art. 1032 del CCCN.

III. Elementos de la suspensión preventiva del contrato.

En primer lugar, debemos destacar que el art. 1032 del CCCN consagra una facultad o posibilidad de suspender el cumplimiento. Este mecanismo de autoprotección patrimonial podrá ser ejercido por un contratante que vislumbre o avizore un grave riesgo a sus legítimos intereses. De ninguna manera existe un imperativo para el ejercicio de dicha prerrogativa. Por lo que el ejercicio de la tutela no es una obligación del contratante, sino una facultad que puede o no ser ejercida.

De la norma se pueden extraer determinados elementos que servirán para analizar la configuración de la tutela preventiva contractual en la dinámica de los negocios jurídicos.

1. Grave amenaza de daño a los derechos de un contratante. La amenaza de daño, en contra de los derechos del legitimado activo de la tutela preventiva, debe apreciarse

11 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

en función de: las circunstancias particulares de la vinculación contractual, el contrato celebrado, las conductas de las partes durante el vínculo, la situación patrimonial del legitimado pasivo, etc. Como señalan Tinti y Calderón¹², la apreciación de la grave amenaza debe realizarse en el caso en concreto y evitando interpretaciones rígidas que desnaturalicen el fin tuitivo de la norma. Por lo tanto, las condiciones de procedencia de la tutela deben valorarse con criterio de razonabilidad y en función de lo que ordinariamente acontece en el tráfico negocial¹³. Se deben evitar las interpretaciones formalistas que priven de eficacia a la tutela, porque como dijimos su finalidad es protectoria y está orientada a preservar el sinalagma, la equidad contractual y la buena fe. Para la procedencia de la suspensión preventiva del art. 1032 del CCCN, existe consenso que debe acreditarse la existencia de un peligro grave, cierto y objetivo con entidad de provocar la frustración del contrato. No debe exigirse la acreditación del incumplimiento contractual ya que la norma habilita evitar un daño patrimonial antes de su consumación y, generalmente, la grave amenaza de daño se produce con anterioridad al incumplimiento.

2. El menoscabo significativo. Por su parte se requiere que el legitimado pasivo experimente un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia. Se entiende por menoscabo una modificación sustancial de la situación patrimonial que genera un riesgo manifiesto, concreto y objetivo de incumplimiento. La expresión menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, abarcaría cuestiones de hecho como pérdidas patrimoniales sufridas por la contraria que le impidan cumplir con la obligación asumida, así como también en caso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar con vida al contrato hasta que dicha imposibilidad desaparezca¹⁴. Según Aparicio¹⁵, el deterioro o mutación patrimonial que origina el peligro debe apreciarse en su objetividad, sin atender a si resulta o no imputable al contratante afectado. El análisis, por tanto, no se apoya en si resulta imputable al deudor, sino en la realidad fáctica del riesgo y su potencial para comprometer el cumplimiento de la obligación.

El menoscabo significativo en la aptitud para cumplir o en la solvencia debe afectar al legitimado pasivo de la tutela preventiva. Es decir, se requiere una modificación patrimonial del deudor que comprometa su capacidad de cumplir o su solvencia. En este punto existe consenso interpretativo que no es necesario acreditar insolvencia en sentido estricto para la procedencia de la figura. De otro costado, se explica que la tutela no opera frente a la insolvencia¹⁶, sino que frente a un menoscabo significativo que compromete de manera razonable la expectativa de cumplimiento. Es decir, el instituto requiere un menoscabo en la solvencia del deudor, mas no su insolvencia. Como la figura tiene una finalidad de protección, puede invocarse antes de que la insolvencia se configure. Ello en razón que se pretende evitar que el acreedor quede expuesto a una frustración definitiva de su crédito.

IV. Diferenciación con la suspensión de cumplimiento del art. 1031 del CCCN.

Si bien cualquier instituto jurídico requiere de la comparación con figuras afines, en el caso de la tutela preventiva imprescindible demarcar los límites con la suspensión de

12 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016.

13 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016.

14 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016.

15 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

16 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016

cumplimiento (art 1031 CCCN). La doctrina nacional considera a la tutela preventiva como: a). área contigua a la *exceptio*: Aparicio sostiene que se trata de un área contigua a la excepción de incumplimiento del art. 1031 CCCN¹⁷. b). tipo especial de suspensión del cumplimiento: Sánchez Herrero la denomina suspensión preventiva y la considera un caso paradigmático de suspensión contractual sin incumplimiento de la contraria. Por su parte la define como un tipo especial de suspensión del cumplimiento, diferenciada por el supuesto de hecho que la habilita, ya que opera antes de que ocurra el incumplimiento¹⁸. c). tutela preventiva del crédito: El comentario al CCCN de Alterini¹⁹ como el de Lorenzetti²⁰ enfocan a la figura como una tutela preventiva del crédito. Se la concibe como una protección frente al incumplimiento previsible anticipatory breach²¹. d). ampliación de los alcances de la excepción de incumplimiento: Borda entiende que la tutela amplía los alcances de la excepción de incumplimiento contractual (Art. 1031), que tradicionalmente se invocaba solo en obligaciones de cumplimiento simultáneo²². e). función preventiva del derecho ante un daño inminente. Para Galdós la figura opera cuando existe grave amenaza de daño para una parte sin importar la causa o el motivo que lo ocasione²³.

Por lo expuesto debemos desandar el camino, regresar al art. 1031 del CCCN para indagar sobre la suspensión de cumplimiento prevista en dicha norma. En los contratos bilaterales, una de las partes puede suspender el cumplimiento de la prestación hasta que la contraria cumpla u ofrezca cumplir. El artículo 1031 consagra que la suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o excepción. Esta figura es conocida como *exceptio non adimpleti contractus* y supone la clásica excepción de incumplimiento contractual.

La suspensión de cumplimiento y la tutela preventiva comparten una finalidad común: permitir al contratante suspender el cumplimiento de su prestación en resguardo del equilibrio sinalagmático del contrato. Son, por lo tanto, dos remedios de naturaleza sinalagmática destinados a proteger el vínculo contractual frente a la ruptura o amenaza de ruptura del equilibrio de prestaciones.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas que derivan de una y otra no son idénticas. La suspensión del art. 1031 presupone un incumplimiento actual o inminente, verificable en el plano fáctico, y opera como una respuesta defensiva frente al quebrantamiento del sinalagma funcional del contrato. Por el contrario, la tutela preventiva del art. 1032 dispensa de aguardar un incumplimiento, ya que su presupuesto es la previsibilidad objetiva del riesgo de inejecución. Si fuera necesario esperar el incumplimiento, estaríamos nuevamente en el terreno del artículo 1031. Por eso, el legislador ha querido ofrecer un instrumento de autoprotección contractual anticipada, que habilite la suspensión antes de que el daño se produzca.

Con acierto Aparicio advierte que la tutela preventiva configura un área contigua a la

17 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

18 SANCHEZ HERRERO. A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

19 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018

20 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni. 2015.

21 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni. 2015.

22 BORDA, A. Derecho civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

23 GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020

excepción de incumplimiento²⁴, puesto que la suspensión que habilita el art. 1031 CCCN requiere que las partes estén obligadas a cumplir sus prestaciones simultáneamente, mientras que la suspensión preventiva no. En este caso, la tutela preventiva habilita a que un contratante suspenda la prestación a la que está obligado porque se avizora, de modo serio y objetivo, la frustración de su derecho cuando llegue el momento de recibir la contraprestación. Por su parte, Sánchez Herrero²⁵ sostiene que la suspensión preventiva del art. 1032 es una variante especial de la suspensión del cumplimiento, diferenciada únicamente por su supuesto de hecho: en lugar del incumplimiento, aparece un peligro previsible de que éste ocurra. En similar sentido, Borda²⁶ entiende que el art. 1032 amplía los alcances de la excepción de incumplimiento, toda vez que la *exceptio* del art. 1031 sólo resulta aplicable en los casos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, mientras que la tutela preventiva no requiere tal simultaneidad. Por su parte, Centenaro califica al art. 1032 como un complemento natural del artículo 1031, destacando la continuidad conceptual entre ambos remedios contractuales²⁷.

En consecuencia, la tutela o suspensión preventiva es una figura perfectamente diferenciable de la típica suspensión de cumplimiento del art. 1031 del CCCN. Recapitulando: 1. En la tutela no es requisito que las obligaciones sean simultáneas, como ocurre en la suspensión del art. 1031. 2. Si bien ambas figuras son remedios sinalagmáticos que se producen en los contratos bilaterales, en la tutela preventiva no se requiere el incumplimiento de la contraria, solo debe avizorarse de modo serio y previsible. 3. La tutela preventiva es una forma de autoprotección frente al riesgo previsible de que la otra parte no cumpla sus obligaciones.

V. Fundamento de la Tutela.

Antes que se sancionara el art. 1032 del CCCN ya se admitía que era posible suspender preventivamente el cumplimiento del contrato en ciertos casos²⁸. Por lo que parte de la doctrina nacional se había encargado de dotar de fundamentos al instituto, incluso cuando no existía una norma que sustentase dicha posibilidad.

Entre los autores que se han referido a la tutela preventiva sistematizamos los siguientes fundamentos: a). Sánchez Herrero²⁹ considera que es razonable la tutela ya que no hay por qué forzar a un contratante a cumplir si ya se sabe que el otro no cumplirá su obligación correspondiente, o al menos es probable que esto suceda. b). para Alejandro Borda³⁰ la figura encuentra fundamento en el abuso del derecho. Por lo que resulta abusivo que quien está obligado a cumplir deba hacerlo pacientemente mientras que el cocontratante se insolventa o se desmoronan las posibilidades de ver satisfechas sus créditos. c). a decir de Hernández y Trivisono el fundamento está en la finalidad tuitiva del instituto y en conservar al contrato con vida hasta que dicha imposibilidad de cumplimiento desaparezca³¹. d). Lorenzetti³² se enfoca en la tutela del crédito que le asiste al acreedor.

24 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023.

25 SANCHEZ HERRERO, A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

26 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

27 CENTENARO, E. Manual de Contratos. 2015

28 LAGO, D. La suspensión del cumplimiento contractual ante el peligro de incumplimiento de la contraparte en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, LL Sup. Act 13/03/2002, 2.

29 SANCHEZ HERRERO, A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

30 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

31 HERNANDEZ, C. TRIVISONO, J. Suspensión del contrato en el Proyecto del Código. La Ley, 18/09/2012, 1.

32 LORENZETTI R. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo VI. Rubinzal Culzoni. 2015.

Frente al incumplimiento previsible y para evitar un mal mayor es que se permite al contratante desligarse ante tempus. Se autoriza a anticiparse en los tiempos pidiendo seguridades y certezas. e) Jorge Galdós³³ encuentra el fundamento en lo provisorio de la figura: el objetivo es diferir, posponer o postergar el cumplimiento de la obligación de la parte cumplidora ante la probabilidad objetiva de que la otra no pueda satisfacer el interés del acreedor. Naturalmente, la suspensión quedará sin efecto en la medida en que la otra parte cumpla u otorgue las seguridades suficientes respecto de que el cumplimiento será realizado.

La solución de la tutela del Art. 1032 es claramente preventiva y dotada de toda lógica, así permite al vendedor evitar pagar el precio cuando es sabido que no habrá entrega.

Asimismo, la tutela preventiva se erige como una manifestación del principio de conservación del vínculo contractual en los términos del Art. 1066 del CCCN y como una protección de la confianza y la lealtad recíproca de los contratantes (art. 1067 CCCN).

VI. Finalidad de la tutela.

La tutela preventiva se erige como un mecanismo de autoprotección patrimonial que, fundado en la buena fe contractual, faculta a un contratante a suspender el cumplimiento de su prestación ante una amenaza grave, seria y ostensible de incumplimiento por parte de la contraparte. La finalidad de la suspensión preventiva consiste en prevenir un daño patrimonial evitable, garantizando el equilibrio contractual y la confianza legítima entre las partes. Por lo tanto, persigue tutelar, cuidar y/o proteger el plan prestacional que encierran los contratos de cambio.

Realizar planteos hipotéticos sobre la casuística de la figura es una tarea inabordable³⁴, por ello que debe imperar la razonabilidad y la proporcionalidad en el ejercicio de la tutela para no incurrir en abusos, por un lado, y cumplir la finalidad tuitiva de la norma, por el otro. Para una correcta interpretación de la ratio legis del art. 1032 del CCCN se impone un exhaustivo análisis del contexto económico, social y jurídico en que se desarrolla el contrato. De igual forma los contratantes (primeros intérpretes del vínculo contractual), los operadores jurídicos, los árbitros, los magistrados y los abogados defensores deben analizar minuciosamente el caso concreto y recurrir a criterios de ecuanimidad y prudencia para que la tutela preventiva cumpla su finalidad y que el vínculo contractual se mantenga incólume hasta su extinción por el cumplimiento cabal de las prestaciones.

La tutela no puede ser una herramienta que habilite el incumplimiento contractual. Solamente el contratante diligente podrá suspender la ejecución de su prestación cuando advierta una amenaza grave, seria y ostensible de incumplimiento de la contraparte. En

33 GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020

34 Solo a modo ejemplificativo enumeramos posibles acontecimientos que habiliten un planteo de suspensión preventiva basada en la grave amenaza de daño que provoque un menoscabo significativo en la aptitud de cumplir o en la solvencia del otro contratante; a saber: 1. Caso fortuito, la fuerza mayor, las catástrofes naturales (como inundaciones o terremotos), las internaciones prolongadas a raíz de accidentes. 2. Pueden producirse alteraciones imprevistas del mercado o del entorno económico que afecten de modo gravitante en la solvencia del obligado. 3. La amenaza grave de daño y el menoscabo significativo pueden haber sido ocasionadas por decisiones financieras o conductas del propio contratante que generen un riesgo razonable de incumplimiento. Así, resultan fundadas las sospechas cuando el deudor cierra su casa matriz, traslada sus negocios al extranjero, discontinúa un modelo de producción, o manifiesta públicamente su intención de no cumplir. 4. Otros supuestos ilustrativos podrían ser una empresa que suspende intempestivamente una línea de productos comprometidos en un contrato, o un deportista profesional que sufre una lesión que le impide cumplir con una obligación asumida.

todos estos casos, lo relevante no es la consumación efectiva del incumplimiento, sino la existencia de un riesgo objetivo y razonablemente comprobable. Por el contrario, un mero rumor, el temor subjetivo de un contratante, una sospecha infundada o el alea normal de los negocios no puede habilitar una medida tan extrema como es suspender preventivamente el contrato.

VII. Efecto de la tutela preventiva.

El art. 1032 del CCCN faculta a un contratante a el cumplimiento de su propia prestación en razón de configurarse una grave amenaza de daño por el posible incumplimiento del otro contratante. Este efecto no implica una sanción, sino la consagración de un derecho de autoprotección que encuentra su fundamento en la buena fe objetiva, la razonabilidad y en la función preventiva del derecho.

El efecto de la tutela preventiva es temporal y reversible. Por lo tanto, no opera de modo automático, ni tampoco es un remedio definitivo. Este instituto pierde su razón de ser cuando el cocontratante cumple acabadamente y fielmente con la prestación a su cargo. Además, el ordenamiento permite al deudor brindar seguridades suficientes de que cumplirá con su prestación, de esta manera la finalidad protectoria se satisface y se produce la restauración de la confianza contractual. Asimismo, existen múltiples alternativas mediante las cuales el deudor puede desarticular o neutralizar la suspensión prevista en el art. 1032 del CCCN.

Algunos autores advierten efectos secundarios en la tutela, tales como la conservación del vínculo contractual, la renegociación como autocomposición de intereses en pugna o una manifestación del principio de prevención del daño³⁵.

VIII. Neutralización de la suspensión de cumplimiento.

Aparicio observa que el mecanismo de neutralización surge de la misma disposición legal y constituye una herramienta para restablecer la dinámica sinalagmática del contrato³⁶. El propio art. 1032 establece que la suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

El cumplimiento de la prestación no genera mayores inconvenientes interpretativos, ya que el ordenamiento nos brinda pautas claras sobre el pago, entendido como el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación (art. 865 ss y cc del CCCN).

Ahora bien, ¿qué debemos entender por seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado? Como pauta general no bastaría una mera manifestación de voluntad que va a cumplir: se exige una pauta objetiva de solvencia y seriedad que proporcione una confianza objetiva y verificable sobre la futura ejecución³⁷.

No obstante, como la terminología “seguridades suficientes” es demasiado laxa podemos pensar que el acreedor podría darse por garantido por actitudes del contratante obligado (a saber, el juramento o el simple, y a la vez complejo, compromiso asumido en persona).

35 SOZZO, G. *Las Relaciones Contractuales En Tiempos De Emergencia*. Rubinzal Culzoni. 2020.

36 APARICIO, J. *Contratos*, Hammurabi, 2023.

37 ALTERINI, J. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018. Pág. 550.

Como la norma no restringe al contrato de fianza, Borda³⁸ entiende que se refiere a la constitución de una garantía real o personal adecuada que brinde certeza razonable de que el cumplimiento será realizado.

Las seguridades suficientes, que debe brindar el deudor para dejar sin efecto a la tutela preventiva, pueden ser: el contrato de fianza, la constitución de un derecho real de garantía (verbigracia: hipoteca), un depósito en garantía, el libramiento de un pagare en garantía, un aval bancario, la presentación formal de un plan prestacional detallado del cumplimiento, etc. Sin embargo, a nuestro entender, es necesaria la conformidad del acreedor. Se debe privilegiar la seguridad del tutelado, quien a su vez debe ser permeable a las propuestas que se le realicen y evitar encerrarse en posturas arbitrarias o caprichosas. Recordemos que la tutela brinda una solución provisoria; fracasada la coyuntura de la suspensión preventiva, el vínculo se encaminará a una extinción y será regido por las pautas rígidas de la resolución contractual.

IX. Aspectos procedimentales.

1. Carga de la prueba.

Como aspecto instrumental, debemos preguntarnos sobre quien pesa la carga de la prueba de los extremos que justifican la tutela. Como regla quien invoca debe probar³⁹. El contratante que pretende la suspensión debe demostrar la existencia del riesgo cierto y concreto de incumplimiento, debe probar la existencia de un menoscabo significativo en la aptitud de la otra parte para cumplir, debe probar cualquier circunstancia objetiva que altere sustancialmente la solvencia del deudor y/o debe probar la insolvencia. Sin embargo, el principio de la carga dinámica de la prueba puede desplazar el *onus probandi* hacia quien se encuentre en mejores condiciones de acreditar los hechos⁴⁰. Así, si el deudor posee los elementos contables o documentales que permiten probar su capacidad de cumplimiento, será él quien deba aportarlos, en virtud del principio de colaboración y buena fe procesal. En materia de relaciones de consumo, esta regla adquiere especial relevancia, dado el principio protectorio que informa el derecho del consumidor⁴¹.

Para la procedencia de la figura se entiende que la tutela preventiva contractual requiere un grado superior de certeza que las medidas cautelares tradicionales. Estas medidas procesales descansan sobre la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela suficiente, en cambio la tutela del Art. 1032 del CCCN, como advierte Iván de Chiazza requieren de una alta o fuerte probabilidad del derecho invocado, sustentada en prueba contundente y precisa. Por lo tanto no basta el temor ni la mera conjetura: debe demostrarse un riesgo razonablemente inminente de frustración del contrato y para ello es necesario acreditación de los extremos invocados⁴².

2. Deber de comunicación.

El artículo 1032 CCCN no impone expresamente el deber de comunicación previa. Recor-

38 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023.

39 BORDA, A. Derecho Civil y Comercial. Contratos. La Ley. 2023. SANCHEZ HERRERO. A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

40 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018. Pág. 553

41 ALTERINI, J. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Leiva Fernández Director Tomo V, artículos 957 a 1122. La Ley. 2018. Pág. 553

42 DI CHIAZZA, I. ¿Pretensión preventiva contractual? TR LALEY AR/DOC/197/2017

demos que el Proyecto de 1998 exigía que quien pretendiera suspender el cumplimiento lo comunicara de inmediato a la otra parte. Sin embargo, el CCCN se inclinó por lo regulado en el artículo 1461 del Código Civil italiano que no considera necesario el aviso previo.

Si bien no es un requisito legal expreso, la comunicación extrajudicial previa constituye una medida razonable y de buena fe (arts. 9 y 10 CCCN). La doctrina nacional coincide en que existe un deber de comunicación que se deriva implícitamente del ejercicio regular de los derechos⁴³. La omisión de comunicar de modo previo a recurrir a tribunales podría, en ciertos casos, privar de legitimidad al ejercicio de la facultad suspensiva y tener que cargar con las costas del proceso.

3. Vía procesal adecuada. ¿La acción preventiva de daños?

En las Jornadas de Derecho Civil de 2017, realizadas en la Plata 2017, la comisión de derechos de daños en cuanto a la Función preventiva de la responsabilidad civil declaró que: *el deber de prevención del daño que requiere el art. 1710 del Cod. Civ. y Com., es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual de la responsabilidad*⁴⁴. Mientras que en las Jornadas de Derecho Civil de 2022, realizadas en Mendoza en la Comisión N° 3 del Derecho de Daños se resolvió que la acción preventiva que prevé el Art. 1711 es aplicable en el ámbito contractual y que el Art. 1032 es una especie del género función preventiva del derecho.

Por lo tanto la tutela preventiva es una exteriorización de función preventiva del derecho⁴⁵ y a las acciones iniciadas en base al art. 1032 del CCCN les resultarían aplicables las pautas de los arts. 1711 ss y cc del CCCN. Galdós entiende que la tutela preventiva contractual es figura encaballada entre el derecho de los contratos y la función preventiva de daños. Por su parte refiere que existe una tendencia restrictiva en la materia pero que ello obedece a la naturaleza misma de los hechos en discusión y la falta de prueba de la idoneidad de la vía intentada⁴⁶. Este autor realiza un excelente racconto de casos jurisprudenciales que dan cuenta de los cambios que se producen conforme las normas procedimentales cada una de las jurisdicciones⁴⁷.

43 SANCHEZ HERRERO, A. Tratado Derecho de los Contratos. Tomo IV. La Ley. 2015.

44 ALONSO, I. Acción preventiva en materia contractual. LA LEY. 2018. TR LALEY AR/DOC/47/2018. Ver XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017, comisión 4: "Derecho de daños", "Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil"

45 TINTI, G. CALDERON, M. Contratos. Parte General. Zavalía. 2016. Sostienen que el Art. 1032 del CCCN consagra una acción preventiva de tutela del crédito facultando a uno de los contratantes a suspender la ejecución de su prestación como mecanismo de protección frente al riesgo serio que la contraparte no satisfaga las obligaciones a su cargo.

46 GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020.

47 Galdós realiza un interesante racconto de causas de las que se puede advertir que en algunos casos la tutela preventiva se tramitaron como medidas cautelares, procesos de conocimiento o amparos. CNCom., sala D, 18/10/2016, "WalMart Argentina SRL c. Grainco SA y otro s/ medida precautoria", LA LEY, 2017-B, 356; AR/JUR/84705/2016. CNCom., sala D, 14/11/2017, "Vila, Daniel E. c. Vila Santander, Alfredo L. s/ medida precautoria", AR/JUR/95138/2017. CNCom., sala F, 01/03/2018, "Kicer SA c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ amparo" AR/JUR/228/2018. CNCom., sala D, 12/04/2012, "La Iglesia Universal del Reino de Dios c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ amparo", AR/JUR/13568/2012. CNCom., sala F, 15/06/2017, "Trejo Saravia, Guadalupe c. Falabella SA". CCiv. y Com. Azul, sala II, 19/12/2017, "Torres, Luis Angel c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales", AR/JUR/91578/2017. Juzg. Civ. y Com. 4ª Nom. Rosario, "Beccacece, Víctor c. Chevrolet SA de Ahorro para Fines Determinados s/ demanda de derecho de consumo"; idem, Juzg. Civ. y Com. 4ª Nom. Rosario, "Derruidi, María Cristina c. Círculo de Inversores SA de Ahorro para Fines Determinados s/ demanda de derecho de consumo". CNCom., sala F, 09/04/2019, "América TV SA c. Practiplus SA s/ ordinario", RCCyC 2019 (noviembre), 13/11/2019, 203; AR/JUR/20482/2019. CCiv. Com. Mar del Plata, sala III, 18/09/2019, "M., V. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ acción de reajuste (art. 250, Cód. Proc. Civ. y Com.)", AR/JUR/27820/2019. GALDOS, J. La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. 2020. TR LALEY AR/DOC/951/2020.

X. Algunos interrogantes.

A continuación, nos plantearemos algunos interrogantes para un estudio exhaustivo de la figura, su mejor comprensión en la praxis y un abordaje integral de la tutela preventiva contractual.

1. ¿A qué contratos se aplica? La tutela preventiva resulta aplicable a los contratos paritarios⁴⁸ y, fundamentalmente, a los de adhesión a condiciones generales⁴⁹ y a contratos de consumo. En todos los casos deben ser contratos bilaterales, por ende, onerosos. De esto se colige que en la inmensa mayoría de tipos contractuales del sistema contractual nacional se podrá invocar válidamente el art. 1032 del CCCN. Por las características de la figura se requiere que el vínculo engendre obligaciones para ambos contratantes.

2. ¿Quién puede prevalecerse de la figura? El art. 1032 del CCCN prevé un resorte que brinda el ordenamiento para liberar a un contratante que advierte fundadamente un previsible fracaso del plan prestacional. Por lo tanto, el legitimado para invocar la tutela es el contratante que avizora la grave amenaza de daño que el restante contratante le puede ocasionar. Específicamente, la norma tuitiva de índole general complementa la protección que el sistema brinda al consumidor. Este podrá invocar la tutela preventiva, ya sea en sede administrativa como en sede judicial, apoyándose en el régimen de defensa del consumidor y que deberá ser interpretado conforme a sus principios (arts. 1094 y 1095 del CCCN) y criterios específicos de la ley especial (ley 24.240). Por su parte, nos resulta bastante trabajoso e incómodo suponer situaciones en las que un proveedor o predisponente pudiera prevalecerse del Art. 1032 del CCCN

3. ¿Es aplicable la tutela a los contratos preliminares? A nuestro entender los contratos preparatorios⁵⁰ constituyen un género y los preliminares una especie cuya característica principal es que obligan a contratar. Por lo tanto el género preparatorios comprende todas aquellas figuras que apuntan a arreglar las vinculaciones de las partes si estas llegan a avenirse, teniendo una existencia provisoria, poseen la función específica de preparar la concertación de un contrato definitivo, cuya existencia depende de la libre voluntad de una o ambas partes⁵¹. Entre los preparatorios enumeramos: contrato marco, normativo, preferencia, etcétera.

La especie contratos preliminares tienen una característica principal gozan de fuerza obligatoria y exigibilidad. Consideramos que el instituto de la tutela preventiva encuentra terreno fértil en el contrato de promesa (Art. 995 CCCN) y en el contrato de opción (Art. 996 CCCN). Ello en razón que, independientemente de la celebración del contrato definitivo, los contratos preliminares son auténtico vínculos contractuales⁵² y la falta de cumplimiento a las prestaciones comprometidas genera responsabilidad contractual⁵³.

48 DI CHIAZZA, I. ¿Pretensión preventiva contractual? TR LALEY AR/DOC/197/2017

49 VALLESPINOS, C. El Contrato Por Adhesión a Condiciones Generales. Universidad, 1984.

50 APARICIO, J. Contratos, Hammurabi, 2023. NICOLAU, N. Contratos preliminares. La promesa de celebrar y el contrato de opción, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 2014.

51 SPOTA, A. G. Los contratos preparatorios, LL, 1943.

52 Cabe aclarar que nos enrolamos en la postura que diferencia a los contratos preliminares como una especie dentro del genero contratos preparatorios.

53 SPOTA, A. G. Los contratos preparatorios, La Ley, 1943. "Consideremos ahora, de entre esos diversos tipos de contratos preparatorios, o sea, de los contratos reglamentarios o normativos, de coordinación y preliminares, estos últimos. Su característica fundamental es la de que, si bien preparan la formación de un contrato definitivo son contratos propios, que tienen fuerza obligatoria. Pero el contrato definitivo depende de una manifestación de voluntad, sea de una de las partes, sea de ambas. Esa manifestación de voluntad sobreviene en el futuro; si ella no acae, la parte que debía

Por el argumento referido y contrario sensu, afirmamos que no podrá invocarse la tutela durante las tratativas contractuales (ni en la denominada carta de intención o minutas) toda vez que las partes son libres para contratar o no, amén de los deberes emergentes de la etapa precontractual: buena fe, seguridad y confidencialidad.

4. ¿Es aplicable a todos los contratos preparatorios? La aplicabilidad de la tutela a todas las variantes de contratos preparatorios resulta mucho más difícil de afirmar. No obstante ello, Carlos Hernández⁵⁴ sostiene que la tutela preventiva resultaría aplicable al Contrato Marco. Prevé que de acuerdo al Art. 1075 del CCCN, efectos de los contratos conexos, un contratante válidamente podría suspender su prestación en los términos del Art. 1032 CCCN. La situación descrita podría darse, a su entender, debido el paso del tiempo entre el perfeccionamiento del contrato marco y los sucesivos contratos de aplicación.

5. ¿Podría renunciarse a convencionalmente a invocar la tutela preventiva? El Art. 13 del CCCN permite que puedan ser renunciados los efectos que impone la ley en un caso en particular. Por lo tanto, no se advierte una negativa que surja de la ley. Del análisis armónico de los arts. 962 y 963 del CCCN no existiría obstáculo para que las partes convengan renunciar a la facultad que le otorga el art. 1032 del CCCN. Dentro del enorme universo de los matices, consideramos que una renuncia anticipada de ejercer la tutela preventiva del crédito de modo unilateral podría configurar una situación de abuso del derecho (art. 10 CCCN) o un abuso de una posición dominante (art. 11 CCCN). En este marco de ideas, la cláusula que impone una renuncia de estas características debiera ser analizada pormenorizadamente. Tratándose de un contrato de adhesión y a la luz del Art. 988 CCCN deberán tenerse por no escritas: a. Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b. Las que importan una restricción o renuncia a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c. Las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles.

XI. Corolario

En la presente investigación se han compartido alguna de las aristas más relevantes de la novedosa herramienta prevista en el Art. 1032 del CCCN, sin embargo, nos invade una sensación de profunda insatisfacción toda vez que advertimos que la tutela preventiva del contrato es una herramienta noble que carece de la implementación adecuada. Por lo tanto, consideramos que debemos abordar estudios más profundos en la materia, ya que la tutela preventiva puede resultar una herramienta de notable utilidad para la autocomposición de intereses de los contratantes.

prestarla incurre en responsabilidad contractual, ya que ha violado el contrato preliminar”

54 HERNÁNDEZ, C. El contrato marco. La Ley. 2021.