



Tutela preventiva y suspensión del contrato. El remedio es peor que la enfermedad! Análisis crítico del nuevo artículo 1032 CCyC.

Por. Pablo A. Van Thienen

I. Introducción.

El artículo 1032 del nuevo código incorpora la figura de la “tutela preventiva contractual”. Esto significa en criollo el derecho que tiene todo contratante de suspender el cumplimiento de las prestaciones, si se presentan circunstancias que hacen aconsejable (a los intereses de la parte potencialmente damnificada) dejar en Stand By las prestaciones adeudadas Y hasta que aclare!

Digo “potencialmente” damnificada pues el instituto de la tutela preventiva tiene por objetivo evitar la producción del daño o, si se quiere, minimizarlo.

Recordemos que esta norma fija la siguiente regla: “*se puede suspender el cumplimiento de la prestación frente a una grave amenaza de daño*”; amenaza que nace del menoscabo significativo que puede sufrir la otra parte y que pone en riesgo el contrato, incluso por insolvencia.

1. Los aspectos complejos de este nuevo sistema de Stand By contractual.

Para mi gusto este dispositivo posee aspectos métricos subjetivos que hace muy difícil el análisis del justo, prudente y razonable ejercicio de esta tutela. Los conceptos “grave amenaza” y “menoscabo significativo” nos conducen a un

callejón sin salida: la necesaria revisión judicial ex – post de la tutela preventiva.

Medir con exactitud algo tan subjetivo como la “grave amenaza” o el “menoscabo significativo” será cuestión ardua y compleja, y lo complejo no sólo será determinar la gravedad o la significatividad sino, además, definir qué entendemos por amenaza y qué por menoscabo. Pero más grave aún será el hecho de que definir aquel “menoscabo significativo” dependerá de la parte amenazada. O sea, el co-contratante que se sienta amenazado podrá suspender su prestación hasta que cese el menoscabo significativo. La pregunta será cuál es ese menoscabo que, dada su significatividad, justifique poner en marcha la tutela preventiva.

Determinar este riesgo quedará en manos exclusivas de las partes del contrato. La norma lo deja exclusivamente al libre arbitrio de los co-contratantes. Cualquiera de ellas que sienta o presienta una potencial amenaza de incumplimiento derivada de un menoscabo (que pueda sufrir la otra parte), tendrá derecho al Stand By.

2. **Cuál es aquel menoscabo significativo?** **Primero suspendo y luego discuto.**

La verdad que no lo sabemos. Sin embargo las partes podrían definirlo en el contrato en forma expresa. A modo de simple ensayo teórico uno podría interpretar que el menoscabo podría apuntar a tres fenómenos económicos, patrimoniales o financieros del deudor: (i) reducción del patrimonio, (ii) reducción de los beneficios operativos, o (iii), pérdida del negocio o licencias.

Recordemos que la propia norma nos habla de “insolvencia” como fenómeno objetivo o, si se quiere, descriptivo del menoscabo significativo; ahora bien esa insolvencia es uno de los modos en que el menoscabo puede manifestarse pero no el único; y aquí es donde la norma comienza a cruzir pues dependerá de lo que la parte acreedora entienda o interprete como un menoscabo, para disparar la tutela preventiva dejando las prestaciones en Stand By. Si aquel menoscabo es significativo (o no) será cuestión de debate o acuerdo posterior. O sea, primero suspendo y luego discuto.

3. **Grave amenaza de daño o amenaza de un daño grave?**

Este es otro aspecto que preocupa, y mucho.

La verdad que ante la grave amenaza de un daño esto es, frente a un potencial daño, surge la opción de suspender las prestaciones. Como dije más arriba este derecho de tutela nace frente a la opción que tiene el acreedor de analizar, evaluar y medir el menoscabo significativo del deudor. Está claro que frente a ese menoscabo significativo la parte acreedora gatillará la tutela preventiva alegando una *grave amenaza de daño*.

Es muy importante recordar aquí un tema no menor: la norma no habla de amenaza de un daño grave, sino de grave amenaza de daño que es otra cosa muy distinta. O sea, pudiendo ser el daño mínimo si la amenaza de daño es actual (como sinónimo de grave) entonces procede la tutela. Y este aspecto sí es preocupante pues puede dar lugar a conductas abusivas y oportunistas y, peor aún, potenciar y multiplicar el litigio y el conflicto.

4. La seguridad de cumplimiento: qué es esto?

La norma remata con la siguiente fórmula: la suspensión no procede si el deudor cumple o si éste ofrece seguridades suficientes de cumplimiento.

Está claro que si el deudor cumple en tiempo y forma nada se puede suspender, cayendo en saco roto la llamada tutela preventiva; en ese caso la suspensión sería arbitraria, sin causa y dispararía el pacto comisorio más daños. La duda que despierta la norma no es el cumplimiento de la prestación sino la “seguridad suficiente de cumplimiento”.

Cuál es esa seguridad, y quién define la satisfacción de esa seguridad?

En primer lugar, no sabemos si esa “seguridad suficiente” debe ser entendida como sinónimo de fianza, prenda, hipoteca, warrant, seguro de caución o cualquier otra garantía de cumplimiento, o hace referencia a otras seguridades. En segundo lugar y siendo la seguridad a “satisfacción del acreedor” éste podría invocar que dicha garantía no otorga “seguridades suficientes de cumplimiento” pudiendo por lo tanto hacer uso efectivo de la tutela preventiva procediendo a la suspensión de las prestaciones.

Si la negativa a la garantía es arbitraria o abusiva será cuestión a debatir en tribunales y peor aún, multiplicará los conflictos. La negativa injustificada, abusiva y arbitraria a la oferta de

garantía de cumplimiento ofrecida por el deudor será el ámbito ideal para encubrir resoluciones contractuales donde será muy complicado para los jueces precisar y determinar el abuso y la arbitrariedad.

5. Pacto de suspensión preventiva expresa.

El nuevo código incorpora la facultad de suspender las prestaciones y lo regula en forma muy genérica, difusa y amplia. El codificador optó por un modelo escueto y flaco reconociendo un derecho y dejando a las partes la libertad de fijar los detalles. Sin duda estamos en una instancia previa a la rescisión contractual reconociendo el nuevo código la facultad de

“suspender las prestaciones”. No se trata de “suspender” por incumplimiento real y efectivo de la otra parte – que es el supuesto previsto en el artículo inmediato anterior (1031), sino de

suspender por potencial incumplimiento; de allí el término “preventiva”.

El nuevo código incorpora la figura de la suspensión preventiva como solución evolutiva a la excepción o acción de incumplimiento prevista en el artículo 1031: la *exceptio non adimpleti contractus*.

Frente a la solución que trae el nuevo código donde la suspensión puede ser preventiva, las partes tienen dos caminos: (i) reconocerlo y aceptarlo o (ii) negarlo y rechazarlo. Si se opta por la alternativa (i) la recomendación – de puro sentido común - debe ser reglamentar este derecho mediante un pacto expreso de

“Es muy importante recordar aquí un tema no menor: la norma no habla de amenaza de un daño grave, sino de grave amenaza de daño que es otra cosa muy distinta”

suspensión fijando las condiciones bajo las cuales ese derecho puede ser ejercido y, en particular definir qué debe entenderse por grave amenaza, por menoscabo significativo y por seguridad de cumplimiento.

O sea, si las partes no renuncian expresamente el derecho de suspender las prestaciones se abren dos modelos de tutela preventiva: (x) la tutela tácita y (y) la tutela expresa. Sugiero esta última.

6. El remedio será peor que la enfermedad.

Basta imaginar la pretendida suspensión de las prestaciones por el acreedor para que la contraparte no sólo niegue la grave amenaza sino además, el menoscabo significativo. Siendo esto así no observo la utilidad de esta nueva tutela preventiva puesto que nos conduce, sí o sí, al conflicto judicial.

La tutela preventiva tácita multiplica la incertidumbre y el conflicto en el ámbito de los negocios y derivará imperativamente en casos de resolución encubierta e incausada del contrato; riesgo al que están sometidas todas las relaciones contractuales hoy vigentes celebradas bajo el viejo sistema.

La duda que se presenta es que estrategia de negociación contractual adoptar frente a los contratos vigentes, si conviene llamar a la contraparte y sentarnos a negociar una nueva cláusula que fije las reglas de juego de la suspensión preventiva o, quedarnos quietos sin hacer olas esperando a que se desate la tormenta mañana y vemos cómo salimos al cruce.

La verdad, un elemento de incertidumbre contractual innecesario para las relaciones contractuales vigentes.

Por lo tanto, el remedio es peor que la enfermedad.