

## LA SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

Por RICARDO S. DANUZZO \*

*“La doctrina que se viene ocupando del impacto de la crisis del COVID-19 sobre las relaciones contractuales no duda en identificar a este instituto como uno de los instrumentos a los cuales puede recurrirse para intentar superar la crisis en que la emergencia sanitaria coloca a los contratos” \*\**

### **Resumen:**

*El presente trabajo aborda, en el contexto de excepcionalidad de la pandemia, tres figuras jurídicas de esencial utilidad para la solución de los múltiples problemas que ella genera en las relaciones jurídicas como son la suspensión de cumplimiento contractual, la tutela preventiva del contrato y el principio de prevención del daño y la renegociación. Se analiza pormenorizadamente su regulación legal en los artículos 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación, ubicándolos en el marco de la teoría general del contrato dentro de la categoría de la suspensión de sus efectos, suspensión del contrato frente al incumplimiento total o parcial, siendo vinculada a ella la tutela preventiva que prevé otros casos de suspensión del contrato, que apuntan a la tutela preventiva de quien los invoca. Luego se aborda su finalidad práctica poniendo de resalto que se trata de una figura que tiene por finalidad mantener la relación de nexo de interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral y asimismo realizar a través de la misma el deber genérico de prevención del daño. Se analizan a su vez los supuestos de improcedencia de la figura y de procedencia de la resolución por incumplimiento. Finalmente se analiza la utilidad de estas figuras en tiempos de emergencia sanitaria y se desarrolla el deber de renegociar como especie*

\* Doctor Ricardo Sebastián Danuzzo, Abogado UNNE (1997), Doctor en Derecho UNNE (2013), Magister en Derecho Empresario UNNE (2021), Profesor Titular Ordinario de la materia Derecho de los Contratos y Derecho de Daños, Catedra “B”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de Universidad Nacional del Noreste. Profesor Titular Interino de la materia Derecho de los Contratos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata.

\*\* Sozzo Gonzalo, “Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia”, Contratos Resilientes, Editorial Rubinzal- Culzoni, año 2020.

*del denominado deber general de negociación y se plasman las conclusiones del presente trabajo.*

**Palabras clave:**

*Cumplimiento, Suspensión, Prevención, Tutela, Renegociación.*

THE SUSPENSION OF CONTRACTUAL COMPLIANCE IN THE  
FRAMEWORK OF THE HEALTH EMERGENCY

**Abstract:**

*The present work addresses, in the context of the exceptionality of the pandemic, three legal figures of essential utility for the solution of the multiple problems that it generates in legal relations, such as the suspension of contractual compliance, the preventive protection of the contract and the principle of harm prevention and renegotiation. Its legal regulation is analyzed in detail in articles 1031 and 1032 of the Civil and Commercial Code of the Nation, placing them within the framework of the general theory of the contract within the category of the suspension of its effects, suspension of the contract in the face of total breach or partial, being linked to it the preventive guardianship that foresees other cases of suspension of the contract, which point to the preventive guardianship of the person who invokes them. Then its practical purpose is addressed, emphasizing that it is a figure whose purpose is to maintain the relationship of interdependence link of the obligations arising from a bilateral contract and also carry out through it the generic duty of prevention of damage. In turn, the assumptions of inadmissibility of the figure and of origin of the resolution for non-compliance are analyzed. Finally, the usefulness of these figures in times of health emergency is analyzed and the duty to renegotiate is developed as a kind of the so-called general duty of negotiation and the conclusions of this work are reflected.*

**Keywords:**

*Compliance, Suspension, Prevention, Guardianship, Renegotiation.*

## INTRODUCCIÓN

El tema cuyo estudio abordamos, se presenta como una de las más interesantes novedades que incorpora el Código Civil y Comercial unificado a la legislación. Como hemos señalado en su oportunidad <sup>1</sup>, su incorporación obe-

<sup>1</sup> Midón (dir.), *Impacto procesal de la unificación civil y comercial*, Editorial Contexto, p. 263, 2018.

dece a la necesidad de adecuar la regulación contractual, a las directivas más modernas, que respecto de la figura nos presenta, como a continuación veremos, el derecho comparado. Asimismo, representa, para el operador jurídico, una importante herramienta jurídica a las que puede recurrir, para una adecuada defensa técnica de los intereses que le son confiados, en tiempos de emergencia como los que vivimos.

## 1. ANTECEDENTES DEL DERECHO COMPARADO

La figura que analizamos es regulada y presenta algunas diferencias de matices en el derecho comparado.

Señala Leiva Fernández <sup>2</sup> que la *exceptio non adimpleti contractus* no estaba prevista expresamente en el Código Civil francés. Recientemente la Ordenanza 2016-131 del 10/2/16, con vigencia el 1º de octubre del mismo año, modificó el Código francés incorporando el siguiente artículo: «Art. 1219. Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave» (“Una parte podrá rehusar cumplir su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra no cumple la suya y si dicho incumplimiento es suficientemente grave”).

Si la regula el Código Civil italiano de 1942, el Código de las Obligaciones suizo y el Código Civil alemán de 1990.

El Código Civil alemán de 1990 (*BGB*) contiene un instituto mucho más amplio que la *exceptio* pues cumple parte de la función que en el derecho argentino se satisface a través del derecho de retención. En el *BGB* la retención no solo puede ser de cosas sino de prestaciones con lo que se configura un instituto más fuerte y abarcador que el del derogado art. 1201 y el Código vigente.

Con notoria sencillez, el art. 476 del *CC* de Brasil de 2002 regula “*da execao de contrato nao cumprido*” al disponer que “*nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigacao, pode exigir o implemento da do outro*”. Anteriormente también había sido receptado en el art. 1092 del Código Civil brasileño de Clovis Bevilacqua, derogado en 2003 <sup>3</sup>.

Los Principios de UNIDROIT regulan la excepción de incumplimiento (art. 7.1.3) <sup>4</sup> que incluso autoriza la suspensión unilateral del cumplimiento antes de que la prestación de la contraparte sea exigible.

<sup>2</sup> Leiva Fernández, *Tratado de los contratos*, Tomo II, Editorial Thomson-Reuters - La Ley, p. 10, Bs. As., 2017.

<sup>3</sup> Véase sobre la historia de la suspensión de cumplimiento y su recepción en derecho comparado, Spota - Leiva Fernández, *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed., T. III, Nro. 688 y 689, pp. 598 a 607, Editorial La Ley, 2009.

<sup>4</sup> Art. 7.1.3. “Suspensión del cumplimiento. 1). Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca

El Proyecto de Código Civil para el Estado Libre Asociado de Puerto Rico reguló la tradicional figura en el art. 1366 que expresa: “Excepción de incumplimiento contractual. En los contratos con prestaciones recíprocas, una de las partes puede rehusar su cumplimiento mientras la otra no cumpla su contraprestación u ofrezca cumplirla. La defensa de incumplimiento no procede si la contraprestación debida por el reclamante debe cumplirse luego de la prestación que está a cargo del reclamado. Si la contraprestación se cumplió en forma parcial o defectuosa el reclamado puede reducir su prestación en proporción a lo que sigue adeudando el reclamante”.

## 2. LA TUTELA PREVENTIVA DEL CONTRATO Y EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN DEL DAÑO

La tutela preventiva del contrato es una herramienta del universo de las soluciones concretas que el Código Civil y Comercial trae inspirado en el principio de prevención del daño de reconocida raigambre constitucional.

Este vínculo tiene relevancia práctica por diferentes motivos. En primer término, inscribe a la tutela preventiva del contrato dentro de la "función preventiva" de la responsabilidad por daños. En segundo término, pues, al hacerlo, conecta la figura con la norma que funda el subsistema de prevención del daño del Código Civil y Comercial (art. 1710) que establece cuáles son los deberes de prevención. En tercer término, pues permite que la acción judicial que se inicie, pretendiendo la aplicación de este instituto, se valga de las normas institucionales que se establecen en el Código Civil y Comercial para la pretensión preventiva (arts. 1711 a 1715, CCC) <sup>5</sup>.

## 3. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

El Código Civil y Comercial de la Nación regula expresamente la figura jurídica *sub examine* en la Sección Tercera, puntualmente en el art. 1031 en los siguientes términos: “Art. 1031. Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”.

su prestación. 2). Cuando el cumplimiento ha de ser sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero”.

<sup>5</sup> Sozzo Gonzalo, “Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia”, Contratos Resilientes, Editorial Rubinzal- Culzoni, p. 145, 2020.

#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Señala Lorenzetti <sup>6</sup> que la figura en análisis se ubica en la teoría del contrato dentro de la categoría de la suspensión de sus efectos, que actúa como un género dentro del cual se reconocen diferentes figuras, tales como la excepción de incumplimiento contractual, la excepción de cumplimiento parcial o defectuoso, la excepción de caducidad y la paralización derivada de la previsibilidad del incumplimiento de la contraparte.

El art. 1031 se ocupa especialmente de las dos primeras. La regulación debe ser integrada con los principios generales insertos en el Título Preliminar, lo que permite una adecuada ponderación de las circunstancias a fin de reconocer o rechazar la suspensión. El emplazamiento no impide el despliegue de estos institutos en otras áreas del derecho privado.

Para que la suspensión del cumplimiento del contrato resulte procedente es ineludible que la obligación incumplida por la otra parte no esté sujeta a plazo o condición suspensiva. Si una de estas modalidades de los actos jurídicos concurre en el contrato y posterga el cumplimiento de la prestación a cargo del incumplidor, la suspensión de la otra parte no puede prosperar, pues la parte deudora todavía no está obligada a cumplir. La inexistencia de plazos estaba prevista expresamente como requisito en la parte final del art. 1201 del Código histórico. El Proyecto de 1998 lo expresaba de otra manera: quien se exceptiona no debía estar obligado a cumplir en forma anticipada al accionante (art. 990).

Señala Leiva Fernández <sup>7</sup> que con la actual redacción del art. 1031 del *CCCN* es posible concluir que el requisito se mantiene, dado que si la suspensión resulta viable cuando ambas partes deben cumplir simultáneamente, ello no ocurriría cuando la prestación de una está sometida a plazo o condición suspensiva. No existe correlatividad, una debe cumplirse antes que otra.

La excepción de incumplimiento tampoco procede si quien demandada ofrece cumplir en ese acto, aunque no lo haya hecho hasta entonces. Se han ensayado diversas posturas en cuanto a qué debe entenderse por el “ofrecimiento a cumplir”.

Para una primera opinión <sup>8</sup>, el solo hecho de promover la demanda por cumplimiento de contrato implica un tácito ofrecimiento de cumplir con las prestaciones a su cargo. Es decir que no se exige un punto expreso de la demanda donde el accionante deba ofrecer cumplir su obligación. Esto

<sup>6</sup> Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, T. VI, p. 44, 2015.

<sup>7</sup> Leiva Fernández, *Tratado de los contratos*, T. II, Editorial Thomson-Reuters - La Ley, p. 5, 2017.

<sup>8</sup> Salas - Trigo Represas, *Código Civil y leyes complementarias anotadas*, T. II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972. p. 54. En el mismo sentido, véase Compagnucci de Caso, *La exceptio non adimpleti contractus*, LL, 1993-B-315, con citas de Llerena, Morello y Acuña Anzorena, 1972.

llevaría a concluir que no podría prosperar la suspensión del cumplimiento contractual por el solo hecho de que quien reclama no haya ofrecido cumplir expresamente.

Para otra opinión <sup>9</sup>, ello no podría ser así, dado que quitaría campo de aplicación a la figura de suspensión del cumplimiento: si todos los reclamos llevarán tácitamente el ofrecimiento de cumplir, carecería de sentido el tratamiento de la suspensión. Podría pensarse en otro tipo de posibilidad, como exigirle al actor que efectivamente ponga a disposición del juez la prestación a su cargo, por ejemplo, recurriendo a la vía que prevén los arts. 904 o 910 del CCCN. Pero este enfoque sería un error, en la medida que la condición que se exige al accionante es que ofrezca cumplir y no el cumplimiento efectivo.

El art. 1031 del CCCN distingue dos supuestos: hasta que la otra parte cumpla u ofrezca cumplir. Si se exigiera el cumplimiento efectivo como sinónimo de ofrecer cumplir no habría nunca dos posibilidades sino una sola: siempre se debe cumplir, o antes de iniciar la demanda o en el momento de hacerlo.

Un último enfoque es el de exigir al reclamante el ofrecimiento expreso o inequívoco de cumplir, lo que sería poner su prestación a disposición del juez, reconociendo que no ha dado cumplimiento todavía, pero que lo hará ni bien obtenga la prestación que le es debida. Da lo mismo si el requerimiento es extrajudicial o judicial. Esta postura intermedia es la que mejor se condice con las reglas del nuevo instituto contenido en el art. 1031 <sup>10</sup>.

## 5. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Señala Lorenzetti <sup>11</sup>, que, en sintonía con los modelos más modernos del derecho comparado, el nuevo Código ha preferido dedicar una sección a la *suspensión del cumplimiento y fuerza mayor*. El sentido no es otro que brindar herramientas que tiendan a evitar o disminuir los efectos nocivos del incumplimiento, en línea con la función preventiva consagrada en el art. 1710 en materia de responsabilidad civil.

La suspensión del contrato se constituye en el hilo conductor dentro del cual se explican sus diferentes variantes, dentro de las cuales se reconoce a la excepción de incumplimiento, a la excepción de caducidad y a la paralización derivada de la previsibilidad del incumplimiento de la contraparte <sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Conf. Gastaldi - Centennaro, *Excepción de incumplimiento contractual*, p. 102, 1995.

<sup>10</sup> Conf. Hernández - Trivisonno, *La suspensión del contrato en el Proyecto de Código*, LL, 2012-E-1067.

<sup>11</sup> Lorenzetti (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, T. VI, p. 44, 2015.

<sup>12</sup> Hernández - Trivisonno, *La suspensión del contrato en el Proyecto de Código*, LL, 2012-E-1067.

### 5.1. La suspensión del contrato frente al incumplimiento total o parcial

El art. 1031, titulado “Suspensión del cumplimiento”, comienza por re-ceptar el supuesto tradicional de la excepción de incumplimiento contractual, según la cual nadie puede reclamar a otro el cumplimiento de una obligación si él mismo no ha cumplido con la obligación recíproca a su cargo. Para ello, se utiliza una fórmula que se aparta del despliegue procesal de la cuestión y se acerca a la lisa y llana expresión del principio del *trait pour trait*, a diferencia del art. 1201 del *CC* de Vélez Sarsfield. Se siguen los lineamientos del art. 7.1.3 de *Unidroit* –en relación con la formulación de la regla y su colocación bajo el título de “Suspensión del cumplimiento”– y del § 320 del *BGB* en lo relativo a cómo opera la suspensión de ser plurisubjetiva la composición de una de las partes del negocio.

El fundamento radica en el nexo de interdependencia que existe entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales, que implica que una prestación es el presupuesto de la otra<sup>13</sup>. Este nexo se manifiesta no solo en el momento del perfeccionamiento, condicionando el nacimiento de una obligación al de su correspondiente (sinalagma genético), sino también en la fase de ejecución del contrato (sinalagma funcional), sujetando una prestación al cumplimiento simultáneo de la otra. Actualmente y en virtud del vínculo de interdependencia, se sostiene que si las partes no han previsto el orden en que han de ejecutarse las prestaciones, rige el principio de cumplimiento simultáneo, según el cual las mismas deben cumplirse contemporáneamente. Se presupone, entonces, que las partes han querido que el intercambio sucediese en un mismo y solo acto. Aquí se observa el profundo arraigo de la disposición en el principio de buena fe objetiva, dado que no resulta acorde a ella requerir el cumplimiento de la contraparte sin haber cumplido. Sin embargo, señala Alterini, este aspecto del sinalagma funcional se ha ido ampliando permitiendo la suspensión del cumplimiento de las obligaciones no solo en supuestos en que exista simultaneidad, sino también en otras circunstancias que ameritan dicha tutela<sup>14</sup> como luego se verá.

La norma que analizamos tiene la suficiente amplitud para comprender también a la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, que permite al demandado o requerido abstenerse legítimamente de ejecutar la prestación a su cargo cuando media cumplimiento parcial o defectuoso del actor. Señala Nicolau que el supuesto de hecho aquí descripto es diverso, porque existe cumplimiento, pero el mismo no satisface los principios de identidad e integridad del pago (arts. 868 y 869, *CCCN*)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Spota, *La “exceptio non adimpleti contractus”*, *LL*, 17-217 y ss.

<sup>14</sup> Alterini, *Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno*, p. 1172 y ss.; Hernández - Esborraz, *Ciertos efectos de los contratos con prestaciones recíprocas en los Proyectos y Reformas al Código Civil*, *ED*, 156-802 y siguientes.

<sup>15</sup> Nicolau, *Fundamentos de derecho contractual*, Editorial La Ley, p. 343 y ss. 2009.

## 6. NATURALEZA JURÍDICA

Señala Lorenzetti que el fundamento debe situarse en el acreedor. Se trata, señala este autor, de una acción preventiva, que se concede a la parte cumplidora, puesto que no tendría sentido obligarla a seguir cumpliendo cuando es seguro que la parte contraria no lo hará. Nosotros, por nuestro lado, preferimos seguir calificando la figura, en su esencia o naturaleza jurídica, como una medida de autodefensa, criterio este propiciado por la doctrina italiana. En efecto, señala Colagrosso (citado por Mosset Iturraspe 16) que la institución en estudio figura en el repertorio de las medidas de autodefensa privada, con cierto carácter coercitivo, tendientes a salvaguardar el equilibrio contractual.

En términos generales coincidentes, se puede afirmar señala Stiglitz<sup>17</sup> que la excepción de incumplimiento permite a cada contratante defenderse a sí mismo y a esa posibilidad se la enuncia como “autotutela”, siendo coincidente en este sentido prestigiosos juristas italianos<sup>18</sup>. Consiste en que un contratante se abstenga (legítimamente) de cumplir la prestación (la suspenda), si el otro no cumpliera o no ofreciese cumplir simultáneamente la suya<sup>19</sup>. O, dicho de otro modo, es un medio compulsivo de autodefensa para preservar el equilibrio funcional del contrato y tiene como propósito atribuir a la otra parte, el incumplimiento total o parcial o defectuoso de la obligación a su cargo, lo que le permite suspender la prestación debida o el pago de lo adeudado<sup>20</sup>.

Señala Rinesi<sup>21</sup>, que, como defensa del derecho sustancial, ha sido considerada como un requisito de la acción, y como una verdadera defensa del demandado. El derecho del actor, explica siguiendo a Mosset Iturraspe, no es negado, queda subsistente, pero se le opone otro derecho que lo torna total o parcialmente ineficaz.

Se trata –en los hechos– señala Muguillo<sup>22</sup> de un medio de presión que ejerce directamente un contratante contra el otro –con apoyo en la ley– para obligarlo a la ejecución de la obligación. En pocas palabras, “no cumplo si no cumples”, por lo que mi conducta legítima es la de oponerme a ejecutar mi obligación –al menos provisoriamente–, mientras mi reclamante no cumpla o se allane a cumplir. Esta defensa no solo es oponible judicialmente, sino que

<sup>16</sup> Mosset Iturraspe, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, p. 433, año 2008.

<sup>17</sup> Stiglitz, R. - Stiglitz, G. - Caramelo Díaz - Rocca, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, 3ª ed, La Ley T. III, 2015.

<sup>18</sup> Roppo, *Il contratto*, 1977, p. 236; Messineo, *Doctrina general del contrato*, 1948, T. II, Nº 7, p. 431.

<sup>19</sup> CNCom., Sala B, 30/9/98, “Argentina Televisora Color c. Bolla R.”, *JA*, 2002-II, síntesis; CACC Morón, Sala II, 21/2/06, “Paoli A. c. Piñero L.”, *JA*, 2008-I, síntesis.

<sup>20</sup> CNCom., Sala B, 30/9/98, “Argentina Televisora Color c. Bolla R.”, *LL*, 1999-D-625; *DJ*, 1999-3-429.

<sup>21</sup> Rinesi, *Contratos, Parte general*, Editorial Mave, T. I. Corrientes, 1999.

<sup>22</sup> Muguillo, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Editorial Astrea, 2016.



también puede serlo extrajudicialmente y es ejercitable tanto contra el incumplimiento de la otra parte como en el supuesto de mal o indebido cumplimiento de ella.

Señala el referido autor que carece de lógica habilitar la suspensión del cumplimiento solo cuando las partes deben cumplir “simultáneamente” sus obligaciones, pues la bilateralidad o reciprocidad puede comprender obligaciones separadas en el tiempo y ello impediría al que ya cumplió una parte de ellas ejercer este derecho, si la prestación de la otra parte no es “simultánea” con la suya. No obstante, alguna jurisprudencia sustentó ese concepto de simultaneidad 23.

## 7. TUTELA PREVENTIVA. SUPUESTOS CONTEMPLADOS POR EL DISPOSITIVO LEGAL

La norma *sub examine*, vinculada a la figura de la suspensión de cumplimiento prevista y regulada por el art. 1032 del CCCN, prevé otros casos de suspensión del contrato, que apuntan a la tutela preventiva de quien los invoca.

Al respecto, se torna necesario analizar el dispositivo legal, para desentrañar el sentido y alcance del mismo.

El art. 1032 del CCCN expresamente reza: “Tutela preventiva. 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 suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Bien señala Lorenzetti que esta norma se vincula con las siguientes figuras con las cuales presenta similitudes: *a*) imposibilidad temporaria (art. 956); *b*) suspensión del cumplimiento (art. 1030). Señala este autor, que también con el deber de prevención del daño (art. 1710). Como lo señalamos, la norma en comentario reconoce expresamente la existencia de otras situaciones de suspensión del contrato, distintas de aquellas que motivan la interposición de la excepción de incumplimiento contractual, pero que se juzgan igualmente merecedoras de tutela jurídica en protección del nexo de reciprocidad existente entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales. Con ello se explicitan posturas que fueron admitidas por nuestra doctrina, y consentidas por la jurisprudencia antes de la reforma.

Así ocurre, por ejemplo, con la llamada “excepción de caducidad de plazo”, que, como atinadamente apunta Lorenzetti, posibilita al demandado por cumplimiento resistirse a cumplir la propia prestación por hallarse el reclamante en estado de insolvencia, aunque este se encuentre beneficiado por un plazo para el cumplimiento de su obligación.

<sup>23</sup> CNCom., Sala B, 28/10/08, *DJ*, 2009-920.

Otro supuesto de hecho por el cual se faculta expresamente a una de las partes a suspender el cumplimiento de la prestación se admite cuando la contraparte haya “sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir”. La situación descrita por la norma, presenta una suficiente plasticidad que permite abarcar, enseña Lorenzetti cuestiones de hecho tales como pérdidas patrimoniales sufridas por la contraria que le impidan cumplir con la obligación asumida, así como también el caso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar al contrato con vida, hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

Señala Lorenzetti que el fundamento debe situarse en el acreedor: es una acción preventiva, que se concede a la parte cumplidora, puesto que no tendría sentido obligarla a seguir cumpliendo cuando es seguro que la parte contraria no lo hará.

Una regla de este tipo puede ser vista de dos modos:

- Un derecho del acreedor a anticipar la resolución frente a la amenaza de incumplimiento.
- Un deber del deudor de comportarse de buena fe, en el sentido específico de no poner en riesgo la expectativa de cumplimiento que tiene el acreedor.

Señala Lorenzetti que estos aspectos evidencian que se trata de una acción de tutela preventiva del crédito. El supuesto de hecho activante, no es la lesión como ocurre en la responsabilidad contractual, sino la mera amenaza de lesión, la afectación de una expectativa de cumplimiento o una “amenaza de daño” como dice el propio art. 1039. Para evitar un mal mayor es que se permite desligarse *ante tempus*. La solución tradicional –afirma Lorenzetti– era esperar a que se configure el incumplimiento de una obligación nuclear del contrato (no entrega de las mercaderías o falta de pago de precio), para autorizar al acreedor a constituir la mora y declarar la resolución; luego de ello tiene que hacer un juicio reclamando el pago de los daños y la restitución de lo dado. Coincidimos con dicho autor en que la solución del Código es claramente preventiva.

## 8. FINALIDAD

La doctrina se muestra uniforme y pacífica en sostener que se trata de una figura que tiene por finalidad mantener la relación de nexo de interdependencia de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral y asimismo realizar a través de la misma el deber de prevención del daño (art. 1710).

## 9. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Puede plantearse como acción o excepción.

En cualquier caso, el interesado deberá acreditar la concurrencia de los siguientes requisitos que hacen a su procedencia:

a) Que los derechos del contratante sufran una grave amenaza de daño. Se trata de una amenaza grave de daño. Por ello deberá acreditarse, según entiendo, el temor fundado, que permita invocar la referida amenaza y la misma debe ser además grave.

b) La otra parte sufra o haya sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o su solvencia.

Se trata, señala acertadamente Picasso <sup>24</sup>, de situaciones objetivamente verificables que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la contraria y que podrían determinar que, en caso de cumplir con la prestación a su cargo, quien invoca la tutela podría sufrir un perjuicio patrimonial.

## 10. SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA DE LA FIGURA

Hemos analizado hasta aquí los distintos supuestos en los que procede la figura en estudio. A partir de ahora analizaremos los supuestos de improcedencia:

1. El otorgamiento de seguridades como mecanismo de remoción de la suspensión.

El último párrafo del art. 1032 del CCCN afirma que la suspensión concluye si el incumplidor brinda seguridades suficientes para la ejecución de las prestaciones a su cargo. Entiendo que quedan aquí sujetas finalmente al prudente arbitrio judicial la amplia gama de seguridades que serán integradas por las distintas garantías personales o reales.

2. La difícil cuestión de la fuerza mayor o del caso fortuito que afectan al propio peticionante.

Señala Lorenzetti que la expresión genérica del párrafo segundo del art. 1031 del CCCN, en cuanto establece que: “La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción”, permite plantear como interrogante, si se ha querido facultar también a una de las partes para suspender el cumplimiento frente a supuestos de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de su propia prestación, permitiendo de esta forma conservar al contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

La cuestión, ha dicho el autor citado, ha sido debatida por nuestra doctrina, en una gran medida, como resultado del Proyecto de 1998 que la contemplaba expresamente en el art. 992, inc. c), en cuanto disponía que “Una parte puede suspender su propio cumplimiento (...) Si tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad...”. El tiempo dirá qué hermenéutica habrá de prevalecer ahora, aunque seguramente estará ella signada por el juego de los principios generales, en particular los de buena fe, abuso del derecho y conservación del negocio jurídico.

<sup>24</sup> Picasso (dir.), *Código Civil y Comercial Unificado. Comentado*, T. III, Editorial Infojus, Bs. As., 2015.

En ese orden de ideas, señala dicho autor, no puede prescindirse del modo amplio con el cual el legislador ha consagrado el instituto de la suspensión y de la regulación que se dispensa a la imposibilidad temporaria, donde se afirma que: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible” (art. 956).

## 11. DISTINTAS ALTERNATIVAS DE POSTULACIÓN PROCESAL

La figura en análisis, dada su amplia formulación normativa, permite su planteo en sede extrajudicial y también su postulación procesal judicial como acción o excepción.

Respecto de su postulación como acción, creemos que el trámite a seguir, sería el del juicio de conocimiento más abreviado, con el correspondiente planteamiento de una medida cautelar, que podría, según el caso, ser una prohibición de innovar o una medida cautelar innovativa, en procura del aval judicial de la suspensión.

Variaran, según la medida cautelar escogida y la jurisdicción ante la cual vaya a plantearse los requisitos de procedencia de misma. También puede plantearse, como una medida autosatisfactiva, que, como es sabido, constituye, al decir del maestro Jorge Peyrano <sup>25</sup>, una expresión privilegiada del proceso urgente.

## 12. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y EN CAMBIO PROCEDERÍA LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Sabido es que una de las diferencias entre la suspensión y la resolución por incumplimiento, pacíficamente aceptada por la doctrina nacional, está dada por el hecho de que la primera no extingue el vínculo contractual nacido del contrato, en tanto que la resolución si lo extingue.

Así entendidas las cosas, creemos, coincidiendo con Lorenzetti que existen dos supuestos en los cuales la suspensión no procedería, correspondiendo en forma directa la resolución por incumplimiento.

Estos supuestos son: *a)* plazo esencial, y *b)* frustración de la finalidad. Entendemos que, de darse estos dos supuestos, correspondería directamente la resolución, ya que de lo contrario se afectarían los elementos esenciales del contrato, especialmente la causa del mismo.

<sup>25</sup> Peyrano (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, Editorial Rubinzal Culzoni, 1999.

### 13. LA UTILIDAD DE LA FIGURA JURÍDICA EN TIEMPOS DE EMERGENCIA SANITARIA

Las dos herramientas que hemos sucintamente analizado, dependiendo de las particularidades del caso, podrían resultar de aplicación, en las circunstancias actuales de emergencia.

La “suspensión de cumplimiento” (art. 1031) autoriza a las partes a suspender el cumplimiento de la propia prestación hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. Esta suspensión puede invocarse en el supuesto de que una de las partes no pueda cumplir por una razón de fuerza mayor definitiva o transitoria. Ello resulta muy claramente del título de la sección: “Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor”.

La “tutela preventiva” (art. 1032) legitima a una parte a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un grave menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

Esta “tutela” se inspira en el *anticipatory breach of contract* y podría operar no solo frente a la insolvencia de la contraparte sino también de cara a un menoscabo significativo de su capacidad de cumplir, lo cual abarca situaciones de hecho, así como también hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar el contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

Señala Rivera <sup>26</sup> que estas dos figuras pueden ser aplicadas fructíferamente en la crisis actual. Partiendo de lo obvio, esto es, que tanto la pandemia en sí misma como las medidas gubernamentales constituyen un *casus*, en tanto imprevisible, inevitable, sobreviniente y ajeno a las partes, ambas figuras son una herramienta interesante para los casos de contratos que se ven interferidos por la pandemia y las medidas gubernamentales.

Así, por ejemplo, hay ciertos contratos de locación de obra y de servicios que hoy no pueden cumplirse. Las obras de construcción están paralizadas. Y hay servicios que no pueden prestarse porque no son esenciales o por otras razones; por ejemplo, un contrato de limpieza o de seguridad de un teatro o cine o de cualquier local comercial que no preste un servicio esencial no puede cumplirse porque esos locales están cerrados; entonces el prestador del servicio no puede cumplir con su obligación porque su personal no está autorizado a desplazarse y a su vez el comitente se encontrará impedido de poner a disposición el local. Todo ello transitoriamente. Para resolver estos casos hay que ponderar las disposiciones que el Código Civil y Comercial trae en materia de contrato de obra y servicios, que constituyen el derecho común. Entre ellas merece es-

<sup>26</sup> Rivera, *Los contratos frente a la pandemia, LL*, “Suplemento Contratos y Coronavirus”, ejemplar del 22/4/20.

pecial atención para el caso lo previsto en el art. 1267 que autoriza a rescindir el contrato de obra si no puede cumplirse sin culpa (o sea, que incluye el caso fortuito o fuerza mayor).

Ahora bien; si quien puede lo más puede lo menos, el dueño de la obra o el comitente si es una locación de servicios también puede suspender la ejecución del contrato si la imposibilidad fuera transitoria. Así lo señala la doctrina con relación a la locación de obra, en el cual el efecto de la imposibilidad transitoria es la suspensión del plazo para cumplir con la obra; entendemos que la misma *ratio legis* —que no es otra que facilitar la continuidad del vínculo contractual— debe aplicar a la locación de servicios, permitiendo entonces suspender la vigencia del contrato mientras dure el impedimento. También será necesario considerar, en cada caso, el derecho de excepción que está constituido por las normas de emergencia.

#### 14. EFECTOS DE LA ALTERACIÓN DEL NEGOCIO POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES. EL DEBER DE RENEGOCIAR EL CONTRATO

El efecto normal de estas situaciones de emergencia es modificar las bases del negocio.

Señala Lorenzetti <sup>27</sup> que la teoría de las bases del negocio jurídico, que comienza a ser elaborada por Oertmann <sup>28</sup>, parte de un criterio voluntarista al firmar la obligatoriedad de la voluntad, pero lo flexibiliza diciendo que ambas partes tienen en cuenta algunas circunstancias al momento de celebrar el contrato. El cambio de esas circunstancias o su desaparición desnaturaliza al acto y por lo tanto lo frustra. Progresivamente se avanza en un criterio más objetivo, en el que las bases que se tienen en cuenta no son solo las existentes al momento de contratar, sino las posteriores, que existen durante la ejecución, sobre todo en los vínculos de larga duración.

Creemos en sentido coincidente con Medina <sup>29</sup>, que, en los tiempos de pandemia, más que recurrir a los tribunales, las partes tienen el deber de renegociar el contrato, ya que lo ideal es la autocomposición del sinalagma alterado por la pandemia y por las resoluciones dictadas para tratar de paliarla. Ello, que está expresamente contemplado en el art. 1011 para los contratos de larga duración, aparece como un principio de derecho vinculado al paradigma de la buena fe.

<sup>27</sup> Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª ed., Editorial Rubinzal Culzoni, p. 622, 2018.

<sup>28</sup> Oertmann, *Introducción al derecho civil*, trad. de L. Sancho Serra, 1993.

<sup>29</sup> Medina, *Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19 Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado*, LL, “Suplemento Contratos y Coronavirus”, ejemplar del 22/4/20.

En principio, señala Chaime, las partes deben “activar –en un plazo razonable– un comportamiento tendiente a lograr la recomposición extrajudicial”<sup>30</sup>. Precizando esta idea, se afirma que la cooperación para llegar a una adaptación del contrato importa para las partes los deberes de: *a*) mantener el marco de renegociación establecido en la cláusula; *b*) respetar las otras disposiciones del contrato; *c*) tener en cuenta la práctica prioritaria entre las partes; *d*) procurar un esfuerzo real para alcanzar el acuerdo; *e*) producir información relevante para la adaptación; *f*) mostrar una sincera voluntad de alcanzar un compromiso; *g*) mantener una conducta flexible en las negociaciones; *h*) buscar las soluciones de reajuste más razonables y apropiadas; *i*) hacer concretas y razonables sugerencias para el reajuste, en vez de escuetas declaraciones generales de voluntad; *j*) evitar precipitadas sugerencias de reajuste; *k*) dar las razones apropiadas para justificar las propias sugerencias de reajuste; *l*) obtener ayuda experta en difíciles y complejos procesos de acuerdo; *m*) responder oportunamente las ofertas de reajuste hechas por la contraparte; *n*) hacer esfuerzos para mantener el *price performance* de la relación teniendo en cuenta los parámetros considerados relevantes por las partes; *ñ*) evitar cualquier ventaja injusta o detrimento para la contraparte (la regla «*no profit, no loss*»); *o*) prohibir la creación de estrategias de escalación durante las negociaciones; *p*) evitar cualquier retraso innecesario en el proceso de consenso.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos analizado distintos matices de una de las renovadas herramientas que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación al operador jurídico.

Es importante señalar, siguiendo a Weingarten, que cuando las partes se aproximan para negociar la continuidad o conclusión de un contrato, se inicia un proceso que crea un estado de recíproca confianza y en ese camino se van generando expectativas -a menudo, con cierto grado de dependencia económica-, las cuales acarrear consecuencias jurídicas, si son frustradas, en orden a los daños causados. De allí que el concepto de contrato es mucho más dinámico y abarcativo; es un proceso destinado al cumplimiento que transita por distintas etapas, conformadas por innumerables deberes que van variando de intensidad y contenido.

Lo que está en juego, en todos los casos, es la protección de la confianza y ella exige, en todos sus tramos, un comportamiento que satisfaga las legítimas expectativas que objetivamente se han suscitado. Señala Orgaz que, "si no se

<sup>30</sup> Chaime, José F., *La adaptación del contrato: el problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, tesis de Doctorado en Jurisprudencia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2010, pp. 275 y 276, cit. por Medina en el trabajo referido en nota 30.

protegera ese derecho expectante, mediante la responsabilidad, la vida práctica de los negocios perdería la seriedad y la lealtad que en derecho debe asegurarse en el juego de las relaciones humanas".

Creemos firmemente que figuras como la suspensión de cumplimiento y la tutela preventiva, que surgen del reconocimiento de la autonomía privada, les otorgan a los sujetos, un rol protagónico en la auto composición de sus relaciones jurídicas y los conflictos derivados de ellas y representan una pauta ordenadora de la conducta debida.

Como señala Lorenzetti <sup>31</sup> la "obra" del contratante es en realidad una recepción en el sentido de Gauss <sup>32</sup>. Como el lenguaje y la partitura musical preexisten al habla y a la ejecución musical, indudablemente el derecho preexiste a la obra contractual.

La creación individual es un momento constitutivo, en tanto recepción o reinterpretación de un *corpus* normativo preexistente. Concretamente: el contratante no crea el derecho, lo recrea, lo concretiza. Ello implica que debe aceptar sus presupuestos y no actuar insularmente. Pero cada figura del derecho contractual, presenta en líneas generales una plasticidad, que el contratante debe moldear en ejercicio de su autonomía privada, adaptándola a las situaciones concretas que el tráfico comercial y la vida de relación le presentan.

Como agudamente ha señalado Sozzo, por esa razón la teoría contractual moderna privilegió el contrato como hecho, como artefacto y se desinteresó por las relaciones sociales que se generan a partir de allí. Señala el maestro Santafecino que este tipo de coyunturas inestables y cambiantes deben ser metabolizadas de manera no traumática. Para ello es necesario un paradigma, es decir, una manera de pensar el problema de la subsistencia de los contratos, que les otorgue plasticidad y posibilidades de renovación y adecuación a las circunstancias sin aumentar los costos de transacción.

Dicho de otra manera, es necesario cambiar nuestra manera de prever lo excepcional: no se trata de preverlo a través de mecanismos de ruptura que ha sido el pensamiento clásico, sino con herramientas que faciliten la continuidad con mayor flexibilidad. Un paradigma jurídico que integre lo excepcional, urgente, la emergencia en una idea de normalidad nueva <sup>33</sup>.

<sup>31</sup> LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 466, 1995.

<sup>32</sup> GAUSS, *Retrospectiva sulla teoria della ricezione. Ad usum musicae scientiae*, y en *La esperienza musicale*, 1989.

<sup>33</sup> SOZZO, Gonzalo, "Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia", *Contratos Resilientes*, Editorial Rubinzal- Culzoni, p. 414, 2020.