

La suspensión de la ejecución del contrato en el derecho italiano

The suspension of the execution of the contract in de Italian law

*Enrico Gabrielli**

RESUMEN. El artículo describe el régimen de la suspensión del contrato en el derecho italiano. Comprende información básica sobre *exceptio inadimpleti contractus*, y agrega un importante desarrollo sobre la facultad de un contratante en un contrato bilateral para suspender la ejecución sin incurrir en ilicitud cuando existe un peligro de incumplimiento. Asimismo se incluye un análisis sobre las vicisitudes de los contratos sinalagmáticos en el caso de que una de las partes sea declarada en concurso de acreedores

PALABRAS CLAVE: Contratos. Derecho concursal. Italia

SUMARIO: 1. El derecho de suspender la ejecución del contrato. 2. Fundamento y límites del ejercicio del derecho: excepción de incumplimiento y buena fe. 3 La excepción de “suspensión” en mérito al cambio de las condiciones patrimoniales. 4. La suspensión del contrato en el concurso. La regla general: fundamento y límites. 5. Los efectos de la regla general. 6. Los efectos sobre el contrato y sobre la relación obligatoria en el

*Profesor Ordinario de Derecho Civil, Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Roma (Tor Vergata) y Profesor Honorario, Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay. <http://www.enricogabrielli.it>

concurso. 7. La suspensión del contrato como regla general de tutela del sinalagma en el derecho de los contratos.

ABSTRACT. The article describes the legal discipline of the deferral of contract performance in Italian law. Includes basic information on the exception *inadimpleti contractus*, adding an important study about the ability of a contracting party in a bilateral contract to suspend performance without incurring in liability in case of danger of breach by the other party. It also includes an analysis about the problems of synallagmatic contracts in case of bankruptcy of one of the parties.

KEYWORDS. Contrats. Bankruptcy proceedings. Italy.

1.

EL DERECHO DE SUSPENDER LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El incumplimiento por una de las partes de la obligación asumida al momento de constitución del vínculo contractual, produce numerosos efectos y consecuencias que van más allá del mero incumplimiento y se manifiestan sobre múltiples planos a través de los cuales la relación obligatoria puede ser valorada.

El incumplimiento, en efecto, puede encontrar su fuente en una pluralidad de hechos que el sistema del derecho de las obligaciones codifica desde el punto de vista de las razones que pueden haberle dado lugar y del respectivo fundamento: incumplimiento grave, imposibilidad sobreviniente, excesiva onerosidad.

Pero también el incumplimiento, o bien la negativa de cumplir o la suspensión del propio cumplimiento, pueden ser consecuencia de una reacción del contratante frente al incumplimiento del otro, total o parcial, o bien al retardo del otro en el cumplimiento, como en el caso de la excepción de contrato no cumplido.¹ Se habla entonces de supuestos de autotutela privada, de excepciones dilatorias o bien de remedios negociales.

El art. 1460 CC en efecto permite, a cada uno de los contratantes, en el ámbito de los contratos con prestaciones recíprocas,² retener el cumplimiento de su obligación si el otro no

¹ Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss.; A. BENEDETTI, “L’eccezione di inadempimento, en Commentario del codice civile”, dir. por E. GABRIELLI, en *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, Torino, 2011, t. IV, p. 480 ss.; CARNEVALI, in CARNEVALI, GABRIELLI, TAMPONI, “Il contratto in generale. L’inadempimento”, in *Tratt. di Dir. Priv.* dir. da BESSONE, Torino, 2011, 244 ss.; GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, 2173; TAMPONI, La risoluzione per inadempimento, en E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti*, dir. por RESCIGNO y GABRIELLI, Torino, 2006, 2a ed., t. II, 1777; ADDIS, Le eccezioni dilatorie, en el *Trattato del contratto*, dir. por ROPPO, Milano, 2006, V, 413 ss.; BIGLIAZZI GERI, Eccezione di inadempimento, in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1991, 331; 222; DALMARTELLO, Eccezione di inadempimento, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 354; C.M. BIANCA, Eccezione d’inadempimento e buona fede, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, 528.

² Para el examen de algunos problemas significativos conexos con la relación de reciprocidad sobre el cual descansa el mecanismo de la autotutela privada, cfr. CARNEVALI, op. cit., 247-248.

cumple o no ofrece contemporáneamente cumplir la propia, salvo que hayan sido pactados términos diversos para el cumplimiento o que éstos resulten de la naturaleza del contrato.

Los efectos de la excepción de incumplimiento no se limitan a la paralización de la pretensión de la contraparte en el caso en el cual la otra parte resulte incumplidora,³ o esté retrasada en el cumplimiento, sino que pueden producir efectos ulteriores en el futuro eventual juicio de incumplimiento, ya que uno de los caracteres fundamentales sobre los cuales se centra la figura de la excepción de incumplimiento está representado por el hecho de que la negativa por parte del contratante de cumplir la propia obligación, como ejercicio de la autotutela privada, para ser calificado legítimo, y por tanto no arbitrario y no abusivo, no debe ser contrario a la buena fe.

La regla codificada en la excepción de incumplimiento es antigua.⁴ Aún cuando no estaba contemplada en el precedente código civil italiano de 1865, sino a propósito del contrato de compraventa (art. 1469 cc), fue aplicada y admitida por toda la doctrina y la jurisprudencia de la época.⁵

La función que cumple el principio —que encuentra correspondiente expresión en el art. 1822 cc, dictado en tema de mutuo— ha sido definida de distintas formas por la doctrina. Algunos la entienden como un medio de coacción psicológica hacia el deudor que, queriendo obtener la contraprestación, sabe que debe cumplir la propia para conseguir la debida por la contraparte;⁶ otros la justifican en razón de la existencia —en el cuadro de los instrumentos de autotutela negocial asignados a las partes por la autonomía privada—⁷ de un derecho potestativo “de provocar la contemporánea inexigibilidad de la prestación por él debida”;⁸ otros, aún, la miran como instrumento con función de garantía contra el incumplimiento de la contraparte, y en cuanto tal, funcional a asegurar el buen fin de la

³ Se observa en doctrina (A. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 510) que las partes, en la fijación de la composición contractual de intereses, pueden disciplinar en forma variada, introduciendo límites, restricciones, ampliaciones o variantes, el mecanismo de la exceptio, salvo que la ley garantice una plena utilización de la excepción en protección de los intereses de una parte contractualmente débil, como por ejemplo ocurre en la limitación de o exclusión de la excepción de incumplimiento por parte del consumidor, incluida en el elenco de cláusulas presuntamente abusivas por el art. 33, lit. r), del código del consumo.

⁴ Cfr. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus* nel diritto civile italiano, en *Annali* Palermo, 1921, 74.

⁵ Cfr., sobre el art. 1469 c.c. de 1865, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 35 ss.

⁶ REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, en *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 239; V. ROPPO, *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2001, 989; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 272.

⁷ Cfr. Entre quienes lo colocan en el cuadro de los instrumentos de autotutela, VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo a cura di MAZZAMUTO*, Torino, 2002, 378 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano 1994, 329 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione d'inadempimento*, en *D. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 331. CARNEVALI, op. cit., 244, observa empero que tal encuadramiento en realidad, no parece que conduzca a consecuencias prácticas relevantes.

⁸ BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata, II*, Milano, 1974, 193 ss.

acción restitutoria, consiguiente a la resolución del contrato;⁹ o bien como instrumento de la relación de reciprocidad entre las prestaciones.¹⁰

Siempre en la perspectiva remedial, parte de la doctrina lo encuadra como un “instrumento ofrecido para defensa del deudor” cuyo efecto consistiría en justificar un incumplimiento que —abstractamente— constituiría un hecho ilícito (*contra ius*);¹¹ hasta llegar a quien, colocando el instrumento en una más amplia categoría de excepciones dilatorias, considera que el mismo pudiera encontrar fundamento en razones de economía procesal.¹²

Sin embargo, aún ante la diversidad de las opiniones,¹³ es posible encontrar un dato constante en la interpretación del supuesto, que es que se trata de un efecto natural de la tutela del sinalagma contractual, en actuación de la regla en base a la cual, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, cada prestación encuentra justificación en la prestación de la otra; de modo que la falta de cumplimiento o el incumplimiento inexacto de una, legitima la inejecución temporal (no así la inejecución inexacta o definitiva) de la otra, dando así actuación a un principio general de tutela del contratante cumplidor o dispuesto a cumplir, que encuentra análogas manifestaciones en otros ordenamientos.¹⁴

En consecuencia, si bien no hay duda de que la norma predispone un instrumento de tutela y de reacción frente al incumplimiento de la otra parte,¹⁵ en virtud de una sustancial

⁹ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 300 ss.; en sentido crítico cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 345.

¹⁰ Cfr., entre otros, MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, rist. 3a ed., Milano, 1952, 534; BETTI, voz *Autotutela* (dir. priv.), en *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 531, que la considera una cláusula funcional a aquella reciprocidad sobre la cual se apoyan las relaciones sinalagmáticas; DALMARTELLO, voz *Eccezione di inadempimento*, en *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 355; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3a ed., en *Comm. cod. civ.*, UTET, Torino, 1980, 637; C.M. BIANCA, op. ult. cit., 344-345, especialmente en la perspectiva de la tutela de la parte a no ser privada de la prestación sin tener la ventaja de la contraprestación; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 425, que la encuadra como instrumento predispuesto por el ordenamiento y orientado a preservar la correspondencia entre sinalagma genético y funcional. Cfr. también, en jurisprudencia, Cass. 17 marzo 2006, n. 5938; Cass. 28 mayo 2003, n. 8467; Cass. 16 noviembre 1999, n. 12669; Cass. 5 enero 1998, n. 41, que colocan a la exceptio en el ámbito de la fase funcional de la relación obligatoria.

¹¹ GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, 90.

¹² ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 417; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 30, el cual observa que el verdadero perfil problemático de la tutela en examen “está representado esencialmente por la valoración —operada al momento de la estipulación del contrato— del riesgo de incumplimiento por parte del sujeto que pretenda prevalecerse de ella”.

¹³ Para un examen analítico crítico y reconstructivo de las tesis proporcionadas por la doctrina, cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 16 ss. CARNEVALI, op. cit., 244, señala que en realidad todas las tesis formuladas para dar explicación al supuesto, pueden sostenerse “si se toma en cuenta los motivos que, según el caso, mueven al excipiens a no cumplir; puede darse que el mismo tema no poder recuperar la prestación cumplida si el otro contratante permanece en el incumplimiento, o bien que esté convencido de ejercer una fuerte presión psicológica sobre el otro contratante, o bien quiera simplemente esperar para ver si la situación se clarifica, para luego determinarse en consecuencia”.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la ley china sobre contratos, arts. 66, 67 y 68.

¹⁵ Se señala (CARNEVALI, op. cit., 243) que la exceptio no se confunde con el derecho de retención, por cuanto en apariencia los dos supuestos pueden presentar punto de contacto, dado que así como el deudor de la prestación de restituir un bien lo retiene en su poder, en actuación del derecho de retención, así, podría parecer, que el contratante excepcionante retiene en su poder la prestación debida al otro contratante; de donde, “la distinción entre los dos institutos

“legítima defensa” contractual que se funda en la circunstancia de que el mismo constituye una reacción (dilatatoria y provisoria) al incumplimiento ajeno, a tal punto que ella justifica inclusive una negativa al cumplimiento (que, en sí mismo considerado, y por tanto fuera del caso de la reacción al incumplimiento del otro, daría lugar a un incumplimiento respecto de un contrato vinculante), aparece evidente que el acreedor incumplidor puede, frente al incumplimiento de su deudor, y sin declarar la resolución del contrato —que podría operar en caso de una cláusula resolutoria expresa— poner en funcionamiento lo que autorizada doctrina llama “una auto exoneración temporal de la obligación de cumplir”.¹⁶

El instrumento, propiamente porque constituye una forma de autotutela privada con una portada general y aplicable a todos los contratos, se configura como una excepción sustancial¹⁷ de carácter esencialmente suspensivo, cuya función es la de producir un efecto “inmediatamente paralizante” sobre el nexo de reciprocidad entre las prestaciones, con la consecuencia de que el derecho del otro contratante de pedir el cumplimiento (o, alternativamente, la resolución) y el resarcimiento del daño, resulta temporalmente paralizado, puesto que se contraponen dos derechos potestativos diversos y opuestos, porque con la excepción de incumplimiento el contratante hace valer su propio derecho que, en cuanto contrapuesto al hecho constitutivo afirmado por el actor, lo paraliza.

En cuanto “excepción sustancial” puede ser hecha valer mediante una declaración extrajudicial, o bien puede ser opuesta en juicio al otro contratante,¹⁸ y en tal sentido se

no es clara, porque son algunos casos en los cuales el derecho de retención aparece asumir la configuración de una excepción de incumplimiento”.

¹⁶ SACCO, en SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, 644.

¹⁷ Cfr. Por todos REALMONTE, op. cit., 234; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 1 ss.

¹⁸ CARNEVALI, op. cit., 246, el cual señala que en este segundo caso, siempre que la excepción sea legítimamente opuesta, ella tiene la finalidad de paralizar una demanda judicial de cumplimiento propuesta por el otro contratante, pero sirve también para paralizar una demanda de resolución del contrato por incumplimiento del excepcionante, una intimación al cumplimiento o una declaración de querer ampararse en una cláusula resolutoria expresa (en tal sentido en jurisprudencia, cfr. Cass. 28 marzo 2001, n. 4529; Cass. 4 noviembre 2009, n. 23345; Cass. 13 julio 2005, n. 14737; Cass. 12 febrero 2002, n. 2706; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728; Cass. 4 julio 2002, n. 9517; Cass. 13 abril 2000, n. 4122; Cass. 11 agosto 1997, n. 7480; y otras. Con referencia a la cláusula resolutoria expresa, cfr. Cass. 13 julio 1982, n. 4122; Cass. 21 enero 1982, n. 400). En el caso en que haya sido establecido un plazo esencial, (art. 1457 c.c.) a favor del otro contratante, la excepción impide la resolución de pleno derecho del contrato al vencimiento del plazo, porque el excepcionante no puede ser considerado incumplidor (BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 47 ss.). La excepción hecha valer extrajudicialmente no impide al excepcionante ni demandar un segundo momento la resolución del contrato en vía judicial (eventualmente mediante demanda reconventional frente a una demanda de cumplimiento o de resolución del otro contratante), ni de intimar el cumplimiento o de declarar querer ampararse en una cláusula resolutoria expresa. Tratándose de comportamientos coherentes con la eficacia de la cláusula, de naturaleza típicamente dilatatoria, cuyo propio efecto es el de “congelar” la relación contractual a la espera de ver si el otro contratante se decide a cumplir; el excepcionante puede, en cierto momento, perder interés a un cumplimiento, aunque sea tardío del otro contratante, y optar por la resolución del contrato, sea en vía directa, o en vía reconventional: así CARNEVALI, op. cit., 246, el cual señala que en el caso en que haya sido establecido un plazo esencial (art. 1457 c.c.) a favor de uno de los contratantes, este último no tiene la posibilidad de oponer la exceptio, porque el incumplimiento del otro contratante causa ipso iure la resolución del contrato mismo; sin embargo, no parece que precluya al contratante a favor del cual se ha puesto el plazo el declarar dentro de los tres días (art. 1457, inc. 2, c.c.) querer igualmente la ejecución del contrato y de estar pronto a cumplir contextualmente al otro.

configura como una excepción de portada más amplia que una mera excepción de naturaleza procesal.¹⁹

En el plano de la dialéctica de las posiciones contrapuestas de los contratantes, puede señalarse que la excepción hecha valer extrajudicialmente no impide al *excipiens* pedir sucesivamente en juicio la resolución del contrato (eventualmente en vía reconvenicional frente a una demanda de cumplimiento o de resolución por parte del otro contratante), o bien intimar el cumplimiento, o bien declarar querer ampararse en una cláusula resolutoria expresa, puesto que —como se observa por parte de autorizada doctrina— ello “es coherente con la eficacia de la cláusula, que sirve para “congelar” la relación contractual (y por ello es tradicionalmente definida como excepción “dilatatoria”) en espera de ver si el otro contratante se decide a cumplir: el *excipiens* puede, en cierto momento, perder interés a un cumplimiento tardío del otro contratante, y optar por la resolución del contrato, sea en vía directa, o en vía reconvenicional.²⁰

2.

FUNDAMENTO Y LÍMITES DEL EJERCICIO DEL DERECHO: EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y BUENA FE

El fundamento —y al mismo tiempo el límite del ejercicio del derecho potestativo del excepcionante— está señalado por el principio de buena fe. La fórmula de la norma es en efecto bastante clara: “no puede rehusarse la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias, ello es contrario a la buena fe”, que en este caso de caracteriza como legítimo ejercicio del propio derecho, y que se distingue del remedio de la resolución, porque se funda en el

¹⁹ CARNEVALI, op. cit., 246, según el cual tal excepción atribuye al contratante excepcionante el derecho de suspender temporalmente la ejecución del contrato y —tratándose de un derecho típicamente potestativo, al cual el otro contratante queda sujeto, a condición de que la excepción haya sido legítimamente ejercitada— puede ser neutralizado sólo con la ejecución de la prestación debida al excepcionante, y por tanto el excepcionante que se rehusa a cumplir la entrega del bien vendido no cae en mora y no está por ello impedido el pasaje del riesgo de perecimiento del bien según las reglas generales. Si la prestación del excepcionante deviene imposible por caso fortuito pero luego de la negativa a cumplir, no se aplica el art. 1221 cc y el excepcionante queda liberado de su prestación con las ulteriores consecuencias establecidas en el art. 1463 c.c.

²⁰ CARNEVALI, op. cit., 247, el cual señala que en el caso en que haya sido establecido un plazo esencial (art. 1457 c.c.) a favor de uno de los contratantes, este último no tiene la posibilidad de oponer la exceptio, dado que el incumplimiento del otro contratante produce ipso iure la resolución del contrato mismo: se indica sin embargo que no parece que haya precluido al contratante a favor del cual se ha puesto el término, el derecho de declarar dentro de los tres días (art. 1457, inc. 2, c.c.) querer igualmente la ejecución del contrato y estar pronto a cumplir contextualmente al otro.

incumplimiento ajeno, pero no produce la disolución del contrato y no necesita, para su utilización, los mismos presupuestos subjetivos y objetivos.

La interpretación de la norma y del principio de buena fe aplicado a la misma, ha encontrado particular recepción en la jurisprudencia de la Corte de Casación, la cual se ha formado prevalentemente con referencia al tema del incumplimiento inexacto, más bien que al relativo al incumplimiento total, y se ha orientado en el sentido de que la facultad del deudor de rehusar la propia prestación queda siempre subordinada a la gravedad del incumplimiento de la otra parte, esto es, que según la fórmula legislativa dictada por el art. 1455 cc, se trate de un incumplimiento de “no poca importancia en relación con los intereses de la otra parte”.²¹

La noción de buena fe parecería por tanto servir para dar ingreso a una valoración de proporcionalidad entre el incumplimiento y la excepción, a fin de valorar la sustancial comparabilidad de las prestaciones incumplidas y de las no ejecutadas en vía de excepción, dando así lugar a lo que la jurisprudencia llama “juicio de proporcionalidad del incumplimiento”.

En esta perspectiva aparece como relevante la intervención del juez, puesto que está llamado a realizar un control y una valoración de tipo “comparativo” de los incumplimientos opuestos, pero el criterio fundamental será siempre la proporcionalidad de los mismos respecto de la causa en concreto del contrato, y por tanto de los intereses deducidos en el mismo, así como la respectiva incidencia de tales incumplimientos sobre el equilibrio entre las prestaciones contrapuestas y sobre las posiciones de las partes contratantes.

Con la consecuencia de que, al término de tal juicio, en presencia de una valoración del juez que considere que el incumplimiento de la parte frente a la cual se ha opuesto la excepción, no es grave, o tenga escasa importancia en relación con el interés de la otra parte según la norma del art. 1455 cc, debe considerarse que la negativa a cumplir por parte de quien ha opuesto la excepción de incumplimiento, no sea conforme a la buena fe y por tanto, no sea justificada en el sentido del art. 1460 inc. 2 cc, “según el cual la excepción de incumplimiento debe encontrar justificación en el ligamen de reciprocidad entre las prestaciones y en la no escasa importancia del incumplimiento imputado a la otra parte”, con la consecuencia de que el mismo resultará sucumbiente en el juicio de resolución con las relativas consecuencias.²²

²¹ Cfr., por ejemplo, Cass. 3 julio 2000, n. 8880, en Riv. not., 2001, 242; Cass. 5 marzo 1984, n. 1530; Cass. 8 julio 1981, n. 4486. En el sentido de la necesaria gravedad del incumplimiento como presupuesto para la válida oposición de la excepción prevista en el art. 1460, inc. 2, c.c., cfr. Cass. 7 mayo 1982, n. 2843; Cass. 24 febrero 1982, n. 1182; Cass. 4 diciembre 1981, n. 6441; Cass. 21 febrero 1979, n. 1123.

²² Cass. 27 marzo 2013, n. 7759, en Giust. civ., 2013, I, 968, según la cual la verificación sobre la configurabilidad de la buena fe según el art. 1460 inc. 2 cc, se debe efectuar sobre la base de la existencia del incumplimiento grave de

Esta posición, hace tiempo ya constante y consolidada, ha sido en parte criticada por quien considera que la gravedad del incumplimiento y la excepción de incumplimiento deben ser mantenidas en planos distintos, en virtud de que —según una orientación minoritaria de la jurisprudencia—²³ la gravedad del incumplimiento opera como un límite a la demanda de resolución del contrato, mientras que la negativa a cumplir ex art. 1460 cc tiende, contrariamente, a salvar el interés al cumplimiento del contrato, con la consecuencia de que la escasa importancia del incumplimiento y la contrariedad a la buena fe no son conceptos identificables entre ellos en términos absolutos.

En la perspectiva de los perfiles remediales, hacia los cuales el instituto puede ser dirigido para una mejor y más proficua aplicación, corresponde señalar que la protección ofrecida por la excepción no es ilimitada, propiamente porque se trata de un remedio “conservativo” del contrato, pero viene a cesar cuando la contraparte ha cesado su estado de incumplimiento, haciendo desaparecer el presupuesto fundamental justificativo de la excepción misma.

Tal situación se registra, por ejemplo, no sólo cuando el deudor cumple *sic et simpliciter*, sino también cuando el mismo ofrece el cumplimiento, poniendo a disposición de la

la contraparte y en consecuencia sobre la base de la necesaria comparación entre los incumplimientos de signo opuesto, teniendo en cuenta sobre todo su proporcionalidad respecto de la función económico social del contrato; en el mismo sentido cfr.: Cass. 6 julio 2009, n. 15769; Cass. 16 mayo 2006, n. 11430; Cass. 3 julio 2000, n. 8880; Cass. 3 febrero 2000, n. 1168; Cass. 27 setiembre 1999, n. 10668; Cass. 22 enero 1985, n. 250; Cass. 5 marzo 1984, n. 1530; Cass. 7 mayo 1982, n. 2843; Cass. 8 julio 1981, n. 4486. La jurisprudencia precisa, además, en cuanto refiere al objeto de la valoración comparativa, que no presentan importancia solamente las obligaciones principales deducidas en contrato, sino también las obligaciones llamadas secundarias, esto es, aquellas obligaciones que aún no refiriéndose a las prestaciones principales asumen relevancia esencial para las partes en el plano sinalagmático, como por ejemplo las de colaboración, información o protección, cuya apreciación, en el sentido de art. 1455 c.c., es privilegiado toda vez que su incumplimiento haya determinado el incumplimiento de la contraparte (cfr. en este sentido, Cass. 16 enero 1997, n. 387).

²³ Cass. 13 febrero 2008, n. 3472, según la cual el “grave incumplimiento” que justifica la resolución se distinguiría de la buena fe, prevista en relación con la excepción de incumplimiento, porque el primero y más riguroso requisito se vincula a la naturaleza radical y definitiva de la resolución, mientras que la segunda, determinando solamente la suspensión temporal de la ejecución del contrato, y tendiendo a salvaguardar el interés positivo al cumplimiento exacto, se referiría exclusivamente al mero pretexto o al abuso.

Según los Tribunales el interés al cumplimiento exacto estaría tutelado, ex art. 1372 cc, en manera más intensa respecto del interés a la resolución del contrato, y por tal razón no estaría sujeto al límite riguroso de la no escasa importancia, sino más bien al límite de la buena fe en sentido objetivo, con la consecuencia de que – aún admitiéndose la importancia de la no escasa importancia del incumplimiento a fin de valorar la correspondencia con la buena fe del rehusamiento a cumplir la prestación – se debe en todo caso considerar que el concepto de buena fe y aquel de la no escasa importancia no son coincidentes, ni es posible instituir entre ellos una relación de implicación, en razón de la cual la buena fe implicaría la escasa importancia del incumplimiento; en el mismo sentido Cass. 26 gennaio 2006, n. 1690.

En doctrina se observa que la gravedad del incumplimiento no constituye un presupuesto necesario de la excepción de incumplimiento, sino, exclusivamente, una de las posibles circunstancias a valorar al fin del juicio de conformidad con la buena fe (cfr. BIGLIAZZI GERI, op. cit., 342), y se sostiene que es contrario a la buena fe la negativa a cumplir cuando ello implica para el otro contratante consecuencias excesivamente gravosas y puede perjudicar intereses inherentes a la persona del otro contratante y por ello de rango superior al interés económico (así BIANCA, *Diritto civile*, cit., 349), o bien cuando el incumplimiento del otro contratante sea imputable a razones excusables o el acreedor haya prestado aquiescencia (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4a ed., II, 1, Padova, 2000, 574).

contraparte la prestación, con una oferta que no tiene por qué tener los mismos requisitos formales que los de la puesta en mora del acreedor.²⁴

De modo que el contratante incumplidor podrá siempre cumplir, hasta que el contratante cumplidor haga valer su propio poder de preclusión (mediante la resolución, sea ella extrajudicial, o judicial).

En tal caso – frente a la sustancial tolerancia, hasta ese momento, del incumplimiento ajeno – la negativa de aceptar el cumplimiento tardío (y por ende en el caso por ejemplo del contrato de mutuo, en el cual una parte se encuentre en retraso en el pago de algunas cuotas), podría configurarse como contrario al principio de buena fe en la ejecución del contrato y por tanto determinar en cabeza del acreedor incumplidor, una hipótesis de incumplimiento.

3.

LA EXCEPCIÓN DE “SUSPENSIÓN” EN MÉRITO AL CAMBIO DE LAS CONDICIONES PATRIMONIALES

La segunda excepción típicamente dilatoria prevista en el Código Civil italiano es la disciplinada por el art. 1461 CC, que consagra el poder del contratante de “suspender la ejecución de la prestación que se le debe, si las condiciones patrimoniales del otro se han vuelto tales que ponen en evidente peligro la obtención de la contraprestación, salvo que sea dada idónea garantía”.

Esta excepción, a diferencia de la excepción de incumplimiento —que como se ha dicho, constituye una legítima reacción al incumplimiento contrario— aún cuando entra en el elenco de los instrumentos de autotutela negocial, se diferencia de aquella por sus presupuestos y condiciones de operatividad. La excepción de “suspensión” presupone no tanto el incumplimiento, sino la incertidumbre de recibir el cumplimiento (*id est*, el cambio de las condiciones patrimoniales del deudor), esto es el mero y futuro peligro de incumplimiento,²⁵

²⁴ La jurisprudencia subraya que no es suficiente el ofrecimiento de una idónea garantía, porque la excepción en este caso se opone frente a un incumplimiento y no frente a un mero peligro incumplimiento (Cass., 22 marzo 1968, n. 908, en *Rep. Foro it.*, 1968, voz “*Obbligazioni e contratti*”, n. 360).

²⁵ Se discute si el cambio de las condiciones patrimoniales debe ser posterior a la estipulación del contrato, o bien si puede ser anterior a la misma, puesto que no podría legítimamente ejercitar la exceptio quien que desde el origen hubiera tenido conocimiento de la grave situación de dificultad económica de la contraparte, anterior a la estipulación del contrato, y su conocimiento habiendo negociado a su propio riesgo, si luego se sirviera de la excepción dilatoria, ello daría lugar a un comportamiento contrario a la buena fe.

Discurso diverso sería aquel en el cual, aún conocida por el otro contratante, la situación originaria de dificultad económica hubiese experimentado un empeoramiento sucesivamente a la estipulación del contrato, alcanzando luego un

y puede ser puesta en funcionamiento aún por el contrayente cuyo crédito no sea aún exigible, pero tenga fundadas razones para temer por la obtención futura de la contraprestación una vez que sea exigible (*id est*: el evidente peligro de no conseguir la contraprestación).²⁶ Con la consecuencia de que, un vez ejercitada legítimamente por un contratante la facultad de suspender la ejecución, al vencimiento del término establecido para la ejecución de la prestación a cargo del contratante en situación patrimonial difícil, la situación de suspensión de la relación contractual encontrará la propia definición.

En aquel momento, se resolverá la alternativa entre: o bien el cumplimiento del contratante en dificultad —con la consecuencia de que, superada la propia situación de “peligro en la capacidad de cumplir”, la ejecución de la relación obligatoria desembocará en una situación de normalidad y el excepcionante deberá hacer cesar la suspensión de la relación obligatoria y podrá pretender la prestación a la cual tenía derecho—, o bien el contratante el dificultad no cumplirá y el contratante no incumplidor podrá recurrir a la resolución judicial o extrajudicial del contrato por incumplimiento.

La “mutación de las condiciones patrimoniales” a que refiere el art. 1461 cc es, sin embargo, algo diverso del concepto de “insolvencia” (del cual hace mención en el plano del derecho civil el art. 1186 cc, y en el plano del derecho concursal, el art. 5 de la ley concursal: r.d. 16 marzo 1942, n. 267), lo que confirma la circunstancia de que el ordenamiento ha predispuesto dos diferentes remedios frente a dos diferentes situaciones a disciplinar: la insolvencia a que refiere el art. 1186 cc produce la inmediata exigibilidad de la contraprestación (y por ende, el contratante acreedor puede servirse inmediatamente, en caso de falta de ejecución, de remedios sinalagmáticos); mientras que el empeoramiento de la condición económica del otro contratante (art. 1461 cc) — que obviamente debe tener como inmediata consecuencia el peligro objetivo (según la fórmula legislativa “evidente”), concreto,

nivel tal que pudiera crear el evidente peligro de no recibir la contraprestación. El tema, frente a estas dos hipótesis, se restringe sustancialmente a valorar el caso en el cual la grave situación económica de un contratante, que esté en grado de legitimar el recurso a la excepción dilatoria, resultase anterior a la estipulación del contrato, pero el otro contratante la hubiese conocido solamente luego de la estipulación, puesto que en este caso, a pesar de la fórmula restrictiva de la norma (que con el término “mutación” parecería hacer referencia únicamente al caso en el cual la situación de dificultad económica hubiera nacido luego de la conclusión del contrato, la orientación prevalente es en el sentido de que el contratante cumplidor podría legítimamente prevalecerse de la excepción dilatoria, si él demuestra haber ignorado sin culpa la situación económica poco confiable del otro contratante (CARNEVALI, op. cit., 257, y referencias allí citadas).

Sobre el punto, para una comparación, cfr. ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, 11 ss.; ID., Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, cit., 121 ss., el cual hace referencia a la locución “surgingimiento de la mutación” para designar “el momento desde el cual el devenir de la situación patrimonial de un contratante adquiere relevancia al fin de establecer la legitimidad de la suspensión de la ejecución de la prestación por obra de la contraparte” (op. ult. cit., 199 ss.).

²⁶ Así Cass., 22 enero 1999, n. 602, e Cass., 24 febrero 1999, n. 1572, en Giur. it., 2000, 736, según la cual la excepción puede ser opuesta también cuando el incumplimiento de ambas partes debe ser contextual; cfr. también A. BENEDETTI, Mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, en *Commentario del codice civile* dir. por E. GABRIELLI, en *Dei contratti in generale*, a cargo de NAVARRETTA y ORESTANO, Torino, 2011, t. IV, 511.

inmediato y actual de perder la contraprestación – determina sólo una suspensión de la ejecución del contrato, con la consiguiente parálisis de la relación obligatoria subyacente.

La jurisprudencia ha intentado la reconstrucción de los contenidos del criterio de referencia empleado por la norma, que se presenta incierto y nebuloso; pero no ha logrado individualizar líneas interpretativas ciertas y confiables, de modo que su orientación aparece más confiada a la casuística que a criterios de juicio generales y abstractos. Los tribunales se han limitado a establecer, por ejemplo, que para la configuración de la situación de peligro no es suficiente ni un mero temor subjetivo de que la contraparte no pueda cumplir su prestación,²⁷ ni que la contraparte tenga deudas con terceros vencida e insatisfechas;²⁸ en cambio se podría considerar configurado el peligro de no recibir la prestación, tanto por la existencia de protestos cambiarios o de procedimiento ejecutivos contra la contraparte,²⁹ como por la posibilidad de concurso de la contraparte,³⁰ o bien que el bien prometido en venta pueda ser reivindicado por parte de un tercero,³¹ o bien en la declaración anticipada de no querer cumplir,³² o bien en la celebración de un contrato por persona a nominar que resulta poco confiable desde el punto de vista patrimonial.³³ Con la consecuencia de que, como ha señalado autorizada doctrina, “si se quiere propiamente proponer un criterio de carácter general y abstracto, que pueda valer en línea de máxima, parece compartible la tesis – acogida incluso por dos sentencias de legitimidad – que reclama la sobrevenida de circunstancias incidentes que afecten la consistencia sea cuantitativa, sea cualitativa del patrimonio del otro contratante, que se revelen idóneas para crear una situación de peligro con puntos de contacto con el *eventus damni* que permite el recurso a las acciones conservativas de la garantía patrimonial a que refiere el art. 2740 cc. Es innecesario precisar que tal mutación de las condiciones patrimoniales es trascendente en su objetividad, sin necesidad de que sea debida a una culpa del contratante que la sufre.”³⁴

La función del remedio consiste entonces en la prevención de posibles incumplimientos dañosos por la parte no incumplidora, en presencia del riesgo de incumplimiento de la propia contraparte. El remedio se dirige a preservar a la parte excepcionante de una ejecución que —a la luz de las condiciones patrimoniales de la contraparte al tiempo en el

²⁷ Cass. 3 diciembre 1993, n. 12011.

²⁸ Cass. 4 agosto 1988, n. 4835.

²⁹ Cass. 15 mayo 2002, n. 7060, en Arch. civ., 2003, 349, en caso de publicación en el boletín de protestos del nombre del contratante en dificultad económica.

³⁰ Cass. 22 junio 1994, n. 5979, Cass. 18 mayo 1982, n. 3072, en Dir. fall., 1982, II, 905.

³¹ Cass. 26 enero 1985, n. 402; Cass. 18 mayo 1982, cit.

³² Cass. 19 abril 1996, n. 3713, en Foro it., 1996, I, 2389.

³³ Cass. 24 febrero 1999, n. 1574, en Giur. it., 2000, 736.

³⁴ CARNEVALI, op. cit., 257.

cual el excepcionante debería cumplir la propia prestación— podría revelarse riesgosa por el peligro de no recibir la contraprestación.

La excepción, del mismo modo que la de incumplimiento, representa un remedio disponible a la parte, accesible tanto en vía judicial como extrajudicial, pero no oponible de oficio, y por tanto, la parte que se vale de ella debe probar todos los elementos de hecho que constituyen su fundamento, puesto que —a diferencia del remedio de pérdida por parte del deudor del beneficio del plazo (disciplinado por el art. 1186 cc), que presupone la insolvencia de la contraparte— la excepción dilatoria puede ser hecha valer toda vez que subsista “el evidente peligro” de la obtención de la contraprestación. Tanto que es diverso el efecto de uno y otro instrumento: en el art. 1186 cc, el fin perseguido por la norma es el de obtener la inmediata exigibilidad de la contraprestación;³⁵ en la excepción dilatoria es el de producir una “suspensión del cumplimiento por parte del acreedor”, en espera de que desaparezca el peligro causado por el deterioro de las condiciones económicas del deudor.³⁶ La excepción de incumplimiento es por ende clasificable como remedio sucesivo al incumplimiento.

La excepción de inseguridad, en cambio, como remedio preventivo del excepcionante que tema, una vez cumplida por su parte la prestación, no recibir a continuación la contraprestación de la contraparte. La excepción de inseguridad justifica, una vez que se hace valer, la suspensión del cumplimiento, y el excepcionante no es obligado a cumplir su propia prestación, eliminando, así, el riesgo de ser considerado incumplidor, aún a instancia eventuales requerimientos de la contraparte; según la opinión de la más reciente jurisprudencia, fuertemente hostilizada por la doctrina,³⁷ el acreedor que pretenda valerse del remedio “no tiene la carga de avisar a la contraparte”.³⁸

La suspensión de la prestación es, de regla, total, y está destinada a quedar sin efecto cuando desaparece el peligro de incumplimiento de la contraparte; puede ser compatible, sin

³⁵ Pidiendo la inmediata ejecución de la prestación, el acreedor puede cancelar inmediatamente el riesgo de insolvencia, aún admitiéndose que si el deudor no cumplir inmediatamente el acreedor podrá excepcionar su cumplimiento ex 1460 c.c. o demandar la resolución: sobre el art. 1186 véase por todos BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 144-145 (que coloca tal remedio entre los medios de defensa preventivos del peligro de insolvencia) y DI MAJO, “Dell’adempimento in generale”, en el *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, 224 ss.

³⁶ Cfr. CARNEVALI, op. cit., p. 256; la naturaleza típicamente suspensiva del remedio es subrayada también por ADDIS, Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, cit., 33.

³⁷ SACCO, *Obbligazioni e contratti*, vol. 10, en Tratt. di dir. priv., dir. da Rescigno, Torino, 1995, 2a ed., 620; CARNEVALI, op. cit., 260, para quien las reglas de la corrección (art. 1175 cc) imponen tener en cuenta también los intereses del contratante frente al cual se hace valer la excepción dilatoria, y puesto que no existe ninguna obligación para el contratante cumplidor de recurrir a esta excepción, sería justo que el otro contratante pueda conocer cuáles son las determinaciones del primero, y ello con el fin de demostrar la inexistencia de una presunta situación de dificultad financiera o la superación de ella, sea para predisponer las oportunas garantías a favor del excepcionante, sea para saber cómo manejarse en asumir con terceros eventuales compromisos conexos con la ejecución del contrato suspendido. Sigue de ello, según esta interpretación, que la omisión de toda noticia preventiva no volverá ilegítima la excepción del contratante cumplidor, pero podrá tener consecuencias de carácter resarcitorio.

³⁸ Cass. 10 agosto 2007, n. 17632.

embargo, con la ejecución de aquellas prestaciones accesorias o secundarias que no están en relación de reciprocidad respecto de la “contraprestación”, o que, de todos modos, puedan revelarse funcionales para que el contrato —luego del paréntesis suspensivo— pueda proseguir normalmente su ejecución.

El supuesto —como resulta del sintético cuadro delineado— tiene función cautelar y suspensiva del propio cumplimiento, y por tanto de la ejecución, por parte de quien se exceptiona por la mutación de las condiciones patrimoniales del otro contratante y por tanto quiere que la ejecución del contrato sea suspendida por su parte. El contrato, por tanto, queda con vida hasta que el interesado haga valer su derecho a la resolución. Se señala que, como observa autorizada doctrina, “si, luego de un período de eclipse, las condiciones del deudor vuelven a ser buenas, la suspensión de la contraprestación no tiene ya razón de ser, y debe cesar”.³⁹

La diferencia entre las dos figuras es neta: la excepción de incumplimiento refiere al contratante que no debe cumplir en primer término (para contrarrestar el incumplimiento contrario con la falta del propio cumplimiento); la suspensión dilatoria es acordada al contratante que debe cumplir en primer término (al fin de evitar no recibir la contraprestación a cargo del otro). De modo que los dos remedios “no competen simultáneamente al mismo contratante”.⁴⁰ En verdad, en el caso, por ejemplo, en el cual un banco, luego de haber concedido un crédito y desembolsado parcialmente el financiamiento, constate que su deudor incumple con el pago de algunas cuotas, y por tanto no quiera seguir desembolsado el saldo, pero, al mismo tiempo sólo quiera suspender la ejecución del contrato, sin hacer valer la resolución del contrato, se presenta el problema de si el banco puede utilizar el instrumento de la excepción de incumplimiento, o bien el de la suspensión del contrato ex art. 1461 cc por la sobrevenida “mutación de las condiciones patrimoniales del otro contratante”.

La excepción de incumplimiento, como se ha visto, está orientada sólo a provocar la exoneración del propio incumplimiento, pero no permite suspender la ejecución del contrato. La función paralizante del remedio sólo permite al Banco no erogar ulteriores desembolsos al mutuario incumplidor, en espera de hacer valer la resolución del contrato, o bien en espera de que el mismo regularice los pagos.

La suspensión dilatoria, en cambio, permite al Banco suspender la erogación de las cuotas ulteriores, de modo que este remedio puede ser empleado por el Banco para rehusar el cliente la erogación de las sucesivas cuotas de mutuo, aún cuando éste se rehabilite de su incumplimiento mediante el pago sucesivo y sanante, toda vez que, sobre la base de las

³⁹ SACCO, en SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, 2a ed., II, 683.

⁴⁰ SACCO, *Obbligazioni e contratti*, vol. 10, cit., 617.

circunstancias y elementos de hecho, resulte objetivamente ya sea su actual dificultad de cumplir, ya sea su incapacidad prospectiva de continuar cumpliendo con regularidad.

El ejercicio de la excepción, como se ha recordado varias veces *ut supra*, sin embargo, no determina la resolución del contrato, sino sólo una suspensión del mismo en tutela de la contraprestación del banco. Con la consecuencia de que, no ejerciéndose el derecho a la resolución del contrato por incumplimiento, y por ende permaneciendo en vida el contrato, los efectos de la excepción en favor del banco serán únicamente los de la paralización de las solicitudes ulteriores de desembolso por parte del cliente, y el de la suspensión de la obligación de deber cumplir la propia prestación o contraprestación.

En el caso de la excepción de incumplimiento (art. 1460 cc), el remedio actuado por el banco se justifica sobre la base del incumplimiento a las previas obligaciones restitutorias que gravan al cliente. En el caso de la suspensión dilatoria (art. 1461 cc), porque, aún “sanando” el incumplimiento previo, el cliente en todo caso evidencia una situación que, aún siendo de menor gravedad que la de la insolvencia, se caracteriza por la sobrevenida de circunstancias objetivas (por ejemplo: temor de concurso; declaración anticipada de no querer cumplir, existencia de protestos cambiarios y de juicios ejecutivos) susceptibles de incidir sobre la consistencia tanto cuantitativa como cualitativa del patrimonio,⁴¹ que pueden generar una situación de peligro en orden al cumplimiento, análoga a la signada por el *eventus damni*, que habilita el recurso a las acciones conservativas de la garantía patrimonial.⁴² En efecto, sólo la resolución determina la caducidad de los efectos del contrato con eficacia retroactiva (art. 1458 cc), y por tanto sólo ésta puede admitir a la parte considerar extinguidas las propias obligaciones.

4.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO EN EL CONCURSO. LA REGLA GENERAL: FUNDAMENTO Y LÍMITES

Los instrumentos de autotutela y remediales presentes en el derecho común de los contratos encuentran una significativa expresión y aplicación también en el derecho concursal, donde las reglas generales son modeladas en función de la particular situación en la cual

⁴¹ Cfr., para tales caracteres, Cass. 24 febrero 1999, n. 1574; Cass. 22 enero 1999, n. 602.

⁴² CARNEVALI, *op. cit.*, 257.

viene a encontrarse el contrato, cuando, no habiendo sido aún cumplido, o no completamente cumplido, una de las partes en el mismo es declarada en concurso.

La reciente reforma del derecho concursal en Italia ha introducido una importante novedad en el tema de contratos “pendientes”, esto es, de aquellos contratos aún en curso de ejecución al momento de la declaración de concurso. Tal novedad consiste en la previsión de una disciplina de portada general de los contratos en curso de ejecución, ya sea en el concurso (art. 72 de la ley de concursos), o en el procedimiento de concordato preventivo (art. 169-bis de la ley de concursos). Disciplina que, creando una relación entre la norma de carácter general (art. 72 de la ley de concursos) y las normas de carácter especial (arts. 72-bis y ss. de la ley de concursos), establece, como primer efecto de la declaración de concurso, la suspensión de la ejecución del contrato, esto es, de las prestaciones deducidas en la relación obligatoria. El art. 72, en efecto, dispone que “si un contrato aún no ha sido cumplido o completamente cumplido por ambas partes, cuando, respecto de una de ellas, es declarado el concurso, la ejecución del contrato, con las diversas excepciones establecidas en la presente Sección, queda suspendida”.

La norma prosigue en el sentido de que tal suspensión opera “hasta tanto el síndico, con la autorización de la junta de acreedores, opta por ingresar en el contrato en lugar del concursado, asumiendo todas las obligaciones relativas, o bien por desembarazarse del mismo, salvo que, en los contratos con efecto real, ya se haya producido la transferencia del derecho”. El párrafo 2, al predisponer un medio sustancial de autotutela del contratante cumplidor, prevé la posibilidad para éste de “constituír en mora al síndico, haciéndole asignar por el tribunal un término no superior a sesenta días, transcurrido el cual se entiende resuelto”, con la consecuencia, a que refiere el párrafo 4, de que “en caso de resolución el contratante tiene derecho de hacer valer en el pasivo el crédito consiguiente al incumplimiento, sin que le sea debido el resarcimiento del daño”.⁴³

⁴³ En el caso del concordato preventivo, el nuevo art. 169 bis de la ley de concursos prevé, colocando la disposición normativa en la línea de la análoga prevista para el concurso, que “il debitore nel ricorso di cui all’art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta”; sobre el punto cfr. actualmente A. PATTI, “Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento”, en *Fall.*, 2013, 261 ss., según el cual la regla de tratamiento de las relaciones jurídicas pendientes se distingue netamente en las hipótesis de solución de la crisis de empresa según que la solución de la misma se realice según su liquidación o bien según la prosecución de su actividad, y con referencia a las nuevas figuras de concordato preventivo introducidas por el D.L. 22 junio 2012, n. 83 y con el d.l. 21 junio 2013, n. 69, STANGHELLINI, “Il concordato con continuità aziendale”, en *Il Fall.*, 2013, 1233; SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, ivi, 2013, 1209 ss.; BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, ivi, 2013, 1121.

La puesta en mora del síndico,⁴⁴ como instrumento que lo obliga a la elección mediante el ejercicio del relativo derecho potestativo, si se la mira en el cuadro de los instrumentos proporcionados por el ordenamiento para la tutela del contratante *in bonis*, cumple una “función disolutoria del contrato, en defecto de cumplimiento, análoga a la de la intimación al cumplimiento”,⁴⁵ la cual no puede encontrar aplicación en el derecho concursal, en razón de la imposibilidad de dirigirla ni al concursado, privado, por el art. 44 párrafo 1 de la ley de concursos, de la legitimación para cumplir, ni al síndico, que no está obligado y que puede obligarse —mediante la continuación de la relación obligatoria— únicamente si recibir la contraprestación aparece como funcional al interés de la masa concursal.

Una regla autónoma está prevista además, ya sea para el caso de ejercicio provisorio de la empresa (art. 104, párrafo 8), sea para los contratos de duración o de ejecución continuada o periódica (art. 74). En el primer caso, el ejercicio provisorio de la empresa puede ser dispuesto en la misma sentencia declarativa del concurso (art. 104 párrafo 1), o bien en un momento sucesivo, a impulso del síndico (art. 104, párrafo 2). En esta segunda hipótesis la norma general sobre suspensión encuentra aplicación temporal, esto es solamente en tanto esté vigente el ejercicio provisorio y desaparecerá cuando cese el estado de suspensión.

El problema — que aparece en orden a la coordinación entre las normas que consideran el concurso como un causa autónoma de disolución de determinados contratos y aquellas otras que al contrario prevén su continuación en caso de ejercicio provisorio — debería ser resuelto considerando “el evento disolutorio determinado automáticamente por la declaración de concurso sin la contextual disposición del ejercicio de la empresa, resolutivamente condicionado a la eventual sucesiva autorización del ejercicio provisorio de la empresa”.⁴⁶ Para los contratos de duración o de ejecución continuada o periódica, el art. 74 prevé, en cambio, que si el síndico ingresa en el contrato “debe pagar integralmente el precio aún de las entregas ya realizadas o de los servicios ya realizados”.

En el plano sistemático se puede apreciar que el legislador, en la previsión normativa contenida en el art. 72, ha seguido un criterio diverso de aquel precedentemente adoptado para la disciplina análoga prevista para la crisis de la empresa. En efecto, como está dispuesta en el art. 50 del decreto legislativo n. 270, de 1999, en materia de administración extraordinaria, la regulación concursal va en el sentido de la automática prosecución de las

⁴⁴ El empleo de la locución “messa in mora” recuerda claramente las palabras de G. BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1928, 601.

⁴⁵ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 4a ed., Torino, 2011, 132-133, para quien los efectos disolutivos de la disolución corresponden a los que derivarían del ejercicio de la acción de resolución, y esencialmente consistirían en pretensiones resolutorias que, si no tienen por objeto bienes específicos, quedan sujetas a la ley de concursos.

⁴⁶ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 121.

relaciones obligatorias pendientes que, a la fecha de apertura del procedimiento, resulten aún no cumplidas o no enteramente ejecutadas por ambas partes, incluso de aquellas de ejecución continuada o periódica, hasta que el comisario extraordinario decida desembarazarse del contrato en curso.

Siempre aceptando que el contratante *in bonis*, aún en este caso, tiene la posibilidad de constituir en mora al comisario extraordinario, pero únicamente luego que el programa de reestructuración o de cesión en bloque de la hacienda hayan sido aprobados. En ese punto, si es intimado por escrito, debe hacer llegar a la contraparte su propia decisión dentro de los treinta días, transcurridos los cuales el contrato se entiende resuelto. La diversidad de orientación es explicada por la doctrina en razón de las diversas finalidades de los dos procedimientos, tendientes: la administración extraordinaria, a la salvación y recupero de la economía de la hacienda, y por tanto al saneamiento de la empresa y a su posible reposicionamiento en el mercado; y el concurso, esencialmente a la liquidación del patrimonio en función de la distribución del producido del activo a los acreedores del concurso, y por tanto, con función prevalentemente liquidatoria, no obstante la previsión de una disciplina que tiene a facilitar en los límites de lo posible, las cesiones en bloque o de universalidades patrimoniales.⁴⁷

5.

LOS EFECTOS DE LA REGLA GENERAL

El sistema precedente se estructuraba según una disciplina sustancialmente típica, en la cual era problemático establecer, por un lado, cuál fuese el tipo de disciplina a aplicar a los contratos típicos no expresamente regulados y, por otro lado, cuál fuera en presencia de un contrato atípico el nivel de elasticidad y, por tanto, de absorción de aquel contrato en la disciplina del derecho concursal prevista para los contratos típicos singulares.

El nuevo sistema (si bien mantiene una disciplina que tiene por objeto tipos contractuales singulares, que está distribuida entre la sección II del capítulo III, y otros lugares, sea en la ley de concursos (art. 60 para la renta vitalicia; art. 104, párrafo 8, para la disciplina del ejercicio provisorio de la empresa), sea en el código civil (arts. 2119 párrafo 2; 228 párrafo 1), en razón de la presencia del art. 72, y por tanto del ingreso de una regla general), parece

⁴⁷ ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg.12.9.2007*, n. 169, Torino, 2008, 155; JORIO, "Il fallimento", in *Tratt. Cottino*, Padova, 2009, 472.

haber abandonado una disciplina por tipos en función de la adopción de una norma “de clausura” del sistema de disciplina de relaciones pendientes.⁴⁸

La regla general (art. 72 de la ley de concursos) es la suspensión de la relación obligatoria pendiente, donde no exista una disposición diversa.⁴⁹ La regla de la sustitución del síndico en el contrato en el lugar del concursado, o bien de su continuación automática, tendrían en cambio carácter especial. Con la ulterior consecuencia de que las normas que regulan los tipos contractuales singulares, en cuanto vinculadas por una relación de género a especie respecto de la regla general, no podrían ser aplicadas por analogía o por extensión a otros tipos, sean ellos típicos o atípicos, para los cuales debería ser de aplicación el principio general de la suspensión de la relación obligatoria.⁵⁰

La presencia de una regla general en razón de la amplia portada de la norma que la prevé, ha inducido por el contrario a sostener que – por cuanto las normas esparcidas en el sistema que regulan los efectos del concurso sobre determinadas relaciones contractuales no han sido derogadas ni sería visualizable su derogación por la incompatibilidad – la norma general del art. 72 párrafo 1 se debería considerar aplicable (no “salvo las disposiciones diversas de la presente sección” sino) “salvo disposiciones legales diversas”. Además, por cuanto esas diversas disposiciones se encuentran fundadas cada una en una propia justificación normativa, diferente de la que sostiene la norma general, ellas serían susceptibles de aplicación analógica.⁵¹ La razón de la inserción en el sistema de una regla general ha sido encontrada en la circunstancia de que el principio de la suspensión, si bien está previsto con relación al contrato de compraventa, siempre se pensó —tanto en la orientación consolidada de la jurisprudencia,⁵² como en el pensamiento de la doctrina—⁵³ como aplicable en un plano general, aún a contratos que no contenían expresa regulación sobre el punto.

El principio se justificaba en razón de la exigencia de evitar las consecuencias negativas que derivaban para el contratante *in bonis* del tratamiento diferenciado, y de favor, que

⁴⁸ CAGNASSO, “I contratti pendenti”, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali, a cura di S. AMBROSINI*, Bologna, 2008, 117, para el cual sería sin embargo necesario examinar hasta qué punto el nuevo sistema pueda efectivamente considerarse cerrado, debiéndose verificar si en cada caso los contratos, a los cuales no se aplican expresamente reglas “excepcionales”, sean sujetos al principio general de la suspensión facultativa, y en tal sentido propone como ejemplo el del contrato de concesión de venta.

⁴⁹ La regla encuentra aplicación, en virtud de la previsión a que refiere el art. 56 del d.lgs. 6 setiembre 2011, n. 159 (modificado por la ley 24 diciembre 2012, n. 228, llamada ley de estabilidad), incluso a las relaciones contractuales pendientes disciplinados por el código de leyes antimafia en tema de medidas de prevención patrimonial.

⁵⁰ NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 176, para quienes la solución que hace pie en la presencia de una regla general se presentaría como más conveniente para el procedimiento, sea del punto de vista organizativo como del económico.

⁵¹ GUGLIEMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 123.

⁵² Cass. 5 febrero 1980, n. 799, en *Giur. comm.*, 1980, II, 665.

⁵³ Cfr. ahora por todos sobre el punto, JORIO, *Il fallimento*, cit., 476.

la ley reservaba al síndico. Esto podía apoyarse, en razón de la regla concursal, en el cumplimiento de la prestación por parte del contratante cumplidor, sin que éste, sin embargo, pudiese, fuera de la regulación concursal, recibir por su parte la entera contraprestación, señaladamente por la hipótesis de que la prestación de cargo del contratante concursado hubiese sido de naturaleza pecuniaria y se encontrase incumplida. El contratante *in bonis* quedaba más bien constreñido a sufrir, en base al principio de la paridad de tratamiento de los acreedores, la pérdida derivada en cada caso en el procedimiento singular de la disciplina de la repartición del activo.⁵⁴

6.

LOS EFECTOS SOBRE EL CONTRATO Y SOBRE LA RELACIÓN OBLIGATORIA EN EL CONCURSO

La ley de concursos, con la regla general del art. 72, regula los efectos del concurso sobre la relación obligatoria y no sobre el contrato, tanto que la norma no se aplica cuando, a la fecha del concurso, las obligaciones hayan sido completamente cumplidas por una de las partes. El concurso en efecto incide en la relación obligatoria, puesto que refiere a la fase dinámica de la relación negocial, o sea a la de la actuación de la relación obligatoria en la cual el síndico entra en virtud del poder de sustitución en la administración de los bienes del concursado, y no en el contrato, puesto que no modifica el contenido del acto, que entre las mismas partes originarias conserva su “fuerza de ley” (art. 1372 cc).

La suspensión es un efecto legal que se produce automáticamente por el simple hecho de la declaración de concurso de uno de los contratantes, que toca directamente la relación obligatoria pero que, obviamente, se extiende —aún cuando por reflejo— también sobre el contrato, con referencia ya sea a la posición jurídica subjetiva de sus partes originarias, sea a la de un tercero que es el síndico, dado que ante todo es él quien, con autorización previa de la junta de acreedores, tiene la facultad de “ingresar en el contrato en lugar del concursado”.

⁵⁴ Sobre la base de tales consideraciones que remontan al pensamiento de G. BONELLI, op. cit., se ha sostenido siempre que el síndico no podía ser obligado, si no lo hubiese reputado útil para la masa, a dar ejecución o a proseguir en el cumplimiento de contratos que encontraba en pie al momento de la apertura del concurso, teniendo, en cambio, la facultad de liberarse de ellos sin que ello determinase el surgimiento de un crédito resarcitorio a favor de la contraparte contractual ((cfr. la primera formulación del art. 72, inc. 4, l. fall.). El contratante cumplidor, por otro lado, en aplicación del principio de la excepción de incumplimiento, no podía ser constreñido a dar ejecución a un contrato cuyo efecto, en el plano de la bilateralidad, hubiera podido realizarse solamente según la ley del concurso (compárese con la vieja formulación del inc. 1 del art. 72 de la ley de concursos, según el cual frente al concurso del comprador, el vendedor tenía derecho a “cumplir su prestación, haciendo valer en el pasivo del concurso su crédito por el precio”).

El contrato queda por tanto inalterado, si bien el mismo entra en un estado de “suspensión legal”, ya que, a causa del concurso, no puede proseguir más entre las partes originarias; y menos puede producir efectos frente a un tercero respecto del contrato originario, como lo es el síndico del concurso. En cambio, la relación contractual queda suspendida en su eficacia hasta que el síndico, por su propia iniciativa, o bien a instancia del contratante *in bonis*, según la regla dictada por el art. 72, efectúe la elección entre prosecución de la relación obligatoria o su resolución.

La construcción dogmática de los efectos del concurso sobre los contratos en curso de ejecución, es decir, sobre los contratos bilaterales no cumplidos, se explica entonces en términos de disciplina de la relación obligatoria y no del contrato, puesto que ella no refiere a la disciplina del acto, sino a la regulación en sede concursal del nexo de reciprocidad entre prestaciones contrapuestas no cumplidas o cumplidas sólo parcialmente. El problema de los efectos del concurso sobre los contratos de duración o de ejecución continuada o periódica (art. 74 de la ley de concursos) se pone obviamente en términos diversos, respecto del que refiere a los efectos sobre las relaciones pendientes.

La declaración de concurso en los contratos de duración incide “sobre el contrato”; en los contratos en curso de ejecución, en cambio, incide “sobre la relación obligatoria”. En los contratos pendientes, o bien en curso de ejecución, la relación obligatoria ha nacido antes del concurso pero no ha sido cumplida, o bien lo ha sido sólo en parte al momento de la declaración de insolvencia de uno de los contratantes, de modo que la perspectiva en la que la relación obligatoria se coloca, por efecto de la apertura del concurso, es prevalentemente aquella que tiende a la realización del patrimonio concursal, que es la perspectiva propia del procedimiento de liquidación del activo. De modo que la prosecución de la relación obligatoria, mediante el cumplimiento de las prestaciones residuales, se justifica únicamente en función de una mejor realización de los bienes destinada a la satisfacción de los acreedores.⁵⁵

En los contratos de duración, por efecto de la declaración de concurso de una de las partes, surge en cabeza del síndico, que decide ingresar en ellos, no solamente la obligación de proseguir la relación obligatoria, mediante el recíproco cumplimiento, sino también del pago de las prestaciones ya cumplidas por la contraparte, dado que aquel contrato había, aún parcialmente, agotado las prestaciones contrapuestas debidas hasta aquel momento.

La naturaleza de duración, o también de ejecución continuada o periódica del contrato, implica en efecto que, al momento de la declaración de concurso, el mismo “es ciertamente una relación obligatoria contractual que resulta plenamente cumplida”, aún si las

⁵⁵ ZANICHELLI, op. cit., 180.

prestaciones hubieran debido cumplirse por obra de las partes al fin del vencimiento natural del contrato.⁵⁶

El concurso, aún en los contratos de ejecución continuada o periódica, determina entonces la suspensión de la ulterior ejecución, y si el síndico efectúa la relativa elección, puede ocurrir también la resolución.

7.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO COMO REGLA GENERAL DE TUTELA DEL SINALAGMA EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

El fundamento de la regla general del derecho concursal se encuentra entonces en el interior del sistema de derecho común de los contratos (art. 1460 y 1461 CC), en aplicación del principio general de tutela de la funcionalidad del sinalagma. Principio que, no obstante una autorizada voz en sentido contrario,⁵⁷ ha sido en efecto constantemente considerado, sea en las orientaciones de los doctores de la ley, sea de los Tribunales, como regla general en grado de justificar el sentido de la disciplina.⁵⁸

Se trata, en efecto, de la actuación del principio en razón del cual el contratante cumplidor puede oponer las así llamadas excepciones dilatorias, con el fin, por un lado, de conservar el equilibrio original contractual en la prospectiva de la ejecución de la relación obligatoria; y por otro, de paralizar, mediante el instrumento de la suspensión de su ejecución, los efectos que la insolvencia de una parte produce sobre la vida del contrato en espera de la elección del síndico en orden a la prosecución, o bien de la resolución de la relación obligatoria.

⁵⁶ Así INZITARI, "Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori", en AA.VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 6.

⁵⁷ F. VASSALLI, *Diritto fallimentare. II.1*, Torino, 1997, 153 ss., aún con referencia a la vieja formulación de las normas sobre relaciones pendientes, reconoce un fundamento sustancialmente equitativo a tal disciplina. Según el autor, "se trata de una disciplina que, aún cuando por mecanismos diversos de los de autotutela establecidos por los art. 1460 y 1461 cc, pone al contratante cumplidor en una posición de mayor favor respecto a los otros acreedores concurrentes en el concurso. Se puede decir que ello ocurre por razones sustancialmente equitativas las cuales en cierto sentido puedan apoyarse a las que sirven de base para la disciplina de la compensación. En otros términos se reputa equitativo que el contratante cumplidor que se enfrenta con el concurso de la contraparte, cuando aún no ha cumplido la propia prestación, y tampoco ha recibido la satisfacción de su crédito, se encuentre en una posición de mayor fuerza respecto de los otros acreedores merecedores de consideración específica. Esta posición es puntualmente la que se toma en consideración y es tutelada en algunas de las normas sobre la suerte de los contratos pendientes."

⁵⁸ Cfr. ahora por todos, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 122.

A tal regla siguen como corolario aquellas que tienen por objeto o bien la disolución o bien la continuación del vínculo obligatorio, sea en general, sea *ex lege* con referencia a determinados tipos contractuales (cfr. Art. 72 bis y ss., de la ley de concursos).

Las articulaciones de estas reglas permiten, según una representación sintética, clasificar las tipologías contractuales sobre las cuales el legislador ha intervenido, comprendiéndolas en tres ámbitos homogéneos entre ellos, según que la incidencia del concurso sobre el contrato produzca: o bien la disolución automática de la relación obligatoria, o bien su continuación; o por último, que tales relaciones obligatorias tengan por objeto bienes del concursado no comprendidos en el concurso (cfr. art. 46 ley de concursos), con la consecuencia de que tales relaciones obligatorias, en cuanto no sujetas a la inhibición concursal, no quedan incluidas en el patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores del concurso y para ellas, no verificándose en la relación obligatoria la sustitución del síndico al concursado, se aplica el derecho común de los contratos dado que prosiguen, como antes de la declaración de concurso, entre el concursado y el contratante *in bonis*.⁵⁹

La diversidad de la disciplina ofrecida por la regla general, respecto de la diseñada por las reglas especiales, pone sin embargo en evidencia, aún cuando sólo sea en el plano interpretativo, el problema de la relación entre disciplina “de derecho común” y disciplina “de derecho concursal”, esto es, especial, del contrato. Perfil cuya importancia está dada por la comprobación, por nadie contradicha,⁶⁰ que la regulación concursal de las relaciones preexistentes al concurso se resiente por la inserción en la ley del concurso de los principios generales del derecho contractual.⁶¹ En sentido contrario aparece en cambio evidente que el fundamento de la inserción de aquellos principios en el cuerpo del derecho concursal es justificable por el principio tendencial de uniformidad del sistema.

El ordenamiento pondera las propias elecciones al fin de volver el sistema unitario y por ende tiende a aplicar, mediante la técnica de la interacción entre las disciplinas, las reglas de la parte general del derecho común de los contratos, aún para la regulación de perfiles

⁵⁹ MEOLI, SICA, “Effetti sui rapporti giuridici preesistenti”, en *Trattato di diritto fallimentare*, Dir. Buonocore y Bassi, Padova, 2010, 397, distinguen en cambio entre reglas especiales y reglas excepcionales sobre los contratos pendientes, encuadrando las relativas disposiciones según un criterio funcional, más bien que según una sistematización que tenga en cuenta la suerte que tales reglas reservan a la relación pendiente.

⁶⁰ INZITARI, *op. ult. cit.*, 4, según el cual el contenido de la disciplina de las relaciones pendientes en el concurso “no aparece signado por una relación segura de estrecha consecuencialidad con los principios civilísticos generales en materia de contrato y de autonomía privada”.

⁶¹ JORIO, *Il fallimento*, cit., 470, pone en evidencia que el sector de la disciplina de las relaciones pendientes es aquel en el cual, más que en ningún otro, “se verifican la compenetración y la superposición de los principios de la ley concursal a las reglas civilísticas de los contratos y donde las soluciones normativas pueden cambiar según que se privilegien las razones del procedimiento o bien la posición del contratante cumplidor y según que se siga anclado a una visión más exquisitamente liquidatoria o se oriente hacia una perspectiva de conservación de la empresa”.

del derecho especial de los contratos, cuando aquellas reglas encuentren coherente y racional aplicación para la disciplina de los intereses en cada caso objeto de tutela según los valores del ordenamiento. Y ello con mayor razón cuando la importancia asumida por el sinalagma se manifiesta, fuera de las situaciones fisiológicas previstas por el derecho normal de los negocios y de la circulación de la riqueza, y se inserta en el ámbito de un procedimiento ejecutivo, como el concursal.

Sobre el punto se ha observado correctamente⁶² que la facultad del síndico de optar entre ingreso o disolución de la relación obligatoria, en los contratos caracterizados por la reciprocidad y no todavía cumplidos, encuentra su propio fundamento sea en la disciplina de la regulación concursal de los créditos, que excluye el derecho del acreedor de pretender el pago integral, sea en la disciplina del derecho privado del sinalagma, que no permite al síndico hacer valer las pretensiones derivadas de los contratos co-respectivos no cumplidos si no se obliga a cumplir integralmente la contraprestación.

La regla general impone por tanto al síndico que quiera sustituirse al concursado en el ejercicio de los derechos conexos al contrato bilateral pendiente y no cumplido, el ingresar en el contrato, determinando de tal modo una transformación del crédito del contratante cumplidor de crédito concursal en crédito prededucible, y por ende susceptible de ser satisfecho integralmente, y no en moneda de quiebra. El síndico, por otro lado, no teniendo el contratante *in bonis*, en razón de la sinalagmaticidad de la relación obligatoria incumplida, derecho a la satisfacción integral de su pretensión de crédito, puede renunciar a hacer valer la pretensión de cumplimiento que correspondía al concursado, pero para ello debe desembarazarse del contrato.⁶³

⁶² GUGLIELMUCCI, La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti, en Scritti in on. di G.Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Milano, 2006, 150; sobre el punto cfr. también ZANICHELLI, op. cit., 156.

⁶³ GUGLIELMUCCI, La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti, en Scritti in on. di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Milano, 2006, 150.