

La Tutela Preventiva Contractual: la consagración del principio de prevención en materia de contratos.

Por Adela María Petra¹

VOCES: DERECHO CIVIL – TUTELA PREVENTIVA CONTRACTUAL – PRINCIPIO DE PREVENCIÓN -

Resumen: El código civil y comercial argentino incorporó de manera expresa el principio de prevención en su nuevo texto legal el que se irradia en todo su articulado auspiciando instituciones de neto carácter preventivo. En el derecho de los contratos introdujo una novedosa figura: la “Tutela Preventiva” (art. 1032 CCyC) la cual tiende a evitar los efectos dañosos que pudiera producir el incumplimiento. Esta constituye un instrumento de protección de una de las partes contratantes que, ante situaciones objetivas que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la contraria, permite a quien la invoca suspender su propio cumplimiento en resguardo de su derecho de crédito.

Sumario: 1. Introducción. 2. El principio de prevención: su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. La prevención en materia de contratos. 4. La tutela preventiva contractual: art.1032 CCyC. 5. Conclusiones.

1. Introducción:

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación a través de la ley 26.944² (en adelante CCyC) ha provocado un importante impacto en el derecho privado argentino. Significó el cierre de un extenso proceso orientado a reemplazar los viejos Código Civil y de Comercio por un cuerpo normativo moderno adaptado a la realidad de nuestros días.

¹ Secretaria relatora de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.

² Con vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (Ley 27.077).

Este cuerpo normativo con una visión superadora, advirtiendo la aceleración de los cambios sociales, económicos y tecnológicos, propuso un código de reglas, principios y valores capaces de constituirse en premisas básicas para el funcionamiento del derecho privado incorporando numerosos conceptos jurídicos indeterminados los que de algún modo garantizan su mayor adaptación a los tiempos futuros³.

Constituye un “sistema” con la capacidad de articular las partes del ordenamiento de un modo coherente y flexible. Prueba de ello es la estrecha relación que existe entre este Código y la Constitución, así como con los diversos microsistemas jurídicos. El CCyC se propone como el centro de un sistema solar en cuyo derredor orbitan los diversos microsistemas (la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Sociedades, la Ley de Concursos y Quiebras, etc.), que guardan permanente diálogo con el sistema común⁴.

La incorporación en forma expresa de la Constitución como fuente recoge una tradición jurisprudencial y doctrinaria muy instalada en el derecho de nuestro país. Así lo demuestran las numerosas decisiones en las que la Corte Suprema aplicara las normas de la Carta Magna en el campo del derecho privado.

³ Estos aspectos fueron plasmados en los Fundamentos del Anteproyecto de reforma del código, oportunidad en la que se sostuvo: “En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo reglas para la decisión judicial (...). Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: “... la regla de interpretación prevista en el art. 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno”(Fallos:312:957). Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores”. Texto de los Fundamentos del Anteproyecto (2012) disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com>.

⁴ PICASSO, Sebastián y SAENZ, R.L. Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso - Marisa Herrera, Buenos Aires, INFOJUS, 2015, T IV, p. 410.

Tendencia que se ha manifestado en los últimos años, en especial, con la reforma constitucional del año 1994. Ya la doctrina advertía una entrada del Código Civil en la Constitución con la incorporación a su texto de materias e instituciones que antes pudieron predicarse como propias del derecho civil y tratadas tradicionalmente por los civilistas como, por ejemplo, la protección de la relación de consumo (art. 42); o la tutela del derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo humano (art. 41); o la protección de los datos personales (art. 43)⁵.

Ahora bien, este proceso llamado de “constitucionalización del derecho privado” implicó echar por tierra la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales. Por el contrario, supone reconocer el efecto de irradiación de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico.

El Código toma en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina⁶.

Uno de los principios que tuvo especial acogida en el nuevo ordenamiento fue el “principio de prevención”, el que se irradió en todo su articulado auspiciando instituciones de neto carácter preventivo, siendo su manifestación más patente la regulación de la función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1708 CCyC) la que debido a la unificación de sus orbitas receptó la prevención tanto en el plano extracontractual como de incumplimiento obligacional.

En el ámbito del derecho de los contratos, inspirado en los códigos del derecho comparado, y en particular, en los textos y principios europeos e internacionales que regulan el derecho de los contratos recepta la categoría de la “Suspensión de los efectos del contrato”, dentro de la cual ya no solo caben las tradicionales excepciones de incumplimiento, sino que introduce nuevas variantes tendientes a prevenir daños previsibles; tal el caso de la Tutela preventiva regulada en el artículo 1032 del CCyC.

⁵ WAYAR, Ernesto C.; *Derecho civil obligaciones*, 2° ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, T II, p. 475.

⁶ Texto de los Fundamentos del Anteproyecto (2012) consultado en <http://www.nuevocodigocivil.com>

De esta manera introdujo una herramienta o instrumento de autoprotección de una de las partes contratantes que, ante situaciones objetivamente verificables que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la contraria, permite a quien la invoca suspender su propio cumplimiento en resguardo de su derecho de crédito.

La importancia de este instituto consiste en evitar o prevenir o al menos atenuar los efectos dañosos que pudiera producir el incumplimiento contractual.

2. El principio de prevención: su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El deber de prevención, entendido como el de evitar el daño, se encuentra implícito en el deber de no causar un daño a otro, el cual reconoce su antecedente más remoto en el principio romano “alterum non laedere”.

Enseña Llamas Pombo que el principio de prevención constituye una derivación o mejor dicho expresa el sentido literal del principio con jerarquía constitucional de no dañar a otro “Nada obliga a traducir el principio "alterum non laedere" en la regla "el que daña repara". Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. "No dañar" supone, obviamente, "reparar el daño causado"; pero sobre todo es eso, "no causar daños" o, lo que es igual, evitar que se produzcan”⁷. En este mismo sentido se pronunció gran parte de la doctrina argentina⁸.

⁷ LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños)”, en RCyS 2002, p. 181.

⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños: prevenir, indemnizar, sancionar*, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 240. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1999, T. IV, p. 420. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Función preventiva de daños”, LL 2011-E, p.1116. BESTANI, Adriana, *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Dirs. Garrido Cordobera, Lidia, Borda Alejandro y Alferillo, Pascual E., Bs. As., Ed. Astrea, 2015, T II, p.1028.

Por su parte la jurisprudencia de nuestro país⁹ encontró el fundamento del deber de evitar el daño en el art. 19 de la Constitución Nacional, norma que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero¹⁰.

Asimismo la jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, los que de manera expresa prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia del mercado y la competencia¹¹.

Como contrapartida del deber de prevención, se define un derecho a la seguridad, declarado en la Constitución para protección de consumidores y discriminados, el ambiente y a otros derechos grupales o comunitarios (arts. 42 y 43)¹².

En efecto, constituye un principio de rango constitucional en virtud del cual las acciones perjudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19 CN) y

⁹ El “alterum non laedere” fue consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un principio general del derecho de raigambre constitucional anidado en el art. 19 de la CN. Ello ocurrió en el leading case “Santa Coloma”, de fecha 5/08/1986; en la misma fecha el Máximo Tribunal falló el caso “Gunther”, oportunidad en la que señaló “El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (CSJN, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, LL 1987-A-442; Fallos 308:1160; Gunther, Raúl F. v. Ejército Argentino”, LL 1987-A-442; Fallos 308:857).

¹⁰ La fuente de la norma proviene, en su inspiración ideológica, de la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* francesa. Las normas francesas definieron la libertad como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros; establecieron que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, y dispusieron que la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Así, en la *Declaración Francesa*, la libertad personal se detiene ante el daño a terceros; la facultad de todos a disfrutar de los mismos derechos; y las acciones perjudiciales a la sociedad (arts. 4º y 5º de la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* (26 de agosto de 1789).

¹¹ GALDOS, Jorge Mario; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dir. Ricardo Luis Lorenzetti, 1ª ed., Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, T. VIII, p. 297.

¹² ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *La Responsabilidad Civil en el nuevo código*, 1ª ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T I, p. 92.

la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a lesiones efectivas sino que comprenden las amenazas de lesión (art. 43 CN) ¹³.

En el Código de Vélez Sarsfield no existía una norma que expresamente contemplara la tutela de prevención, sin embargo ésta se encontraba diseminada en varios de sus artículos e implícito en nuestra legislación.

Así, se aceptó la aplicación de la llamada tutela preventiva o de prevención - denominada también tutela civil inhibitoria o tutela inhibitoria- en la normativa referida a derechos personalísimos (art. art. 1071 bis), ruidos y molestias en inmuebles vecinos (art. 2618), facultad del socio (art. 1696); daño temido (art. 2899/2500); protección de derechos reales (art. 2795/2799); y de legislaciones especiales: derecho de propiedad intelectual (art. 79 de la Ley 11.723), nombre de las personas (art. 21 de la Ley 18.248); competencia desleal (Ley 22.262); Ley General de Ambiente (Ley 25.675); Ley de Riesgos de Trabajo (Ley 24.557); Ley de Defensa del Consumidor (Ley 26.361); entre otras.

Por el contrario, un reconocimiento expreso del principio de prevención en el código civil y comercial constituye la incorporación de la función preventiva de la responsabilidad civil en su art. 1708¹⁴, en virtud de la cual se impone a todas las personas, sean físicas o jurídicas, el deber de prevenir y evitar causar un daño no justificado¹⁵.

¹³ KIPER, Claudio M., “La prevención del daño y el proyectado Código Civil”, RCyS, N° 6, Bs. As., Año XIV.

¹⁴ La función preventiva de la responsabilidad civil se encuentra regulada en los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, y basa su estructura en tres grandes pilares: la consagración expresa del deber general de no dañar (art. 1710, inc. a); la precisión en el sentido de que existe un correlativo deber general de adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias, medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud (art. 1710, inc. b); y la creación de una acción genérica – con una legitimación muy amplia- tendiente a que el juez adopte medidas para impedir la producción de un daño, su continuación o su agravamiento (arts. 1711 a 1713).

¹⁵ La norma que define el alcance del deber de prevención reconoce su antecedente en el Proyecto de 1998, específicamente de su artículo 1585, tal como fuera reconocido en los Fundamentos del Anteproyecto. También se puede observar relación con el art. 1227 del Código Italiano o con el art. 7.4.8. (atenuación del daño) de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, en el que también se puede dar lectura relacionada a los arts. 30, 50, 72, 76.I, 85 y 86.

En línea con la unificación de las orbitas de la responsabilidad civil propugnada por el código unificado se trata de un deber que rige tanto para el ámbito aquiliano como para el contractual. No puede desconocerse que la prevención tiene mayor relevancia y preeminencia en el ámbito extracontractual. Sin embargo, su importancia en el ámbito del incumplimiento obligacional no puede ser desconocida.

En este sentido, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata, Argentina (2017), la comisión de derechos de daños 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”. Asimismo, en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la provincia de Mendoza (2022), la Comisión de Derecho de Daños sostuvo que “La función preventiva incluye principios de prevención y de precaución”, concluyendo -por mayoría- que la acción preventiva genérica del art. 1711 CCC resulta aplicable al ámbito contractual.¹⁶

Sin duda, la función más importante de la responsabilidad civil es la preventiva.

Tal como lo señala Llamas Pombo “1) Son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “prevenir” sobre el “curar”, de evitar el daño antes que resarcirlo; 2) Y además, no hay ninguna razón que impida cumplir tal misión preventiva al Derecho Privado en general, y al civil en especial; 3) Constataciones ambas que, unidas al desplazamiento hacia la protección de las víctimas de daños que en las últimas décadas ha conocido la responsabilidad civil, han llevado a una abundante y rigurosa doctrina a predicar para

Finalmente y dentro del plano internacional su puede citar el art. 4103 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y el art. 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y “omisión precautoria” en el nuevo Código Civil y Comercial”, en Revista Código Civil y Comercial, 2015, consultado en AR/DOC/3881/2015.

¹⁶ El voto mayoritario estuvo conformado por: Matilde Pérez, Eduardo Carena, Leonardo Marcellino, Cristian Werlen, Fernando Ubiría, Norma Martínez, R. Sebastián Danuzzo, Tomás Rueda, Enrique Müller, Rosario Etchevesti, Lucas Zudaide, Pamela Tolosa, Raúl Martínez Appiolaza, Pablo Quirós, Juan C. Pandiella, Patricia Alegre, Ester Ferrer, Martín Juárez Ferrer, Estela Fernández Puentes, Florencia Pérez, Ramiro Córdoba, Florencia Córdoba, Virginia Angelli, Claudia Oviedo. Por su parte, sobre este punto, la minoría sostuvo “La Acción preventiva genérica del art. 1711 CCC no es aplicable al ámbito contractual” (Luis Sáenz, Sebastián Picasso, Liliana Ludueña, Paula Cicchino).

dicha institución una función preventiva del daño; y no ya como mero efecto inducido o secundario de la misma, sino como finalidad directa y primaria¹⁷.

La reparación de los daños no siempre logra volver las cosas al “status quo ante” y genera externalidades negativas en la sociedad: recomponer y reparar es más costoso que evitar en la generalidad de los casos. A su vez, desde un punto de vista sociológico, la prevención del daño permite desarrollar una cultura dinámica que, superando el *neminem laedere*, genere un quehacer activo, solidario y cooperativo¹⁸.

Es cierto que quienes más se han preocupado por la función preventiva de la responsabilidad civil, han sido los autores que abordaron la problemática desde el análisis económico del derecho. Desde el punto de vista de la eficiencia, va de suyo que debe ser más ventajoso prevenir que reparar.

Se sostuvo que la prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente: “la evitación de daños no solo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico”¹⁹.

La prevención se encuentra plenamente justificada en materia de daños a la persona. En este sentido se pronunció la comisión redactora del código unificado al expresar en los Fundamentos del Anteproyecto de 2012 que “cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz”.

Sin embargo, no pierde su jerarquía en el ámbito de los bienes patrimoniales. Es por ello que coincidimos con la doctrina que considera equivocada la afirmación que la función resarcitoria es “finalidad *única y excluyente*” cuando el bien protegido es el

¹⁷ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y Reparación, las dos caras del Derecho de Daños”, publicado en “La responsabilidad civil y su problemática actual, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.

¹⁸ PICASSO, Sebastián, SAENZ, Luis “La prevención del daño en los Proyectos de Reforma del Código Civil Argentino”, Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2008- 2. Prevención del daño, citando a VAZQUEZ, FERREYRA, Roberto.

¹⁹ Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de 1998 (el cual constituyó fuente del actual).

patrimonio, porque “es posible una indemnización” si se trata de “bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero”²⁰.

También ante bienes patrimoniales es más importante prevenir que reparar. Siempre es preferible evitar un daño injusto- con tal que no represente costos o sacrificios excesivos- en lugar de repararlo²¹.

En suma: si bien la prevención adquiere especial relevancia cuando se encuentran en juego derechos de la personalidad²² y bienes de incidencia colectiva²³, debe reconocerse su prevalencia también en cuestiones en las que se encuentra involucrado el patrimonio.

3. La prevención en materia de contratos.

El derecho de los contratos ha padecido una transformación relevante en diversas latitudes²⁴. Autores contemporáneos advierten un periodo de profundos cambios avizorando ya en nuestro país en los últimos años de vigencia del Código de

²⁰ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *La Responsabilidad Civil en el nuevo código*, op. cit., pág. 80. En el mismo sentido ZAVALA GONZALEZ, Rodolfo, en ponencia presentada en la comisión n°4, Derecho de Daños, correspondiente a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, titulada “La prevención en el nuevo código”.

²¹ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *La Responsabilidad...*, op. cit., p. 81.

²² En la jurisprudencia de nuestro país encontramos valiosos precedentes judiciales en tal sentido. Así, por ejemplo, se suele citar como fallo señero al leading case “Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graf SRL y otro” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se ordenó la provisión al actor de una prótesis durante el curso del proceso y antes de la sentencia definitiva, frente a la urgencia presentada en el caso.

²³ En lo que respecta a los derechos colectivos la prevención actúa como incentivo de conducta en el cuidado y protección de los bienes comunes, los que, por ser de todos, no son de nadie en exclusividad; se trata de “la tragedia de los bienes colectivos” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

²⁴ Una panorámica general en “El derecho de los contratos en Latinoamérica”, coordinador Carlos Pizarro Wilson, *Fondation pour le Droit Continental-* Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, Universidad Diego Portales.

Vélez una nueva concepción de la teoría del contrato, la que lo concibe como un instrumento de utilidad y justicia²⁵.

Transformaciones que pusieron sobre la mesa el agotamiento de las normas contenidas en los códigos de siglos anteriores, y que vieron con el paso del tiempo, un reducido campo de aplicación, brindando soluciones a planteos superados por la evolución y el cambio, los que presentaron nuevos problemas en las relaciones contractuales integrantes de esta realidad presente²⁶.

Dichos cambios se perciben con evidencia en distintos campos de la teoría general. Es que el contrato como principal fuente de obligaciones patrimoniales no ha permanecido inmóvil en el tiempo²⁷.

La evolución experimentada en la noción de contrato, algunos regidos por principios protectorios específicos como el caso de contratos de consumo y el de adhesión, así como el reconocimiento de nuevas categorías como el que celebran las empresas entre sí, requieren reglas diferentes y se orientan por principios también distintos²⁸; ello sumado a la creciente tendencia a priorizar las soluciones preventivas que refuercen el cumplimiento de los programas contractuales²⁹ constituyen una muestra clara de que el contrato negociado ha evolucionado.

²⁵ NICOLAU, Noemí Lidia, en la Introducción a *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ª ed., Buenos Aires, LA LEY, 2009.

²⁶ Algunos de los temas convocantes de la actual teoría del contrato, fueron señalados en apretada síntesis por Mosset Iturraspe: a) el marco económico de la contratación privada, economía libre o dirigida; b) los nuevos contratos: los interempresarios y los de consumo; c) autonomía privada e intervención estatal; d) contratos por discusión y por adhesión; e) el principio de eficiencia y los contratos; etc. (MOSSET ITURRASPE, J.- PIEDECASAS, M. (dirs), *Código Civil comentado. Contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal –Culzoni, 2008, n° 1, p.12.

²⁷ Se ha considerado que la transformación del derecho contractual pasa por la decadencia del contrato neoliberal clásico, al que denomina contrato *discontinuo*, y el auge que habría cobrado en la práctica contractual el *contrato relacional*. PORTO MACEDO, Ronaldo, “Contratos Relacionales y defensa del consumidor”, Buenos Aires, La Ley, 2006. p. 81 y ss.

²⁸ WAYAR, Ernesto C. - WAYAR, Federico C., *Lecciones sobre la Teoría del Contrato*, Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales (UNT), T I, p. 6.

²⁹ ARIZA, Ariel, “Excepción de incumplimiento contractual”, JA 2010-I, pág. 1420.

Entre las manifestaciones de dicha evolución³⁰, y en lo que aquí interesa, se destaca la regulación de la tutela preventiva contractual.

El art. 1032 CCyC incorpora una novedosa regulación para nuestro derecho privado, prevé un supuesto de autoprotección de una de las partes contratantes ante 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 pueda sufrir un perjuicio patrimonial³¹.

Ya afirmaba Alterini que en el moderno derecho de los contratos se reconoce a una parte el derecho de suspender su propio cumplimiento³² no sólo cuando la otra parte no cumple la contraprestación a su cargo (*exceptio non adimpleti contractus*) -a no ser que ella misma esté obligada a cumplir anticipadamente-, sino también cuando la otra parte: a) se encuentra en imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas; b) cuando es previsible que no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia; y c) cuando tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas.

La innovación que trajo consigo el código en esta materia³³ reconoce sus cimientos en los distintos proyectos de reforma existentes en nuestro país (Proyectos

³⁰ También pueden mencionarse; la incorporación de la teoría de la “recepción”, el debilitamiento del “efecto relativo” de los contratos, la expansión del “consensualismo”, la formación progresiva del consentimiento, entre otros ejemplos.

³¹ CAMELO, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso - Marisa Herrera, Buenos Aires, INFOJUS, 2015, T III, p. 464.

³² ALTERINI, Atilio Aníbal, “Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno”, Publicado en Revista La Ley, tº 1998-B, p. 1172; consultado en: www.alterini.org.

³³ La Tutela Preventiva reconoce sus orígenes en el derecho anglosajón, específicamente en la figura del Incumplimiento Anticipado (*anticipatory breach*) en virtud de la cual se permite la resolución del contrato por una de las partes antes de que la otra parte hubiere comenzado a cumplir sus obligaciones y fuere patente que incurrirá en incumplimiento. La cuestión comenzó a ser debatida de modo relevante en el Derecho Inglés a partir del caso *Hochster vs De la Tour*- 1853. De allí se pudo extraer la siguiente regla: si una parte declara, antes del vencimiento de un contrato, su intención de no cumplir o bien obra de tal modo que una persona razonable comprenda que no cumplirá su obligación, la otra parte puede aceptar la decisión quedando desvinculada de su propia obligación y teniendo derecho al resarcimiento, o bien rechazar la decisión de no cumplir solicitando el cumplimiento. De allí nace la solución del *anticipatory breach of contract*. CROVI, Luis Daniel, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela

de Unificación de la legislación civil y comercial en los años 1987 y 1998), cuyos antecedentes constituyen las numerosas fuentes del derecho comparado y, en particular, los importantes instrumentos internacionales que se han elaborado en materia contractual³⁴.

4. La tutela preventiva contractual: art.1032 CCyC.

De conformidad con el método empleado por los códigos más modernos del derecho comparado³⁵, bajo el Título II “Contratos en General”, Capítulo 9 destinado a los *Efectos*, el código dedica su Sección N° 3 (arts. 1031 y 1032) a la “Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor”.

A diferencia de lo que acontecía en el código civil derogado en el que la “suspensión” era reconocida como un efecto de la excepción de incumplimiento contractual, el nuevo código le da un tratamiento diferente: como un género el cual comprende no solo las clásicas excepciones de incumplimiento y de cumplimiento defectuoso o irritual, sino también otras variantes más novedosas, pensadas para prevenir o evitar daños previsibles³⁶.

Es por ello que además de los numerosos casos que caen bajo la órbita del art. 1031 del CCyC³⁷ el nuevo ordenamiento incorpora un novedoso supuesto en su art.

(Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Bs. As., LA LEY, 2014, t. III, Pág. 634.

³⁴ Tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CVIM). Otros de los pilares del régimen jurídico del contrato internacional son los principios formulados en forma de “restatements” por distintos grupos doctrinales. Entre estos textos los ejemplos más relevantes son: (4.2.) los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales - UNIDROIT (PCCI) y, por último, (4.3) los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE o PECL) elaborados por la Comisión Lando; el Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL).

³⁵ A modo de ejemplo, cabe traer a colación el método empleado por el Código Italiano (art. 1460) el que sirvió de antecedente inmediato del Código Civil y Comercial Argentino.

³⁶ HERNANDEZ, Carlos, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, dir. Ricardo Luis Lorenzetti, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, T. VIII, p. 49.

³⁷ La doctrina considera que el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1031 y bajo el título “Suspensión del cumplimiento” no incorporó una figura nueva sino que ésta consiste en la conjunción

1032 denominado “Tutela Preventiva” como una suerte de autotutela privada o tutela del derecho de crédito.

El artículo citado establece: *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.*

Dicha figura permite a una parte 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”, y hasta que la otra parte cumpla o dé “seguridades suficientes” (art. 1032)³⁸.

Se reconoce a cualquiera de los contratantes la facultad de suspender la ejecución de su propia prestación cuando las condiciones patrimoniales de la otra parte se hubiesen modificado a punto tal que coloque en evidente peligro la obtención de la contraprestación por la contraria.

Constituye una autentica suspensión y no una resolución del vínculo contractual, por lo que perdurará en tanto subsista la situación de riesgo por déficit de aptitud patrimonial de la contraria o su actitud reticente al cumplimiento, la que cesará cuando se produzca el cumplimiento o la destinataria de la medida dé seguridades suficientes de su concreción³⁹.

Cabe destacar que la Tutela Preventiva prevista en el art. 1032 CCyC fue calificada por la mayoría de la doctrina como una especie del género de la función preventiva⁴⁰.

La Tutela Preventiva se diferencia con el supuesto previsto del art. 1031 CCyC. Al respecto, la doctrina ha entendido que la figura allí prevista se corresponde

del instituto de la “excepción de incumplimiento contractual”, regulado en el anterior Código Civil y en los Proyectos de reforma.

³⁸ GALDOS, Jorge Mario; *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, op. cit., pág. 276.

³⁹ CAMELO, Gustavo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., p. 464.

⁴⁰ Voto mayoritario de la Comisión de Derecho de Daños (N°3) de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza- 2022). En contra: Luis Sáenz, Sebastián Picasso, Paula Picchino.

funcionalmente con el concepto de excepción de incumplimiento contractual o *exceptio non adimpleti contractus* propio de los países de tradición jurídica romanista⁴¹; según la cual nadie puede reclamar a otro el cumplimiento de una obligación si el mismo no ha cumplido con la obligación recíproca a su cargo.

Sin perjuicio de ello, estos textos constituyen trascendentales instrumentos jurídicos de carácter preventivos. Tan es así, que en los Fundamentos del Anteproyecto, al referirse a los artículos incorporados en dicha sección, se expresó que “ambas normas dan solución práctica a muchos conflictos de manera preventiva”.

Varias son las razones que inspiraron dicha innovación: entre las principales se encuentra la de evitar los daños que pueden ocurrir como consecuencia de la lesión al derecho de crédito, con clara intención de evitar o disminuir los efectos nocivos del incumplimiento.

Es por ello que ha sido definida como un instrumento de protección del crédito en los contratos, siendo considerada una especie de las llamadas medidas preventivas, cuyos objetivos son prevenir los daños y evitar la salida de bienes del patrimonio del deudor⁴².

Su objetivo no es otro que brindar herramientas para evitar o al menos atenuar los efectos dañosos que pudiera producir el incumplimiento contractual. En este lineamiento se sostuvo que “La finalidad esencial de la tutela preventiva es la anticipación, es decir, la remoción de las futuras causas del daño”⁴³.

Sostiene Leiva Fernández, que esta posibilidad es concebida en beneficio del acreedor, evitando la situación que lo llevaría a tener que cumplir cuando se sabe, con

⁴¹ Esta posibilidad no está admitida en los sistemas angloamericanos como remedio autónomo sino sometida a una serie de condiciones como que el tribunal declare que la obligación de la segunda parte es una condición del contrato o el incumplimiento de la segunda parte tuviera como efecto el de privar a la primera parte de la esencia de aquello para y por lo que contrató. BOSCH PORTOLES, Iván Milans, *Cumplimiento e Incumplimiento del Contrato Internacional*, en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (Coordinador), Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, p. 693/694.

⁴² CAMAUER, Francisco, “La Relación deudor-creedor y la insolvencia en el marco del nuevo Código Civil y Comercial”, *RCCyC* 2016 (abril), 06/04/2016, 233, Cita Online: AR/DOC/931/2016.

⁴³ REVIRIEGO, José A., “La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino”, publicado en *elDial.com* - DC16CE, 26.09.11.

un cierto grado de certeza, que la otra parte no lo hará; es un supuesto de atenuación de la fuerza obligatoria, cuya aplicación estricta implicaría que uno de los contratantes debe cumplir aun cuando verosímilmente pueda suponer que no le cumplirán⁴⁴.

La tutela preventiva puede tener lugar únicamente en contratos con contraprestaciones sucesivas, en que se vea amenazada de daño la parte que aún no cumplió por un temor serio de insolvencia o incumplimiento de la contraparte.

Como se expuso, a diferencia del supuesto previsto en el art. 1031 CCyC, el que prevé el art. 1032 CCyC no requiere simultaneidad en las contraprestaciones. Así lo ha entendido la doctrina al considerar que ya no estamos en presencia de obligaciones que deben cumplirse simultáneamente⁴⁵, tal como acontece en el supuesto contemplado en el art. 1031 del CCyC.

Uno de los pilares fundamentales en el que se asienta la tutela preventiva es el Principio de Buena fe⁴⁶. Bajo los parámetros de la buena fe debe apreciarse la conducta de las partes en su totalidad. Como lógica consecuencia, la buena fe prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10 CCyC).

Las partes deben ajustar sus conductas a ella. En efecto, constituye el fundamento y a su vez el límite del ejercicio potestativo de quien invoca la autotutela, jugando un rol de importancia en la valoración de proporcionalidad entre la amenaza de incumplimiento y la facultad de quien invoca la tutela.

5. Conclusiones:

⁴⁴ LEIVA FERNANDEZ, Luis, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. VI, p. 519.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Una de las modificaciones sustanciales que trajo consigo el CCyC -desde el punto de vista del método- fue la incorporación de un Título Preliminar que comprende una serie de principios generales del derecho que resultan de aplicación a todo el código. Así incorporó en su Título Preliminar el “principio de buena fe” declarando en su art. 9 “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”.

Una realidad que está presente en el ámbito internacional, tanto en Europa como en Latinoamérica, es la renovación del derecho de obligaciones y contratos, caracterizada por una marcada tendencia hacia la implementación de figuras preventivas.

Es por ello que de manera acertada y como lógica consecuencia del fenómeno de la “constitucionalización”, el código civil y comercial argentino incorporó de manera expresa el principio de prevención en su nuevo texto legal. Principio de rango constitucional (art. 19, 42 y 43 de la CN) que campea en todo el ordenamiento jurídico. Tan es así que el Código ha elevado la prevención a la categoría de principio de derecho privado, siendo su más clara expresión la regulación de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1710 y ss. CCyC) la que debido a la unificación de sus orbitas receptó a la prevención tanto en el plano extracontractual como de incumplimiento obligacional.

En el ámbito del derecho de los contratos, inspirado en el derecho comparado y en textos y principios europeos e internacionales, el CCyC reguló en su art. 1032 CCyC una novedosa figura: la “Tutela Preventiva”, la cual tiende a evitar los efectos dañosos que pudiera producir el incumplimiento, siendo considerada por la mayoría de la doctrina como una especie del género de la función preventiva.

Indudable es la importancia que reviste dicho instituto, en especial, desde el punto de vista axiológico. Celebramos su incorporación destacando su función y finalidad esencialmente preventiva: evitar o prevenir o al menos atenuar los efectos dañosos que pudiera producir el incumplimiento contractual.

Sin duda que su internacionalización es el mejor indicio de que constituye una herramienta útil para problemas que se presentan con frecuencia en las relaciones contractuales, siendo reconocida por los más modernos textos de soft law.

