



## CONTRATOS Y CORONAVIRUS



### DOCTRINA

Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19 Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado <i>Graciela Medina</i> .....	2
Los contratos frente a la pandemia <i>Julio César Rivera</i> .....	8
Contratos turísticos y COVID-19: principios generales para la adecuada renegociación de los contratos de prestaciones turísticas Una mirada superadora <i>Sandra S. Arcos Valcárcel</i> .....	14
Coronavirus y tutela preventiva en los contratos Artículo 1032 del Código Civil y Comercial <i>Leonardo F. Fernández</i> .....	17
Soluciones contractuales en situaciones excepcionales <i>Mateo García Fuentes</i> .....	23

# Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19

## IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO. LOCACIÓN. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Graciela Medina (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. Límites para restringir los derechos y libertades en función de la salud pública. La función de las empresas privadas.— II. Justificación de la utilización del método del derecho comparado.— III. Imposibilidad de cumplimiento.— IV. La excesiva onerosidad.— V. La frustración del fin.— VI. La frustración del fin, el caso fortuito y la locación.— VII. El deber de información. Compañías de viaje.— VIII. *Hardship* o excesiva onerosidad.— IX. Acciones de que dispone el perjudicado en el caso de la teoría de la imprevisión.— X. Poderes del juez.— XI. Efectos de la distorsión del contrato por circunstancias sobrevinientes: el deber de renegociar el contrato.— XII. Conclusión.

### I. Introducción. Límites para restringir los derechos y libertades en función de la salud pública. La función de las empresas privadas

Los contratos se hacen para ser cumplidos y por ello obligan a las partes como si fueran la ley misma. Esta formulación, que encontramos en casi todas las legislaciones del sistema continental europeo, responde a la regla acuñada por los romanos: *pacta sunt servanda*.

Pero el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, como todo derecho de corte constitucional, no es absoluto, ya que acepta excepciones. Y es justamente sobre esas excepciones que nos vamos a expedir, en momentos en que una pandemia asola al planeta y los gobiernos limitan las libertades individuales para tratar de evitar los daños a la salud y a la vida de la población.

Nos parece importante, antes de comenzar a hablar de las excepciones a la obligación de cumplir los contratos, recordar cuáles son los límites establecidos en documentos internacionales para restringir los derechos y garantías individuales.

Esas limitaciones deben tener una duración determinada y ser sometidas a revisión, debiendo, además, reunir los cinco *Principios de Siracusa* (1).

La Organización Mundial de la Salud señala que "...sólo como último recurso se podrá interferir en los derechos humanos para alcanzar un objetivo sanitario. Esa interferencia se justificará exclusivamente si se dan todas las circunstancias definidas con precisión en el derecho relativo a los derechos humanos, en particular en los Principios de Siracusa:

— La restricción se establece y se aplica de conformidad con la ley.

— La restricción se establece en pro de un objetivo legítimo de interés general.

— La restricción es estrictamente necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un objetivo concreto.

— No se dispone de medios menos intrusivos ni restrictivos para alcanzar el mismo objetivo.

— La restricción no se ha determinado ni impuesto arbitrariamente, es decir, de manera no razonable o discriminatoria de alguna otra forma... (2).

Ello implica que en su caso se podría determinar si las restricciones son legítimas y provienen de una autoridad competente. Por ejemplo, sería ilegítima una suspensión provincial del término de la prescripción basada en la salud pública, porque las provincias carecen de esas facultades.

Es importante mencionar en la temática que estamos abordando la referencia del Tribunal Europeo a la *excepción en tiempo de emergencia a los derechos humanos*. Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado a los Estados la posibilidad de derogar, de manera temporal, limitada y supervisada, su obligación de garantizar ciertos derechos y libertades en virtud de la Convención, señalando que el uso de esta disposición se rige por las siguientes condiciones procesales y sustantivas:

— Un Estado puede tomar medidas que deroguen sus obligaciones en virtud de la Convención solo en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación.

— El derecho a derogar solo puede invocarse en tiempo de guerra y otra emergencia pública que amenace la vida de la nación.

— Ninguna excepción puede ser incompatible con otras obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional.

— Ciertos derechos de la Convención no permiten ninguna derogación: prohíbe toda derogación con respecto al derecho a la vida, prohibición de la tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre y la regla de "no castigo sin ley".

La segunda cuestión general que queremos exponer en orden al tema contractual es

la responsabilidad empresarial, que ha sido puesta de relieve en un documento conjunto emitido por la Cámara de Comercio Internacional y por la Organización Mundial de la Salud, que realiza un *llamamiento a la acción sin precedentes dirigido al sector privado para hacer frente a la COVID-19* (3), donde se compromete a los empresarios para reactivar la economía cuidando la salud pública. Norte que tiene que ser mirado al tiempo de renegociar los contratos o de determinar su resolución.

Por otra parte, la función social empresarial también ha sido puesta de relieve por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (4) y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) (5) el 20/03/2020.

La CIDH y su REDESCA recuerdan que las empresas son actores clave para la realización de los derechos humanos; de allí que, en el actual contexto de pandemia, las políticas y los ajustes que implementen deben priorizar su responsabilidad de respetar los derechos humanos, particularmente los derechos laborales, por los previsible efectos en ellos. La organización de trabajo remoto o teletrabajo, cuando resulte factible.

Entrando al tema del cumplimiento e incumplimiento de los contratos, hay que recordar que las excepciones a *pacta sunt servanda* se conocen desde siempre y responden a la máxima *rebus sic stantibus*. Ellas hoy adquieren otra dimensión, porque el contrato tradicional —concebido a imagen y semejanza del contrato de cambio de ejecución instantánea— y los remedios o acciones que en función de él se diseñaron deben repensarse frente a una pandemia como la del coronavirus, ya que el fenotipo del contrato instantáneo, concebido como autosuficiente para reglar de una vez para toda su vida la relación convencional, hoy no alcanza para reflejar acabadamente la esencia del contrato.

En este contexto, es indiscutible que una de las excepciones a cumplir los contratos se produce cuando sobreviene una *causa de imposibilidad*, esto es, cuando la prestación se ha convertido en imposible sin culpa del deudor y sin que éste haya asumido el riesgo de la im-

posibilidad (arts. 955 y ss. del Cód. Civ. y Com. argentino).

Esto ocurriría en algunos casos donde las medidas dictadas por el gobierno con motivo del coronavirus tornan imposible el cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en la obligación de entrega de elementos para ambientar una fiesta cuando ese tipo de transporte está prohibido, como así también la realización de fiestas. En este caso estamos ante una imposibilidad sobreviniente, absoluta y definitiva de la prestación, que extingue la obligación sin responsabilidad.

Otro ejemplo sería la situación de las empresas que fabrican respiradores, como la empresa Tecme SA, a la cual se le ha prohibido la exportación de respiradores al exterior. Esta empresa lógicamente no podrá cumplir con la entrega de respiradores que hubiera convenido con sus clientes, sin responsabilidad (6).

Por otra parte, están las imposibilidades temporarias de cumplimiento previstas en el art. 956 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que establece que la imposibilidad sobreviniente, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

Además de la obligación de cumplir y la imposibilidad de cumplimiento, existen numerosas situaciones intermedias en las cuales la prestación es posible, pero para satisfacerla el deudor queda sometido a un sacrificio extremo, no previsto al tiempo de la celebración.

El tema de la eficacia absoluta del vínculo contractual o su limitación y restricción en los supuestos en que la prestación se ha tornado difícil o importa un sacrificio excepcional para el deudor constituye un problema de máxima trascendencia en la actualidad, debido, por una parte, a las cambiantes circunstancias económicas en las que se desarrolla la vida patrimonial en las comunidades nacionales afectadas fundamentalmente por el fenómeno del coronavirus; y, por otra parte, al impacto de las decisiones gubernamentales nacionales, municipales y provinciales que impiden la circulación e intervienen directamente

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Doctora en Jurisprudencia. Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Vicepresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las personas. Profesora Titular de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

(1) NACIONES UNIDAS - CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL - COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limi-

tación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", 41 período de sesiones, <http://www.derechos.org/nizkor/except/siracusa84.html>; <http://legislacion.bvsalud.org/php/level.php?lang=es&component=37&item=8>; fecha de consulta: 24/03/2020.

(2) OMS, "25 preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos", *Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos*, nro. 1, julio/2002, <https://www.who.int/hhr/activities/Q&AfinalversionSpanish.pdf>, fecha de consulta: 24/03/2020.

(3) Véase <https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>.

detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19.

(4) La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea Ge-

neral de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.

(5) La REDESCA es una oficina autónoma de la CIDH, especialmente creada para apoyar a la Comisión en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el continente americano.

(6) "Carrera contra reloj por los respiradores", *La Nación* del 29/03/2020.



en las obligaciones contractuales, como, por ejemplo, en los contratos de locación o de hipotecas. Esta importancia se agudiza por el crecimiento cuántico de los contratos de larga duración, que son los que más sufren el impacto de los cambios de circunstancias que importan o bien la imposibilidad de cumplimiento o bien la extrema dificultad u onerosidad en su realización, como en el supuesto de los contratos de concesión administrativa de peaje de las autopistas, donde no existe flujo de fondos y las concesionarias tienen múltiples obligaciones, o en los contratos de concesiones comerciales.

En todos los contratos, pero en especial en los de cumplimiento diferido, se hace vital documentar y comunicar legalmente los esfuerzos fallidos de cumplir con las prestaciones específicas de los contratos a causa de las drásticas medidas para controlar la pandemia.

Para prevenir disputas innecesarias, es recomendable invertir en la comunicación transparente de los riesgos materializados en la cadena de suministro (7).

Como las circunstancias en las que se puede producir la frustración del contrato son múltiples y las respuestas de los ordenamientos son dispares, creemos necesario, por un lado, diferenciar los distintos institutos que pueden producir la frustración del contrato desde una perspectiva comparada, para luego analizar concretamente cuáles han sido las soluciones legislativas y jurisprudenciales dadas a la cuestión en el ámbito del derecho argentino.

Por estas razones, en el presente estudio nos proponemos abordar el tratamiento jurídico de aquellos supuestos que dispensan a una de las partes del contrato, en general al deudor, del cumplimiento de su obligación, liberándolo por tanto de su responsabilidad contractual, por concurrir circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, que hacen imposible, absurdo o excesivamente oneroso el cumplimiento, y en los cuales, en virtud de la frustración del contrato, el incumplimiento de la obligación pactada o bien no genera o bien mengua la responsabilidad contractual.

En definitiva, de lo que nos ocuparemos será de las excepciones al principio del *pacta sunt servanda* provocadas por la imposibilidad de cumplimiento, la excesiva onerosidad sobreviniente y la frustración de las bases del contrato, producidas por el COVID-19 y por las normas dictadas para tratar de evitar su propagación por parte de los diferentes gobiernos provinciales, municipales y nacionales.

Comenzaremos nuestra exposición con una explicación de los supuestos de imposibilidad, para luego adentrarnos a considerar los casos de dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad sobreviniente, conocidos en el derecho continental europeo como “teoría de la imprevisión”, para finalmente ocuparnos de

los supuestos de frustración del contrato por pérdida de las bases objetivas y subjetivas.

Luego diferenciaremos claramente la imposibilidad de cumplimiento, tanto respecto de la frustración del fin del contrato por desaparición de las bases objetivas y subjetivas como de la resolución o adecuación por excesiva onerosidad sobreviniente, denominada “teoría de la imprevisión”.

Creemos imprescindible que el operador del derecho distinga claramente los tres institutos, porque sus efectos y requisitos no son idénticos y, por lo tanto, debe evitarse realizar una ensalada de instituciones afines, pero no idénticas ni superpuestas, a fin de dar soluciones útiles y equitativas a los problemas, y no confusas respuestas que en nada benefician ni a los contratantes ni a la sociedad, en un momento en que la crisis y la inflación legislativa y reglamentaria complican la emergencia.

Por lo tanto, nuestro primer objetivo es distinguir claramente la ineficacia, la frustración del fin y la excesiva onerosidad.

Después de realizada esta diferenciación analizaremos la ineficacia, la frustración del fin y la excesiva onerosidad, no en abstracto, sino a la luz de la jurisprudencia comparada.

## II. Justificación de la utilización del método del derecho comparado

Los operadores del derecho, perplejos ante una situación de crisis sanitaria, deben enfrentarse a una pléora de sistemas jurídicos al asistir a sus clientes, y para dar respuestas a los problemas jurídicos que se les presenten les es insuficiente el solo conocimiento del sistema jurídico nacional.

El inexorable crecimiento del comercio internacional y la existencia de un virus que no admite fronteras han multiplicado la necesidad de no limitar el conocimiento del derecho a la legislación local, ya que, debido a las múltiples relaciones de bienes, servicios y cosas entre los países de oriente y occidente, cada vez más cuestiones requieren el entendimiento de la superposición de diversos sistemas jurídicos.

Por otra parte, muchos problemas jurídicos están alcanzando proporciones transnacionales e internacionales tales que deben ser tratados o bien dentro de un sistema jurídico regional o bien en la amplia estructura del derecho internacional.

Consideramos que el motivo por el cual debemos abordar este estudio desde la perspectiva del derecho comparado reside en que el abogado que se enfrenta a la emergencia está inserto en un mundo globalizado, con comunicaciones cada vez más rápidas y eficientes, con grandes conflictos para el desplazamiento de la población de un extremo a otro del planeta.

de países extranjeros. En el caso, los abogados de cada uno de estos países están atentos a la jurisprudencia dictada en los demás para citarla como antecedente o para tomar de sus razonamientos aquellos que les sean de utilidad. Lo mismo ocurrió en el *affaire* “Air Liquide”, en el cual las compañías proveedoras de oxígeno se cartelizaron en diversos países y la jurisprudencia de cada uno de ellos era esperada en los demás para citarla en su país.

(9) PIERO, A., “Función y método del derecho comparado”, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf>, consultada el 09/10/2013; PIERO, A., “Función y método del derecho comparado”, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf>, recuperada el 30/03/2020.

(10) El Código Civil argentino definía al caso fortuito como “el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse” (art. 514). Su efecto es la ex-

clusión de responsabilidad “de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiese ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese causada por caso fortuito, o fuerza mayor” (art. 513). La última frase del art. 513 refleja la identificación entre caso fortuito y fuerza mayor, que se ratifica con la lectura de la nota puesta por Vélez Sarsfield al art. 514, donde dice: “Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos...”. Hoy el Cód. Civ. y Com. establece que la imposibilidad sobreviniente, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación,

En este contexto, es indispensable plantear el análisis de este problema contractual desde las respuestas dadas por el derecho comparado en situaciones similares, como son las guerras, ya que nunca el planeta tuvo una pandemia de este rigor como para que los abogados se vean beneficiados con el conocimiento de las soluciones que se dieron en otro lugar del planeta a problemas que presentan alguna similitud (8).

Por otra parte, es necesario poner de relieve que *el estudio del derecho comparado es un antídoto contra los nocivos efectos de estereotipos y dogmatismos; es una herramienta para la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales; es una vía para el progreso, el cambio y la superación y es una garantía de libertad* (9).

Habiendo justificado el uso del derecho comparado, comenzaremos con el análisis de los supuestos de incumplimiento de los contratos.

## III. Imposibilidad de cumplimiento

La extinción o revisión de los contratos causada por acontecimientos sobrevinientes es una materia proteiforme, pues puede encajar en la imposibilidad de cumplimiento o derivar en una mera dificultad, más o menos grave; y, a su vez, la imposibilidad puede deberse a un hecho ajeno a la parte obligada que podemos inicialmente ubicar en el “caso fortuito” o la “fuerza mayor”, o quizás en otros supuestos legales. De este modo, se impone hacer algunas precisiones.

### III.1. Caso fortuito y fuerza mayor: la cuestión en China

Las dos expresiones representan eventos de distinto origen, pero con los mismos efectos (10). La fórmula que los comprende alude a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles o que, previsibles, no son evitables y hacen imposible el cumplimiento del contrato.

En China existen las normas generales de derecho civil, y desde 1999 también rige la Ley de Contratos, conocida como PCR. Esta ley debe ser completada con las reglas dictadas el 24/04/2009 por la Suprema Corte de China, quien emitió una resolución interpretando varios asuntos concernientes a la aplicación del *PRC contract law*.

Cabe señalar que tanto el derecho civil como la Ley de Contratos china reconocen el caso fortuito y la fuerza mayor, que en épocas de coronavirus, y siendo China uno de los gigantes del comercio mundial, cobran máxima importancia, inclusive para nuestro país, que tiene un gran comercio internacional con China. De allí que los operadores jurídicos internacionales se han dedicado a su estudio; prueba de ello son los primeros *papers* que aparecen sobre la materia, como, por ejemplo, “Supreme Court interpretation brings major changes to China’s contract law” (11) y “Coro-

navirus outbreak: *force majeure* from a PRC law perspective” (12).

### III.2. Imposibilidad

Ahora bien, la fuerza mayor o caso fortuito no es la única vía de liberación de las responsabilidades del deudor. Tales vías suelen englobarse en la idea de “imposibilidad” de la prestación.

Siguiendo la exposición que hace el profesor granadino Sánchez Lorenzo (13) en su completísimo estudio comparatista, podemos señalar que la idea de imposibilidad comprende:

III.2.a. La imposibilidad material: desaparición física del objeto de la obligación de dar cosa cierta

Esta imposibilidad física de llevar a cabo la prestación se encuentra prevista en todos los Códigos conocidos (§ 275, BGB; arts. 1218 y 1256, 1º, Cód. Civil italiano; arts. 6:74 y 6:75, Cód. Civil holandés; arts. 336 y 380, Cód. Civil griego; arts. 1105, 1182 y 1184, Cód. Civil español; art. 1209 de la propuesta de la Comisión General de Codificación de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de 2009; art. 790, Cód. Civil portugués; art. 119, CO suizo; art. 1272, Cód. Civil venezolano; art. 888, Cód. Civil argentino; art. 416, Cód. Civil ruso; art. 386, Cód. Civil bielorruso; art. 349, Cód. Civil uzbeko; art. 56 de la *Contracts Act* hindú de 1872; arts. 27 y 0, Ley sobre Compraventa finlandesa y sueca; art. 24, Ley sobre la Compraventa danesa; arts. 107 y 153 de los Principios Generales de Derecho Civil de la República Popular de China de 12/04/1986; art. 7.1.7 de los Principios Unidroit; art. 8.108, PECL; art. III-3:104, MCR), o bien aboca a dicha resolución sobre doctrina genérica de la fuerza mayor o el caso fortuito (art. 1148, Cód. Civil francés, belga y luxemburgués; art. 2111, Cód. Civil mexicano; art. 393, Cód. Civil brasileiro) (14).

El ejemplo clásico de la jurisprudencia inglesa sobre imposibilidad de cumplimiento está dado por el caso “Taylor vs. Caldwell” (15), resuelto por el Queens Bench en 1863. Taylor había arrendado un *music hall* a Caldwell por cuatro días consecutivos. Dos días antes de la primera función, un incendio consumió el teatro. Taylor demandó a Caldwell por daños y perjuicios, porque perdió el beneficio previsto por los conciertos. *El tribunal rechazó la demanda, señalando que en aquellos contratos en los cuales el cumplimiento depende de la existencia de una cosa o persona determinada existe una condición implícita de que la imposibilidad de cumplimiento derivada de la pérdida de la cosa exime el cumplimiento, aun cuando en el contrato nada se haya dicho sobre ello, ya que la exigencia está implícita en el contrato, porque de la naturaleza del contrato se desprende que las partes contrataron sobre la base de la existencia del bien particular.*

Cabe destacar que la imposibilidad material por desaparición física del objeto de la obliga-

## { NOTAS }

(7) Esta comunicación a las contrapartes requiere informar también las acciones contingentes en curso. Los tiempos de entrega deberían descontar los días en estado de emergencia y cuarentenas obligatorias por las autoridades. Proponer alternativas como parte de los planes de contingencia puede evitar que las contrapartes dejen de prestar preventivamente sus obligaciones. La buena gestión legal puede evitar la resolución de contratos negociando suspensiones de ciertas prestaciones con base en intereses comunes. Aun invocando fuerza mayor, las prestaciones pendientes de los contratos deben acordarse para resolverse de forma justa. La negociación de términos contractuales dando alternativas es mejor a iniciar procesos costosos de resolución de contratos. Véase [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/20/legal/1584689346\\_243211.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/20/legal/1584689346_243211.html).

(8) Piénsese en el *affaire* “Chevron”, donde una sentencia ecuatoriana trata de ser ejecutada en diversidad

de países extranjeros. En el caso, los abogados de cada uno de estos países están atentos a la jurisprudencia dictada en los demás para citarla como antecedente o para tomar de sus razonamientos aquellos que les sean de utilidad. Lo mismo ocurrió en el *affaire* “Air Liquide”, en el cual las compañías proveedoras de oxígeno se cartelizaron en diversos países y la jurisprudencia de cada uno de ellos era esperada en los demás para citarla en su país.

(9) PIERO, A., “Función y método del derecho comparado”, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf>, consultada el 09/10/2013; PIERO, A., “Función y método del derecho comparado”, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf>, recuperada el 30/03/2020.

(10) El Código Civil argentino definía al caso fortuito como “el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse” (art. 514). Su efecto es la ex-

clusión de responsabilidad “de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiese ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese causada por caso fortuito, o fuerza mayor” (art. 513). La última frase del art. 513 refleja la identificación entre caso fortuito y fuerza mayor, que se ratifica con la lectura de la nota puesta por Vélez Sarsfield al art. 514, donde dice: “Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos...”. Hoy el Cód. Civ. y Com. establece que la imposibilidad sobreviniente, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación,

sin responsabilidad.

(11) HERRMANN, Hans-Günther (*counsel*) - TIAN, Tian (*summer associate*), “Supreme Court interpretation brings major changes to China’s contract law”, Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison.

(12) “Coronavirus outbreak: *force majeure* from a PRC law perspective”, [www.bakermckenziefenxun.com](http://www.bakermckenziefenxun.com), [www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com), [www.fenxunlaw.com](http://www.fenxunlaw.com).

(13) SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La frustración del contrato”, en SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Ed. Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, a partir de p. 665.

(14) SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La frustración del contrato”, ob. cit., ps. 667 y 668.

(15) “Taylor vs. Caldwell” (1863), 3 B&S 826; 122 ER 309; EWHC QBJ 1, consultado el 02/01/2014.

ción de dar cosa cierta no funciona cuando la obligación es de género (*genus nunquam perit*). Por ejemplo, si el deudor se comprometió a entregar trigo y pierde su cosecha, su obligación no se extingue, ya que los productos agrícolas y el dinero son, por definición, reemplazables.

*Es decir, en el caso del coronavirus o de los hechos del príncipe dictados en razón de él, no podría alegarse la imposibilidad por desaparición del objeto si la obligación de entregar fuera en dinero.*

Esto fue lo que se decidió en la jurisprudencia norteamericana en el caso “Bunge Corp. vs. Recker”, en el año 1985. Los hechos del caso eran los siguientes: Bunge (P), un comerciante de granos, contrató con Recker (D), un granjero, la compra de 10.000 toneladas de soja. El granjero perdió la soja. El contrato no especificaba el origen de los granos, excepto que debían ser cultivados dentro del territorio continental de Estados Unidos. Como el agricultor perdió su soja, no cumplió con su contrato, motivo por el cual Bunge demandó a Recker por la entrega de los granos. Recker opuso como defensa la pérdida de la cosa. El tribunal desestimó la defensa e hizo lugar a la demanda, porque se trataba de un producto reemplazable o fungible (16). Y resaltó que, como el contrato no especificaba que los granos que se entregaran debían provenir de determinada finca, el deudor podría haber cumplido su obligación mediante la entrega de los granos adquiridos a otro productor. El tribunal entendió que el hecho de que los granos que el demandado debía entregar fueran destruidos no era excusa para el incumplimiento.

Distinta solución se dio en el caso “Howell V. Coupland” [(1876) 1 QBD 258]. En este supuesto se habían vendido doscientas hectáreas de papas que se cultivarían en un territorio determinado; el terreno quedó bajo el agua y las papas no pudieron cultivarse. En el caso se resolvió que no se estaba ante la venta de un bien fungible, sino de un bien determinado, porque se había especificado claramente la obligación de entregar una determinada cosecha de un lugar determinado (17).

### III.2.b. Jurisprudencia del Perú

III.2.b.1. La necesaria previsión cuando se conocen los riesgos

En Perú (18) se planteó un caso de caso fortuito en el cual se quería eximir de responsabilidad por la interrupción del servicio eléctrico producida entre las ocho [8:00] horas y las trece horas con treinta y cinco minutos [13:35] del día 22/08/2007 en la ciudad de Barranca. La empresa prestataria del servicio califica como fuerza mayor los hechos de vandalismo y manifiesta que no puede imputarse responsabilidad a su parte por los actos vandálicos ni tampoco evaluarlos como un hecho ordinario, por no preverse cuándo y dónde se llevarían a cabo. El tribunal entendió que los hechos no eran imprevisibles y que la empresa concesionaria debió adoptar las medidas preventivas necesarias a fin de evitar los daños y la interrupción del servicio eléctrico por largas horas, porque la propia empresa había realizado acciones para prever los saqueos.

Tomamos este caso como ejemplo para analizar la situación ante el COVID-19. Cabe señalar que la pandemia era imprevisible, pero una vez producida sus efectos son conocidos

y la forma de prevención también; de allí que la no adopción de los sistemas de prevención, cuando para las reglas del arte son conocidos, produce responsabilidad.

III.2.b.2. La prueba de la previsión cuando se conocen los riesgos

La Corte Suprema del Perú juzgó un caso acontecido en Arequipa, donde se produjo la interrupción del servicio eléctrico en el distrito de Cerro Colorado debido a la falla monofásica a tierra ocasionada por los daños que produjo un vehículo al impactar contra la estructura 0958 9 de la red aérea de media tensión. La compañía eléctrica adujo que fue producido por fuerza mayor, y la Corte peruana rechazó el planteo porque consideró que es obligación de la empresa demostrar que había tomado recaudos para evitar el riesgo.

Trasladado este caso al supuesto del COVID-19, creemos que será a cargo de las empresas demostrar la adopción de las medidas de seguridad para evitar la responsabilidad.

### III.2.c. La cuestión en Chile

En Chile, por tratarse de un país sísmico, tanto la doctrina como la jurisprudencia han indicado que no basta con que exista un terremoto para que pueda alegarse caso fortuito para excluir la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual. Para serlo, el sismo debe cumplir —dadas las circunstancias geográficas y geológicas del país y la naturaleza de las obligaciones incumplidas— los requisitos generales de la definición del art. 45 del Cód. Civil, esto es, debe ser imprevisible e irresistible (19).

III.2.d. México y los contratos de alquileres (20)

México ha sido asolado en diferentes oportunidades por terremotos devastadores que afectaron seriamente las viviendas. El Código Federal mexicano prevé que los contratos de locación se rescindan por imposibilidad de uso por caso fortuito o que se disminuya el precio (21).

Similar disposición consta en nuestro país. La cuestión reside en determinar qué debe hacer el locatario a fin de mes cuando venza el término para el pago (22).

### III.2.e. La imposibilidad legal

En este supuesto, la imposibilidad de cumplimiento se produce porque el objeto del contrato deviene ilícito, como, por ejemplo, cuando el Estado prohíbe negociar bebidas alcohólicas o cierto medicamento por haberse comprobado que es nocivo, o en el supuesto que nos atañe, porque se prohíben determinadas conductas en pro de la salud pública.

En estos casos el deudor tiene la posibilidad de cumplir, pero para cumplir debería incurrir en una conducta ilícita o prohibida por el ordenamiento del foro o, en el caso de contratos internacionales, por la ley aplicable al contrato.

Un ejemplo de imposibilidad legal sobreviniente complejo se dio en el caso del alquiler de negocios para la venta de bebidas alcohólicas cuando se dictó en los Estados Unidos la “Ley Seca”. Allí el alquiler era posible, pero el fin

para el cual se destinaba el negocio arrendado era ilegal. En este supuesto hay que distinguir si el único objeto del negocio era la venta de bebidas alcohólicas del supuesto en el cual se alquilara un negocio para vender bebidas alcohólicas y para otros fines, en cuyo caso la locación podía cumplirse para alcanzar los fines no prohibidos por la ley. Éste es un supuesto de frustración del fin del contrato, más que de imposibilidad legal de cumplimiento.

En el supuesto del COVID-19, la imposibilidad de cumplimiento no está dada por el virus que originó la pandemia, sino por la multiplicidad de normas de diferente origen que dictan los poderes —nacionales, provinciales y hasta municipales—, que establecen limitaciones a las libertades individuales que son diferentes en cada país y, dentro de un país, en cada región.

Insistimos en que la ley debe ser dictada por una autoridad competente y no tiene que estar en contra de los Principios de Siracusa, que establecen los límites para las menguas de las libertades individuales.

### III.2.f. La imposibilidad personal

Esta imposibilidad de cumplimiento se produce tanto en el contrato de trabajo que se extingue por muerte del empleado como en los contratos *intuitu personae* que se extinguen por la muerte del obligado a la prestación personal.

Este principio se encuentra especialmente establecido en la mayoría de los Códigos del sistema romano-germánico. El nuevo § 275, BGB, tras la reforma del 2002, o el art. 791 del Cód. Civil portugués. Más habitual es la contemplación, como causa de la resolución del contrato, de la muerte del trabajador o del prestador el servicio (p. ej., § 613, BGB; art. 1153, Cód. Civil austríaco; arts. 2118.II, y 2122, Cód. Civil italiano; art. 3381, CO suizo). En contrapartida, la relación laboral no se ve afectada por la muerte del empleador, aunque quepa inferir otro resultado a la luz del contrato particular, por ejemplo, si el trabajo consiste precisamente en atender y cuidar al empleador en su última enfermedad (art. 338, CO suizo). Asimismo, en los contratos de agencia, la muerte del agente o del principal es considerada comúnmente como causa de extinción del contrato (art. 1022, Cód. Civil austríaco; art. 2003, Cód. Civil francés; § 673, BGB; art. 1722, Cód. Civil italiano; art. 1732, Cód. Civil español; art. 405, CO suizo); únicamente el derecho alemán parte de la idea contrapuesta de que, en caso de duda, el contrato de agencia no se extingue por la muerte del principal (§ 672, BGB). Incluso cuando el contrato de agencia termina por la muerte del principal, la agencia se considera subsistente, siempre que la terminación del contrato pusiere en peligro el interés del principal o de sus herederos. Del mismo modo, un contrato de obra que implique labores que requieran capacidades personales especiales se extingue por fallecimiento del constructor, salvo supuestos excepcionales en que la ejecución del contrato no requiera su participación personal. Finalmente, debe tenerse en cuenta la autonomía con que el derecho alemán, tras la reforma del derecho de obligaciones del 2002, trata el problema de la imposibilidad moral (nuevo § 275.3, BGB), que puede englobarse, sin embargo, como una especialidad de la imposibilidad subjetiva (23).

La extinción de los contratos por muerte ha de ser mirada a la luz de las circunstancias especiales del coronavirus y su virulencia mortal, por lo que algunos contratos quedarán extinguidos y otros pasarán a sus herederos. En principio, los contratos *intuitu personae* quedarán extinguidos, mientras que el resto se transmite a los herederos.

## IV. La excesiva onerosidad

La imposibilidad económica u “onerosidad extrema”, causada por una circunstancia sobreviniente que altera el equilibrio económico del contrato de forma absoluta o dramática, constituye un supuesto de frustración de la causa en la medida en que convierte la prestación en algo radicalmente diferente.

Cabe señalar que la imprevisión de las circunstancias que alteran el pacto autoriza el ejercicio de las acciones de resolución del contrato (24) y de adecuación cuando se ha perdido la relación de equivalencia o conmutatividad por el efecto de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Se aplica a los contratos bilaterales, sean conmutativos o aleatorios (25), y a los unilaterales onerosos, siempre que sean de ejecución continuada o diferida (26).

El art. 1091 del Cód. Civ. y Com. establece: “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

Una de las condiciones consustanciales a la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente es la imprevisibilidad, en el momento de contratar, de las circunstancias sobrevinidas que impiden el cumplimiento, ya que, en caso de ser previsibles, las partes deberían haberse precavido introduciendo en el contrato cláusulas de reparto o asunción del riesgo previsible.

*Hay que tener en cuenta que en abstracto todo puede ser previsto; lo que importa es la previsión en el caso concreto. Y, en principio, la aparición del COVID-19 es un hecho imprevisible, salvo para los novelistas de ciencia ficción.*

Aunque aparentemente la previsibilidad puede parecer clara, no deja de ser un concepto subjetivo y una exigencia variable según los sistemas jurídicos. Para explicarla daremos ejemplos jurisprudenciales que permiten concretizar en alguna medida la abstracción del concepto.

Es necesario destacar que la excesiva onerosidad puede perjudicar tanto al deudor como al acreedor. Como la jurisprudencia argentina registra numerosas situaciones en las que fue aplicada, recurriremos a ella para explicar algunas de las cuestiones interpretativas que presenta la teoría de la imprevisión.

## { NOTAS }

(16) Véase <http://legal.ucan.us/lawschool/bungecorpvrecker.htm&prev=search%3Fq%3DBunge%2Bcorp.%2Bvs.Recker>.

(17) LARSON, Philip, “Contracts notes II”, 703.798.5244, <http://www.google.com.ar/search?q=Howell+vs.coupland&btnG=Buscar>.

(18) CSJ Perú, sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 15/09/2016, Cas. 1764-2015.

(19) CORRAL, Hernán, “Terremotos y caso fortui-

to”, <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/04/06/terremotos-y-caso-fortuito/>.

(20) Véase <https://www.economista.com.mx/politica/Que-hago-si-rento-un-departamento-en-un-edificio-danado-por-el-terremoto-20170925-0094.html>.

(21) Véase <https://www.economista.com.mx/politica/Que-hago-si-rento-un-departamento-en-un-edificio-danado-por-el-terremoto-20170925-0094.html>.

(22) Advértase que en nuestro país los contra-

tos de locación han sido intervenidos por el dec. 320/2020.

(23) SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La frustración del contrato”, ob. cit., ps. 667-668.

(24) Un sector importante de la doctrina argentina afirmaba, ya antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., que el perjudicado por los acontecimientos imprevisibles y extraordinarios también puede proponer la acción de revisión del contrato; en este sentido

v. MORELLO, Augusto M., “La reconstrucción equitativa del contenido del contrato”, JA 193-II-974. Ello ha quedado consolidado con la reforma al Cód. Civ. y Com.

(25) Obviamente, siempre que la alteración de las circunstancias se produzca por causas extrañas a la alea propio del contrato.

(26) Por todos: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires - Santa Fe, 1997, ps. 373 y ss.



De las múltiples crisis argentinas en las que se aplicó la imprevisión pueden citarse las siguientes:

**1975, el Rodrigazo:** durante el gobierno de María Estela Martínez de Perón (27) se produjo una crisis económica conocida como “Rodrigazo”. Esta denominación tiene su origen en el nombre del ministro de Economía de la esposa de Perón, llamado Celestino Rodríguez, quien, al asumir el 04/06/1975, dispuso un ajuste que duplicó los precios y una fuerte devaluación —de 160% para el cambio comercial y 100% para el cambio financiero— que provocó que la tasa de inflación llegara hasta los tres dígitos anuales y que los precios nominales subieran un 183% al finalizar el año 1975. Concretamente, las medidas tomadas en junio de 1975 fueron las siguientes:

— Devaluación de más de un 150% del peso en relación con el dólar comercial.

— Subida promedio de un 100% de todos los servicios públicos y transporte.

— Subida de hasta un 180% de los combustibles.

— Aumento de un 80% de los salarios.

Las proporciones de la crisis fueron enormes; una demostración de ello fue que entre junio de 1974 y junio de 1975 el costo de la construcción subió de 270.833 a 1.820.786 pesos (28).

Esta circunstancia provocó una abrupta ruptura de la equivalencia de las prestaciones en los contratos celebrados sin cláusulas de ajuste; ello se vio reflejado sobre todo en las compraventas inmobiliarias, donde, por el envilecimiento de la moneda, los deudores de compraventas a plazo podían liberarse pagando una ínfima parte del valor del bien.

En un principio la jurisprudencia fue cauta en aceptar la teoría de la imprevisión para resolver o para adecuar los contratos, porque la inflación era conocida en el país con anterioridad al año 1975, pero finalmente la Corte Suprema determinó su aplicación, porque ni el hombre común ni el comerciante ni el especialista estaban en condición de representarse la gravedad de los hechos y no podían apreciarlos como probables (29). Por ello la Corte Suprema hizo lugar al pedido de los acreedores de ajustar sus créditos, entre otros en el caso “Salum”, en el cual los tribunales de primera y segunda instancia hicieron lugar a la demanda por escrituración y desestimaron la reconvencción deducida por la vendedora con el objeto de obtener el reajuste del precio del inmueble enajenado con anterioridad al “Rodrigazo”. Contra esos pronunciamientos se interpuso un recurso extraordinario, y la Corte Suprema de Justicia resolvió que se encontraban reunidos en la especie los extremos que tornan aplicables los principios sobre imprevisión incorporados al art. 1198 del Cód. Civil y dejó sin efecto el fallo apelado.

Por otra parte, jurisprudencialmente se señaló: “No basta invocar las medidas de gobierno adoptadas en junio de 1975 como causa de la excesiva onerosidad del contrato, porque

además es necesario demostrar de una manera concreta y acabada por qué ese caso ha impedido satisfacer la prestación debida y la cuantía del perjuicio que se dice haber sufrido, ya que a este respecto resulta totalmente ineficaz la permanente referencia que se hace a la eruptiva agravación de la depreciación monetaria” (30).

Esto es aplicable en concreto en el año 2020 frente a la crisis del coronavirus, ya que no bastará con invocar genéricamente la existencia de medidas restrictivas a la libertad de circulación, sino que habrá que probar el impacto en el caso en concreto y el monto del perjuicio.

**1981, la “tablita”, “el que apuesta al dólar pierde”:** con el nombre de “la tablita” se conoció un programa económico que impuso el ministro de Economía José A. Martínez de Hoz (31) durante la época de la presidencia del general Videla (32); estaba basado en el supuesto de que una parte importante del aumento de los precios se debía a “factores psicológicos”. Para contrarrestarlos, propuso la información anticipada del porcentaje de devaluación y lo hizo fijando la variación de la pauta cambiaria, es decir, cuál sería la relación entre el peso y el dólar para cada día de los siguientes meses. Esta vez, en lugar de establecerse como precio del dólar una suma fija, a lo largo de esos ocho meses cada dólar iba a costar una cantidad creciente de pesos. De este modo, quedó establecido en un instrumento, que se conoció como “la tablita”, cuál iba a ser, en ese lapso, el porcentaje de la devaluación de la moneda argentina. Sin embargo, en ese período la inflación aumentó mucho más que la devaluación programada, de modo que el peso siguió sobrevaluado y el retraso de la paridad cambiaria afectó al sector exportador. En el año 1981 asumieron nuevas autoridades económicas y abandonaron bruscamente el plan establecido por el gobierno, bajo cuyas previsiones se habían realizado los contratos.

Durante la vigencia de la “tablita”, los argentinos contrataban convencidos de que la equivalencia entre peso y dólar era la que había fijado el gobierno en forma predispuesta, y nadie esperaba que el gobierno cambiara las condiciones que él mismo había preestablecido.

Sin embargo, el gobierno no mantuvo ni respetó las condiciones preestablecidas y dejó de lado la “tablita”.

Cabe señalar que, por las consecuencias del abandono de la “tablita”, el precio del dólar aumentó en un semestre el 275%, lo que lógicamente influyó en los contratos pactados en moneda extranjera.

En esa época se discutió mucho si ello constituía un hecho imprevisible que diera lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, teniendo en cuenta los antecedentes anteriores.

Finalmente, la teoría de la imprevisión se aplicó porque no existían motivos para pensar que el gobierno abandonaría bruscamente la política que él mismo había fijado y asegurado, máxime cuando el ministro de Economía Si-

gaut decía: “el que apuesta al dólar pierde”. En definitiva, “era improbable para el ciudadano común que contrató hasta diciembre de 1980 estando en vigencia un cronograma cambiario con pautas que se habían venido cumpliendo, y sin existir elementos de dudas sobre la continuidad cambiaria, poder prever la magnitud de los cambios acontecidos” (33).

Por ello, la jurisprudencia admitió tanto la rescisión como la readecuación de los contratos, aunque con mucha prudencia.

Así, se juzgó: “Si el convenio fue celebrado con posterioridad a la primera devaluación que dejó sin efecto la conocida ‘tablita’, los contratantes no pueden ampararse en la teoría de la imprevisión fundándose en el desajuste cambiario, pues el módulo rígido previsto de fijación del valor de la divisa extranjera ya había sido abandonado y, en consecuencia, los contratantes no podían tener expectativas basadas en él”.

“Cuando el mutuo en moneda extranjera está inescindiblemente vinculado a una operación financiera internacional en moneda extranjera, aceptar la excesiva onerosidad sobreviniente en favor de la deudora haría soportar la carga a quien sólo se constituyó en la vía de canalización del aporte crediticio, produciendo una indebida traslación que no concuerda con las razones que inspiran el art. 1198 del Cód. Civil” (34).

**Crisis de 1989:** una nueva crisis económica tuvo lugar en la Argentina en 1989, produciendo una hiperinflación, con un aumento de precios de los productos desmedido que decontó en la renuncia del presidente Raúl Alfonsín (35) y en una transición adelantada al presidente electo Carlos Menem (36).

En el año 1988, en la Argentina había recesión e inflación del orden del 400%. Se intentó salir de la situación estableciendo un nuevo plan económico, al que se llamó “Plan Primavera”. En pocas semanas, el plan había fracasado. En febrero de 1989, en medio de un clima de ebullición política y social, el gobierno dispuso una devaluación de la moneda. Esta medida produjo un alza de precios, que se fue acelerando hasta producir hiperinflación. Los precios, que en enero se habían incrementado en un 9%, en mayo treparon hasta el 80%, y la cotización del dólar se octuplicó.

En esta oportunidad no era tan sencillo juzgar si era de aplicación la teoría de la imprevisión, ya que no es fácil admitir que era imprevisible la devaluación de febrero de 1989 a la luz de los cambios producidos en 1975 y en 1981, porque los contratantes podían imaginar que las circunstancias no eran tan estables. Sin embargo, la inflación de 1989 excedió cualquier previsión, aun la más diligente; ni el más imaginativo podría haber avizorado semejante crisis.

Ello llevó a que el Tercer Encuentro de Abogados Civistas celebrado en Santa Fe en 1989 concluyera afirmando que “La hiperdevaluación sucedida en febrero de 1989 reviste los caracteres de extraordinaria e imprevisible y puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión” (37).

Lo que debe tenerse en cuenta es que la teoría de la imprevisión no constituye una figura reparadora de lo que podría denominarse “mal negocio”, ya que una interpretación amplia de tal instituto puede socavar la seguridad que el Estado debe acordar a las convenciones que celebran los particulares.

Pero lo cierto es que en 1989 la Argentina no vivía una simple inflación, sino una impresionante inflación, que llegó en el mes julio del año 1989 al 316%, o sea que era una inflación horaria.

Aunque parezca increíble, en esa época la inflación argentina por hora era superior a la anual de Chile. Para tratar de entenderlo, piénsese que, si una botella de aceite a las 9 de la mañana costaba 90 australes, a las 6 de la tarde valía 97, y a la noche, 105 australes.

El ejemplo es un claro indicativo de que la circunstancia era extraordinaria y tenía los ribetes como para aplicar la teoría de la imprevisión.

**Crisis del 2001:** para salir de la crisis de 1989, en el año 1991, el Dr. Cavallo, ministro de Economía del presidente Menem, estableció la Ley de Convertibilidad, que prohibía la indexación de las obligaciones y todo tipo de cláusula de ajuste, y fijaba un sistema de cambio en el cual un peso argentino equivalía a un dólar norteamericano.

La convertibilidad es un sistema monetario que fija, mediante una ley, el valor de una moneda respecto del de otra moneda más estable (generalmente, el dólar o el euro) u otro patrón (el oro). La ventaja de un sistema monetario convertible es lograr previsibilidad en el valor de una moneda y evitar saltos inesperados en su cotización. La desventaja es la rigidez monetaria, que puede llegar a causar valores irreales (sobreevaluación o subvaluación), impidiendo que la elasticidad del precio de la moneda corrija este tipo de situaciones.

Durante 10 años la convertibilidad se mantuvo, y los argentinos contrataban y pactaban en dólares convencidos de que éstos equivalían a pesos, que era la moneda de curso legal.

En el año 2001 bruscamente la convertibilidad finalizó, mediante la pesificación de los depósitos en dólares, y el dólar pasó a valer primero \$ 1,40 y luego \$ 4.

En esta oportunidad la aplicación de la teoría de la imprevisión no se discutió, ya que se estableció por ley su aplicación, así como también la necesidad de compartir las consecuencias negativas de la crisis entre el acreedor y el deudor, porque evidentemente los deudores no podían soportar solos el efecto de la crisis y era imposible que pagaran los préstamos constituidos en dólares en la época en que confiaban en que el dólar equivalía a un peso, cuando el dólar aumentó cuatro veces su valor; los argentinos seguían ganando en pesos y sus depósitos se habían pesificado.

Podría concluir este breve relato sobre la imprevisión en la Argentina señalando que

## { NOTAS }

(27) María Estela Martínez de Perón, conocida popularmente como Isabelita o Isabel Perón, fue *presidenta de la Nación Argentina*. Asumió el 01/07/1974 en su condición de vicepresidenta, tras la muerte de su esposo, el presidente Juan Domingo Perón. Fue depuesta el miércoles 24/03/1976 por un golpe de Estado que dio origen a la dictadura autodenominada Proceso de Reorganización Nacional.

(28) Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), cit. por FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam, “Teoría de la imprevisión”, Ed. LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2ª ed. actual, y <http://www.cepal.org/argentina/noticias/documentosdetrabajo/4/22504/5%20cap%203%201.pdf>, consultado el 05/01/2014.

(29) CS, 22/05/1979, “Salum, Jorge A. c. Tristán de Luciano, Olga N.”, Fallos 301:426; LA LEY, 1980-B, 697; AR/JUR/906/1979. Ver Jurisprudencia citada por FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam, op. cit., p. 87.

(30) CNCiv., sala D, 31/03/1981, “Belmonte de Carbone, María c. Chulivertt, José M. y otros”, LA LEY, 1981-C, 477; AR/JUR/3644/1981.

(31) José A. Martínez de Hoz fue un político, economista, abogado y profesor universitario argentino que participó como ministro de Economía del presidente José María Guido por unos pocos meses durante 1963 y como ministro de Economía del Proceso de Reorganización Nacional entre 1976 y 1981. Se lo considera un representante del liberalismo económico.

(32) Jorge R. Videla fue un militar designado presidente *de facto* de la Argentina por una Junta Militar. Ocupó la presidencia del país entre 1976 y 1981, durante el Proceso de Reorganización Nacional.

(33) FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam, “Teoría de la imprevisión”, ob. cit., p. 90.

(34) CNCom., sala C, 26/05/1994, “Gutiérrez García, Carlos c. Banco Exterior SA”, LA LEY, 1994-D, 41; DJ 1994-2, 538; AR/JUR/530/1994.

(35) Raúl R. Alfonsín (Chascomús, provincia de Buenos Aires, 12/03/1927 - Buenos Aires, 31/03/2009) fue presidente de la Nación Argentina entre 1983 y 1989.

(36) Carlos S. Menem (Anillaco, 02/07/1930) es un político y abogado argentino que fue el cuadragésimo

cuarto presidente de la Nación Argentina desde 1989 a 1999. Cumplió su primer período presidencial de 1989 a 1995, luego de de Raúl Alfonsín, e impulsó la reforma de la Constitución Argentina de 1994, que disminuyó la extensión del mandato a cuatro años y habilitó una reelección presidencial inmediata. Esto le permitió presentarse como candidato y ser reelecto en 1995 para un segundo mandato, que se extendió hasta 1999, año en que fue sucedido por Fernando de la Rúa.

(37) FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam, “Teoría de la imprevisión”, ob. cit., p. 92.

la ley 25.561 de Emergencia Económica (38), sancionada el 06/01/2002, que dispuso la “pesificación” de las obligaciones privadas contraídas en moneda extranjera, autoriza al Poder Ejecutivo de la Nación a adoptar medidas para poner en práctica el principio del art. 1198 del del Cód. Civil derogado, que contiene la regulación de la imprevisión. Es decir que por ley se declaró que la devaluación y la consecuente pesificación constituían hechos imprevisibles con efectos sobre los contratos existentes, lo que de por sí autorizaba la aplicación del remedio del reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente (39).

La jurisprudencia sobre el tema fue numerosa, porque la situación impactó en la mayoría de los contratos celebrados; en general, se sostuvo: “Ante la grave crisis económica que motivó la ‘pesificación’ de las obligaciones en moneda extranjera, ambas partes deben soportar equitativamente las consecuencias de la emergencia, atendiendo a las especiales circunstancias de cada supuesto, de modo que nadie se beneficie a expensas de la contraria” (40).

Es decir que en la Argentina tenemos un gran número de casos jurisprudenciales en los cuales se ha aplicado la teoría de la imprevisión, y si bien no han sido casos de epidemia ni de pandemia, su conocimiento resulta útil en esta situación.

## V. La frustración del fin

La frustración del fin del contrato también constituye una excepción a la máxima: *Los contratos se hacen para ser cumplidos y por ello obligan a las partes como si fueran la ley misma*. Aquella se refiere a la inutilidad del contrato para obtener la finalidad perseguida por las partes. Funciona cuando la causa es común a ambas partes y la frustración es el resultado de acontecimientos sobrevinientes (41).

La frustración del fin está contemplada en el art. 1090 del Cód. Civ. y Com., que dice: “La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a

declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

La frustración del fin se produce en los casos en que hubiese habido un fin causalizado, común a las partes, que por circunstancias sobrevinientes —no personales ni imputables a las partes, ajenas a su esfera de influencia y que no constituyesen un riesgo asumido— no pudiese ser alcanzado. Su efecto es la resolución.

El ejemplo clásico es el “caso de la coronación”. Con este nombre se conocen una serie de casos jurisprudenciales que fueron resueltos en Inglaterra con motivo de la coronación del rey Eduardo VII en el año 1903.

En esa oportunidad mucha gente alquiló balcones y habitaciones para ver el paso del rey, pero como el rey se enfermó se suspendió el desfile. Ambas partes eran conscientes de que el único fin del contrato era observar el desfile de la coronación; como éste se suspendió, la locación no podía alcanzar su fin.

En estos casos los tribunales juzgaron que se habían producido circunstancias externas ajenas a la voluntad de las partes que habían hecho imposible el cumplimiento del contrato en la forma que se había entendido y, en consecuencia, procedieron a entender resuelto el contrato, porque si bien el alquiler de los balcones era en abstracto posible, no era posible el alquiler de los balcones para ver el desfile, porque éste se había suspendido por causas ajenas a la voluntad de las partes (42).

El ámbito en que la frustración del fin se aplica con mayor frecuencia es en el del contrato de locación de cosas.

La jurisprudencia alemana tuvo oportunidad de pronunciarse en varios casos en los cuales la finalidad del arriendo venía a quedar perturbada por las circunstancias de la guerra; por ejemplo, el arriendo de un local comercial en una playa, habiéndose prohibido el uso de la playa; la locación de una estación de expendio de combustibles, afectada por la monopolización por el Estado de la distribución de combustibles; el arriendo de la pared de una casa para instalar un anuncio luminoso, frustrado por las medidas de oscurecimiento; la locación de un club nocturno, habiéndose establecido el toque de queda. También se aplicó a algunos casos de locación de obras o de servicios, como la construcción de una puerta para una iglesia que resultó destruida por los bombardeos, o los marcos de madera para aparatos usados por el ejército que desapareció después de la rendición.

En principio, la doctrina de la frustración del fin no se aplica a la compraventa, dado que se trata de un contrato instantáneo y generalmente la finalidad perseguida por el comprador es indiferente para el vendedor.

La aplicación de la frustración del fin a la compraventa sólo puede hacerse en el caso poco frecuente de que la utilización que el comprador se propone haya llegado a ser la finalidad objetiva del contrato (43).

Además, la frustración de la finalidad debe ser causada por hechos que no sean personales ni estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada.

Por esta razón es relevante que la causa haya sido conocida por las partes, quienes realizaron el negocio con ese fin. Un tribunal platense ha resuelto que el desistimiento de la boda es una razón que deja sin sentido la contratación de la fiesta de boda y sin causa la retención del precio adelantado en su totalidad (44); la sentencia pondera adecuadamente, a nuestro juicio, que la causa del contrato conocido por ambas partes es la boda; si la boda no se puede realizar, se frustra el contrato.

Este es un supuesto que se va a repetir en nuestro país en muchos casos en que se hayan alquilado locales para la celebración de cumpleaños, bodas o aniversarios, que no se pueden realizar por el hecho del príncipe, es decir, por la imposibilidad de este tipo de fiestas, ya que se ha producido una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. Al igual que sucedería si, aun superada la emergencia y permitidas las reuniones, éstas no se pudieran celebrar por la muerte de una de las partes.

Otro ejemplo de frustración del fin lo constituyen los contratos celebrados con empresas de limpieza para que realicen ese servicio cuando el comercio está abierto, y el comercio, debido a las normas dictadas por el coronavirus, deja de funcionar; en este caso, el convenio de limpieza se resuelve por frustración del fin.

## VI. La frustración del fin, el caso fortuito y la locación

En el Código Civil y Comercial argentino, la idea de frustración del fin tiene aplicación concreta en el contrato de locación de cosas, en el art. 1203, que dice: “Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

La explicación más clara de este precepto está dada en la nota al art. 1522 del Cód. de Vélez, que dice: “cuando en tiempo de guerra, el locatario es obligado a dejar su habitación, o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá, o hacer rescindir el contrato, u obtener la disminución del precio, o la cesación momentánea de pago del alquiler”.

## { NOTAS }

(38) Para reglar la crisis, el gobierno dictó la ley 25.561, que en su art. 11 establece: “Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: [...] 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio [...]; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 [teoría de la imprevisión] del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido”.

(39) Existe coincidencia en que los hechos del año 2002 constituyen acontecimientos imprevisibles y que por sí ameritan ponderar sus efectos sobre los contratos vigentes a esa época. Se trata de un hecho notorio al que brindaron principal atención tanto los periódicos como las autoridades políticas y la opinión pública y especializada, y, finalmente, fue confirmado por decisiones judiciales [véanse CNCiv., sala E, 18/12/2003, LA LEY, 2004-C, 519; CIFUENTES, Santos, “Aplicación de la corrección de los contratos por imprevisibilidad (art. 1198, Cód. Civil) a las obligaciones alcanzadas por la ley 25.561 y disposiciones complementarias”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Buenos Aires, 2003, p. 13; y las citas de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Cambios de circunstancias y distribución del riesgo contrac-

tual”, LA LEY, 2002-E, 1166]. La ley 25.561 de Emergencia declaró “la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”, lo cual de por sí identifica la profundidad de la crisis (otras leyes fueron señalando después la emergencia en otros ámbitos, como por ejemplo la emergencia productiva y crediticia —ley 25.563—), todo lo cual motivó un enorme complejo de normas, que en algún caso han sido calificadas como una verdadera “maraña” (v. GERSCOVICH, Carlos G., “Legislación de emergencia. Decreto, resoluciones ministeriales y comunicaciones del BCRA anotados y concordados”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2002). La ley dispuso la pesificación de las obligaciones concebidas en moneda extranjera y fijó reglas generales aplicables a las relaciones jurídicas entre particulares, y a estos fines también previó la posibilidad de adecuaciones a ser realizadas por los tribunales ponderando las circunstancias particulares de cada caso. Así, el art. 11 de la ley 25.561, respecto de las obligaciones dinerarias en moneda extranjera, propicia las negociaciones directas entre deudor y acreedor, así como autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas sustentadas en la doctrina del art. 1198 del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido. A su vez, el art. 8º del dec. 214/2001, al reglar las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, dispone un modo de conversión y, asimismo, que si por su aplicación resulta que el valor de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En otras palabras, ha sido la misma legislación de emergencia la que ha calificado a la devaluación y pesificación como un hecho imprevisible, lo que sin duda no sólo se extiende a las obligaciones concretamente identificadas por la norma, en lo que ha sido calificado como un verdadero “terremoto” desatado con características de imprevisible [GERSCOVICH, Carlos G., “Legislación de

emergencia...”, ob. cit., p. 310; GASTALDI, José M., “El contrato y las nuevas medidas económicas (Aproximaciones)”, en *Abogados. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, nro. 54, marzo de 2002, p. 38; BORDA, Guillermo J., “Efectos de las medidas económicas en materia contractual”, LA LEY, 2002-F, 1453; JUNYENT BAS, Francisco, “Pesificación. Los contratos privados, las deudas en mora y la teoría de la imprevisión y el esfuerzo compartido”, ED 202-779, punto IV, 3.b)], sino también potencialmente a todas las relaciones económicas (CS, 26/10/2004, “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado Nacional y otros s/ amparo”, LA LEY, 2004-F, 713, en el que el tema surgió en varios de los votos de los Sres. ministros de la Corte). Respecto de los contratos celebrados en moneda argentina de curso legal, véase ARIZA, Ariel, “Revisión judicial de los contratos en la emergencia económica”, JA 2002-IV-1065 y ss., y en particular en el punto VI.d).

(40) CNCCom., sala B, 30/06/2003, “Delistovich, Armando c. Transporte del Oeste”, LA LEY, 2003-F, 1047; AR/JUR/1910/2003; en el caso, se ordenó cancelar un crédito reclamado por la vía ejecutiva absorbiendo el deudor moroso el 80% del valor del dólar, según exceda su cotización en el mercado libre de cambio de la paridad peso-dólar vigente a la hora de contratar, cargando el acreedor con el 20% restante, por aplicación del principio del esfuerzo compartido y la regla de la equidad.

(41) El tema es desarrollado por LARENZ, Karl, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Madrid, 1956, ps. 20 y ss.; en la doctrina en lengua española: ESPERT SANZ, Vicente, “La frustración del fin del contrato”, Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

(42) “Krell vs. Henry”, [1903] 2 KB 740, es un caso inglés que establece la doctrina de la frustración de la finalidad de la ley del contrato. Es uno de los casos conocidos como los casos de coronación, que surgieron de los acontecimientos que rodean a la coronación del rey Eduardo VII y la reina Alejandra en 1902. Henry con-

trató el 20/06/1902 el alquiler de un piso situado en 56 A Pall Mall a Paul Krell, con el propósito de ver la procesión de la coronación de Eduardo VII programada para el 26 y 27 de junio. El ama de llaves de los locales informó a Henry que iba a tener una excelente vista de la procesión desde la habitación. Las partes acordaron un precio de £ 75, pero en ninguna parte de su correspondencia escrita ninguno de ellos menciona explícitamente la ceremonia de coronación. Henry pagó un depósito de £ 25 a Krell para el uso de la vivienda, pero cuando la procesión no tuvo lugar en los días establecidos originalmente (por motivos de enfermedad del rey), Henry se negó a pagar las 50 libras restantes. Krell demandó a Henry para recuperar el saldo de £ 50, y Henry respondió con otra demanda para recuperar su depósito de 25 £. El juez Williams enmarcó la cuestión jurídica en este caso como si hubiera una condición implícita en el contrato, es decir, que en el momento de celebración del contrato ambas partes sabían que la razón del contrato era ver la procesión de la coronación. Williams sostuvo que tal condición (en este caso, la aparición oportuna del proceso de coronación) no necesita ser mencionada explícitamente en el contrato en sí, sino que más bien puede inferirse de las circunstancias extrínsecas que rodean el contrato (<http://www.case-briefs.com/blog/law/commercial-law/commercial-law-keyed-to-loupcki/performance/krell-v-henry-2/>, consultado el 05/01/2013).

(43) LARENZ, Karl, “Base del negocio jurídico...”, ob. cit., p. 153.

(44) C1º Civ. y Com. La Plata, sala III, 30/07/1987, inédito, citado por STIGLITZ, Rubén, “Frustración del fin del contrato”, JA del 17/06/1998; hipótesis en la que el contrato se extingue por caso fortuito, lo cual viene a coincidir con la teoría de Larenz, quien concretamente dice que para la aplicación de la doctrina de la frustración del fin no han de tenerse en cuenta los acontecimientos y transformaciones que son personales o están en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en



### VI.1. El precio de la locación y el COVID-19

En múltiples contratos de locación de locales comerciales el locatario se ha visto impedido de usar y gozar de los inmuebles alquilados en virtud de la restricción a la circulación impuesta por el “aislamiento preventivo y obligatorio”; ello produce dos consecuencias: la cesación del pago del precio por el tiempo que dure la restricción o, en su caso, se puede pedir la rescisión del contrato.

### VI.2. Quid de las restricciones limitadas al uso del bien locado

La cuestión está en determinar qué ocurre cuando el locatario no se ve impedido del uso de la cosa, sino restringido en su goce, por ejemplo, en el caso de la persona que había alquilado una gran superficie para la venta de diversos rubros y, por las restricciones, no puede vender nada más que alimentos.

O el de quien ve reducidos en forma sustancial sus horarios de venta o su capacidad de recibir público.

En principio, parece que en ese caso se podría solicitar la reducción del precio de la locación por la restricción al goce, *ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada*.

### VI.3. Los contratos de locación de larga duración. Obligación de renegociación

Indiscutiblemente, la decisión de rescindir causada en la alteración de las circunstancias que sirvieron de base al contrato genera una obligación de renegociación cuando ha sido alterado en su conmutatividad.

Cabe destacar este deber general que aparece en este artículo, porque no aparece así plasmado en el Código Civil y Comercial, en la regulación de la imprevisión, ya que allí no se contempla un “deber de renegociar”, aunque acuerda a la parte afectada el derecho a plantear —judicial o extrajudicialmente— la adecuación del negocio.

### VI.4. La intervención en los contratos de alquiler en virtud de la emergencia

El gobierno nacional ha decidido intervenir los contratos de alquiler mediante el dec. 320/2020.

Muchos fueron los fundamentos que buscan dar soporte a la medida, entre ellos: la protección constitucional de la vivienda familiar (aunque no sólo se destina a viviendas); la dificultad para gran cantidad de locatarios y locatarias de dar cabal cumplimiento a diversas obligaciones de los contratos celebrados, en particular a las cláusulas que se refieren a la obligación de pago del precio de la locación; la posibilidad de desalojos, y la dificultad de buscar viviendas en tiempos de aislamiento.

Estas medidas no derogan, sino que complementan el Código Civil y Comercial en sus principios y normas relativas a la locación.

En principio, estas normas son constitucionales y cumplen con el test de convencionalidad, ya que la Corte Suprema ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos y de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (CS, Fallos 243:467), con el fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (CS, Fallos 238:76). En estos

casos, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (CS, Fallos 171:79), toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (CS, Fallos 238:76).

Las normas que intervienen el contrato de locación y el régimen procesal del desalojo son limitaciones legales y relativas del derecho de propiedad, establecidas por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la emergencia sanitaria cuando se dan los requisitos establecidos normativamente y, en algunos casos, ante expreso pedido de parte.

Tal limitación al derecho de propiedad no es inconstitucional, porque es relativa, tiene un límite temporal, se encuentra justificada en una gravísima necesidad de salud pública y encuentra fundamento en preceptos supraconstitucionales que garantizan la protección a la vivienda familiar reconocida por múltiples tratados internacionales, conforme a nuestro art. 75, inc. 22, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

#### VI.4.a. El congelamiento de los alquileres

El decreto prevé en su art. 4º que no se podrán aumentar los alquileres de inmuebles hasta el 30 de septiembre del año en curso; así, dispone “el congelamiento del precio de las locaciones de los contratos de locación de inmuebles contemplados en el art. 9º. Durante la vigencia de esta medida se deberá abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo del corriente año.

”La misma norma regirá para la cuota mensual que deba abonar la parte locataria cuando las partes hayan acordado un precio total del contrato.

”Las demás prestaciones de pago periódico asumidas convencionalmente por la parte locataria se regirán conforme lo acordado por las partes”.

#### VI.4.b. Los inmuebles que comprende

El art. 9º del decreto establece que la norma de intervención en los convenios de arrendamiento se aplica a los siguientes inmuebles locados, lo que excluye los bienes alquilados por el Estado que no tengan fines culturales o comunitarios, los inmuebles alquilados por sociedades anónimas, por asociaciones de profesionales, hoteles, inmuebles alquilados por compañías aseguradoras, entre otros:

1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural.
2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares.
3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias.
4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias.
5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de monotributo, desti-

nados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.

6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión.

7. De inmuebles alquilados por micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) conforme lo dispuesto en la ley 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.

8. De inmuebles alquilados por cooperativas de trabajo o empresas recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

#### VI.4.c. La suspensión de los desalojos

Uno de los objetos de la ley es impedir los desalojos que la recesión podría causar; es por ello que el art. 2º suspende en toda la Argentina, “hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el art. 9º del presente decreto, siempre que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de locación y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras —en los términos del art. 1190 del Cód. Civ. y Com.—, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere.

”Esta medida alcanzará también a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto.

”Hasta el día 30 de septiembre de este año quedan suspendidos los plazos de prescripción en los procesos de ejecución de sentencia respectivos”.

Cabe señalar que no se encuentra suspendida la posibilidad de iniciar un proceso de desalojo; lo que no se puede realizar es el desalojo en sí. Pero ante el incumplimiento del pago del canon sin actualización se puede iniciar el proceso de desahucio.

#### VI.4.d. Prórroga de contratos de locación

El art. 3º establece que se prorroga, “hasta el día 30 de septiembre del corriente año, la vigencia de los contratos de locación de los inmuebles individualizados en el art. 9º, cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo próximo pasado y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras —en los términos del art. 1190 del Cód. Civ. y Com.—, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere; y para los contratos cuyo vencimiento esté previsto antes del 30 de septiembre de este año”.

#### VI.4.e. La suspensión de los intereses

Si el locatario no paga el canon locativo podrán aplicarse intereses compensatorios, los que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a treinta [30] días que paga el Banco de la Nación Argentina.

El decreto establece que no podrán aplicarse intereses punitivos ni moratorios, ni ninguna otra penalidad, y las obligaciones de la parte fiadora permanecerán vigentes hasta la total cancelación, sin resultar de aplicación los arts. 1225 y 1596, incs. b) y d), del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

#### VI.4.f. Los fiadores

La pregunta más importante de responder es qué ocurre con la fianza que garantiza el contrato, porque “Las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del

plazo de la locación, excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble locado”.

El art. 5º del decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional establece que “no resultarán de aplicación, hasta el 30 de septiembre del año en curso o hasta que venza la prórroga opcional prevista en el art. 3º, tercer párrafo, el art. 1225 del Cód. Civ. y Com. ni las causales de extinción previstas en los incs. b) y d) del art. 1596 del Cód. Civ. y Com.”.

Esto es muy grave para los fiadores, porque en principio el fiador responde por todas las obligaciones derivadas del contrato de locación con un límite temporal preciso, dado por el término del contrato de locación, y en virtud de un decreto ve ampliadas sus obligaciones por seis meses más.

#### VI.4.g. La forma de pago de las actualizaciones suspendidas

Finalmente, las actualizaciones de los alquileres podrán ser pagadas en tres cuotas.

## VII. El deber de información. Compañías de viaje

Jurisprudencialmente se ha sostenido que “Las empresas que actuaron como organizadora y operadora de un viaje a Egipto que, ante un estado de guerra civil de público conocimiento que se vivía en el lugar de destino, optaron por ejecutar mecánicamente el plan prestacional en lugar de informar a los viajeros el real estado de cosas y ofrecerles suspender o reprogramar el viaje deben responder por las consecuencias dañosas derivadas de esa conducta, pues incumplieron con la obligación de información y vulneraron la buena fe al pretender continuar adelante con un contrato cuya finalidad manifiestamente se había frustrado, máxime cuando no demostraron la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento” (45).

Este fallo nos parece trascendente para tener en cuenta en el caso de las empresas de viajes que embarcaron a pasajeros en viajes cuando ya se conocía la determinación por parte de la Organización Mundial de la Salud del carácter de pandemia del COVID-19, en cuyo caso debieron haber informado a los pasajeros de las posibles consecuencias dañosas, ante el generalizado cierre de fronteras.

## VIII. Hardship excesiva onerosidad

La palabra *hardship* es desconocida en los Códigos Civiles y de Comercio, así como en la jurisprudencia de los países latinoamericanos. Los Códigos del área latinoamericana suelen referirse a la *excesiva onerosidad sobreviniente*, y en la jurisprudencia y la doctrina es muy común aludir a la *teoría de la imprevisión*.

De todos modos, es preciso señalar que *hardship* va ganando espacio en trabajos publicados en español. Así, en la versión castellana de los Principios Unidroit se utiliza esa palabra inglesa para identificar lo que para nosotros sería la regulación de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente. La doctrina contemporánea latinoamericana también emplea esta palabra inglesa, aunque más no sea para identificarla como una cláusula explícita que autoriza la revisión del contrato en ciertas hipótesis y así diferenciarla de la regulación legal que hacen algunos Códigos. Así, se afirma que “la cláusula de *hardship* (infortunio, adversidad, injusticia)”, o de adaptación del contrato, permite revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se “trastorna la relación de valor entre las prestaciones [que] forman parte del contenido económico del contrato” (46). Como cláusula *rebus sic stantibus* perfeccionada, “sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión, pero se diferencia de ella en dos aspectos: (i) como cláusula explícita proviene de la convención de las partes; (ii) los criterios para su aplicabilidad resultan de lo pactado y, en los hechos, generalmente

## { NOTAS }

este caso, opera como límite la “fuerza mayor”) (p. 170).

(45) CNCiv., sala A, 24/08/2015, “M. V. T., B. y otro c. Julia Tours SA y otro s/ daños y perjuicios”, RCCyC 2015 (noviembre), 138; RCyS 2015-XII, 117; DJ del 02/03/2016,

68; RCyS 2017-IV, 65; AR/JUR/28309/2015.

(46) En este sentido, el decano ALTERINI, Atilio A., “Teoría de la imprevisión y cláusula de *hardship*”, *Roma e America*, 13/2002, ps. 53 y ss., nro. 6, p. 62.

son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión” (47).

Sin embargo, otros autores, como Sánchez Lorenzo, lisa y llanamente identifican *hardship* con excesiva onerosidad, y la diferencian de la imposibilidad sobrevinida en que los acontecimientos imprevisibles y ajenos a las partes no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes (48).

La teoría de la imprevisión, generalmente reconocida por el derecho positivo de los países de la familia romano-germánica, es, en cambio, desconocida como regla general en el derecho anglosajón; en este sistema, para obtener una protección frente a eventos excepcionales que pueden causar una excesiva onerosidad se requiere que el contrato contenga una cláusula de *hardship* (49).

#### IX. Acciones de que dispone el perjudicado en el caso de la teoría de la imprevisión

En este tema, la cuestión más importante es poder determinar si el perjudicado sólo puede pedir la resolución o si también puede pedir el reajuste.

En teoría, se ha sostenido —acertadamente— que resultaría una solución irrazonable dejar al beneficiado como árbitro de la permanencia o no del contrato y negar igual derecho al perjudicado (50). Se afirma, asimismo, que si la ley legitima a la parte perjudicada a lo más, o sea a la resolución, no habría razón para descartar una hipótesis comprendida dentro del área de comprensión de la norma que arribe a resultados menos onerosos y más convenientes para los intereses de las partes y los generales del tráfico (51).

También ha sido defendida la procedencia de una acción directa recurriendo al principio de la conservación del contrato (52).

La cuestión que en algún momento dividió a la doctrina y a la jurisprudencia argenti-

nas sobre cuáles son las acciones que el perjudicado tiene a la mano —esto es: si sólo puede demandar la resolución del contrato y es la contraparte quien puede proponer el reajuste; o si puede el perjudicado demandar derechamente el reajuste— ha sido zanjada por el Código Civil y Comercial de la Nación, que establece, en el artículo referente a la teoría de la imprevisión, que se puede pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, y que igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones, resultantes del contrato.

#### X. Poderes del juez

*La cuestión de los poderes del juez es la más difícil, porque es muy difícil decidir si el juez puede establecer nuevas cláusulas contractuales e imponerlas a las partes.*

El ordenamiento cubano establece en el art. 77.3 que en caso de excesiva onerosidad “el tribunal *siempre que lo considere razonable* puede: adaptar el contrato [...] o dar por terminado el contrato...”; en esto sigue a los Principios Unidroit.

Claro es que este régimen abre una inquietud: ¿qué sucede si el juez juzga equitativo el reajuste ofrecido por el demandado, pero el actor perjudicado no lo considera tal?; ¿puede éste insistir en la resolución o debe aceptar el contrato reajustado? (53).

Si el juez no es prudente, indefectiblemente recaerá en la resolución del contrato, por lo cual lo más importante es revisar adecuadamente el contrato y tener en cuenta las circunstancias.

#### XI. Efectos de la distorsión del contrato por circunstancias sobrevinientes: el deber de renegociar el contrato

Creemos que, en los tiempos de pandemia, más que recurrir a los tribunales, las

partes tienen el deber de renegociar el contrato, ya que lo ideal es la autocomposición del sinalagma alterado por la pandemia y por las resoluciones dictadas para tratar de paliarla. Ello, que está expresamente contemplado en el art. 1011 para los contratos de larga duración, aparece como un principio de derecho vinculado al paradigma de la buena fe.

En principio, pues, las partes deben “*activar* —en un plazo razonable— *un comportamiento tendiente* a lograr la recomposición extrajudicial” (54) (destacado en el original). Precisando esta idea, se afirma que la cooperación para llegar a una adaptación del contrato importa para las partes los deberes de:

— mantener el marco de renegociación establecido en la cláusula;

— respetar las otras disposiciones del contrato;

— tener en cuenta la práctica prioritaria entre las partes;

— procurar un esfuerzo real para alcanzar el acuerdo;

— producir información relevante para la adaptación;

— mostrar una sincera voluntad de alcanzar un compromiso;

— mantener una conducta flexible en las negociaciones;

— buscar las soluciones de reajuste más razonables y apropiadas;

— hacer concretas y razonables sugerencias para el reajuste, en vez de escuetas declaraciones generales de voluntad;

— evitar precipitadas sugerencias de reajuste;

— dar las razones apropiadas para justificar las propias sugerencias de reajuste;

— obtener ayuda experta en difíciles y complejos procesos de acuerdo;

— responder oportunamente las ofertas de reajuste hechas por la contraparte;

— hacer esfuerzos para mantener el *price-performance* de la relación teniendo en cuenta los parámetros considerados relevantes por las partes;

— evitar cualquier ventaja injusta o detrimento para la contraparte (la regla *no profit, no loss*);

— prohibir la creación de estrategias de *escalation* durante las negociaciones;

— evitar cualquier retraso innecesario en el proceso de consenso (55).

#### XII. Conclusión

En toda solución que se adopte hay que ser muy cuidadoso en aceptar las excepciones a los efectos del incumplimiento contractual *para no alterar las bases de la seguridad jurídica* imprescindible para el desarrollo de los individuos en condiciones de equidad, *fin último de toda sociedad democrática*.

La renegociación de los contratos, sobre todo los de larga duración, se impone como una consecuencia inescindible del principio de buena fe.

Por otra parte, se impone hoy más que nunca la solidaridad social en las relaciones contractuales a fin de lograr una clara reactivación económica.

Cita on line: AR/DOC/934/2020

#### { NOTAS }

(47) ALTERINI, Atilio A., “Teoría de la imprevisión...”, ob. y loc. cit.

(48) SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La frustración del contrato”, ob. cit., p. 695.

(49) SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La frustración del contrato”, ob. cit., p. 701.

(50) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, ob. cit., p. 321.

(51) MORELLO, Augusto, “Ineficacia y frustración del contrato”, Lib. Editora Platense, La Plata, 1975, ps. 265 y ss.

(52) BORDA, Guillermo J., “Efectos de las medidas económicas en materia contractual”, LA LEY, 2002-F, 1453;

Supl. Esp. Dep. Banc., *Pesificación II*, noviembre/2002, p. 17.

(53) La cuestión es altamente compleja en el derecho italiano: Al Mureden cita una extensa bibliografía en la nota 10, p. 237.

(54) TOBIÁS - DE LORENZO, a partir de p. 1196, 2ª columna.

(55) CHAMIE, José F., “La adaptación del contrato: el problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevinidos y cumplimiento contractual. De la *vis cui resisti non potest* a las cláusulas de *hardship*”, tesis de Doctorado en Jurisprudencia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2010, ps. 275-276.

# Los contratos frente a la pandemia

Julio César Rivera (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. Metodología de la exposición.— II. Primera parte: Las actitudes de los abogados y las empresas con relación a los contratos interferidos por la pandemia. Examinar cada contrato en particular.— III. Los seguros.— IV. La empresa. Acciones a tomar.— V. Las negociaciones contractuales.— VI. Segunda parte: Repaso —bajo el derecho argentino— de las instituciones involucradas. La pandemia como supuesto de caso fortuito bajo el derecho argentino.— VII. La teoría de la imprevisión.— VIII. *Hardship*.— IX. La frustración del fin.— X. La “suspensión de cumplimiento” y la “tutela preventiva”.— XI. Alguna noticia sobre el derecho comparado.— XII. Interferencias legislativas en los contratos en curso.

#### I. Introducción. Metodología de la exposición (\*\*)

En este trabajo vamos a examinar los efectos de la pandemia sobre los contratos paritarios, con lo cual excluimos consideraciones sobre los contratos al consumidor.

Lo haremos en tres partes:

— en la primera, describiremos lo que a nuestro juicio deberían ser las conductas a

seguir por los abogados llamados a asesorar en este tiempo; y lo mismo respecto de las empresas en sí mismas;

— en la segunda parte, repasaremos —bajo el prisma del derecho argentino— algunos conceptos básicos sobre las instituciones jurídicas más comúnmente invocadas como lo son la fuerza mayor, la imprevisión, la frustración del fin, la suspensión de cumplimiento y la tutela preventiva;

— en la tercera, daremos alguna noticia de derecho extranjero sobre las mismas materias.

#### II. Primera parte: Las actitudes de los abogados y las empresas con relación a los contratos interferidos por la pandemia. Examinar cada contrato en particular

Los abogados recibimos consultas sobre los efectos de la pandemia sobre los contra-

tos que están en curso; en ese caso, lo primero que se recomienda enfáticamente es estudiar concienzudamente cada contrato o cada negociación en particular para conocer sus peculiaridades

Ello se funda en la obvia razón de que los contratos suelen contener renunciaciones a la imprevisión, asunciones del caso fortuito o exigir el envío de comunicaciones en plazos breves denunciando la existencia de hechos que



pueden constituir supuestos de caso fortuito o de afectación del equilibrio contractual.

Esto implica:

— identificar las disposiciones clave de los contratos relevantes que pueden verse afectados por los eventos recientes (p. ej., declaraciones/garantías, convenios, derechos de rescisión, condiciones, cláusulas de fuerza mayor, cláusulas de “cambio en la ley”, cláusulas MAC —*material adverse change*— o MAE —*material adverse effect*—, etc.);

— identificar los requisitos de notificación que se han activado o pueden activarse;

— considerar si existen medios alternativos para cumplir con las obligaciones contractuales o medidas proactivas que se puedan tomar anticipando los posibles efectos futuros del brote;

— analizar las posibles consecuencias de un incumplimiento y/o retraso en el cumplimiento;

— gestionar las comunicaciones con las contrapartes, teniendo en cuenta la importancia de la coordinación global de las relaciones locales para garantizar un enfoque consistente; y

— comprender las acciones y las restricciones regulatorias locales, incluyendo la revisión de las regulaciones existentes (p. ej., sobre salud y seguridad) y monitorear nuevas disposiciones legales —que hoy emanan de múltiples autoridades sin mayor cuidado sobre las competencias de esas mismas autoridades— en tiempo real para determinar si requieren que la compañía tome medidas o decisiones que puedan afectar los compromisos contractuales.

En el derecho argentino estas cláusulas son por regla general plenamente eficaces, en particular en contratos entre sujetos con igual o semejante poder de negociación. Distinto podría ser el caso en contratos al consumidor o en situaciones de un manifiesto desequilibrio de poder de negociación.

### III. Los seguros

Una cuestión que debe ponderarse es la existencia de seguros.

Algunas pólizas de seguro brindan cobertura de interrupción de negocios; sin embargo, como prerrequisito para la cobertura, estas pólizas frecuentemente requieren pérdidas físicas directas a la propiedad del asegurado, sus clientes o sus proveedores.

Ciertos productos especializados de seguros, como el seguro de fuerza mayor, el seguro de interrupción del comercio o el seguro de riesgo político pueden resultar de aplicación al caso actual. En todo caso, la cobertura será determinada por los términos y las condiciones específicos de una póliza, los cuales deben evaluarse cuidadosamente. Se debe prestar especial atención a las disposiciones de notificación de la póliza aplicable.

### IV. La empresa. Acciones a tomar

No es cuestión de simplemente esperar y soportar los efectos del coronavirus. Las

compañías pueden y deben tomar acciones en previsión de la continuación de la pandemia y tratar de mitigar sus efectos.

En otras palabras, las empresas, donde sea que estén sus operaciones, deben tomar medidas proactivas para garantizar la continuidad de las operaciones suficientes para cumplir con las obligaciones contractuales existentes y evaluar si sus contrapartes también están tomando medidas para no tener que invocar fuerza mayor.

Ponderar y en su caso tomar esas medidas es especialmente importante dada la capacidad que las empresas tienen actualmente para prevenir e intentar mitigar cualquier impacto operativo potencial antes de que el brote se extienda a cualquier nueva localidad. Idealmente, las empresas podrán planificar en consecuencia para evitar interrupciones en sus operaciones si el virus continúa propagándose.

Los ejemplos de pasos que las compañías podrían considerar (y tratar de asegurarse que las contrapartes estén tomando) incluyen:

— asegurar flujos de suministro alternativos en caso de que las operaciones de un proveedor se vean afectadas;

— planear cómo los empleados pueden continuar trabajando de manera remota o cómo las funciones pueden transferirse a otras ubicaciones, en caso de cuarentenas y cierres de negocios;

— y mitigar el impacto de los viajes restringidos en todo el mundo y dentro de los países.

Incluso si dichos pasos no tienen éxito para evitar la necesidad de declarar una fuerza mayor, *el intento de una empresa de mitigar su riesgo por adelantado será muy relevante para la determinación de un tribunal de si se tomaron medidas razonables para continuar cumpliendo con las obligaciones contractuales, y si el desempeño fue realmente imposible. Las medidas afirmativas para ayudar a garantizar que una empresa esté preparada para la posibilidad de interrupción del negocio como resultado de COVID-19 incluyen una revisión cuidadosa de las pólizas de seguro que pueden cubrir dicho evento.*

### V. Las negociaciones contractuales

Es posible que se pretenda invocar la pandemia como un acontecimiento que justifica abandonar la negociación.

Volvemos sobre este punto al tratar concretamente el derecho argentino, pero señalamos que en muchas negociaciones los documentos precontractuales (mou, cartas de intención) prevén la posibilidad de abandonar las negociaciones si existen MAC (*material adverse change*) o MAE (*material adverse effect*) (1).

### VI. Segunda parte: Repaso —bajo el derecho argentino— de las instituciones involucradas. La pandemia como supuesto de caso fortuito bajo el derecho argentino

#### VI.1. Texto legal. Interpretación

El art. 1730 Cód. Civ. y Com. dispone: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al

hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad excepto disposición en contrario”.

De modo que el *casus* se configura frente a un hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Existiendo caso fortuito o fuerza mayor la obligación se extingue sin responsabilidad salvo disposición en contrario.

#### VI.2. Condiciones de aplicación

Los siguientes aspectos deben ponderarse en cada caso en particular:

El hecho que se pretende liberador debe ser:

— objetivamente imprevisible e inevitable;

— ajeno a las partes. El deudor no se libera si debió haber cumplido antes de que ocurriera el evento imprevisible e inevitable;

— posterior en el tiempo a la relación jurídica que se ve afectada por el mismo;

Y ha de causar la imposibilidad definitiva de cumplir la prestación objeto del contrato; si la imposibilidad de cumplir es temporaria, la obligación queda extinguida solo cuando el plazo para su cumplimiento era esencial o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

En otras palabras el *casus* ha de resultar en una *obstáculo insuperable*.

#### VI.3. La pandemia y los hechos del príncipe

Tanto la pandemia en sí, como las medidas adoptadas por el gobierno —hechos del príncipe— son objetivamente hechos imprevisibles, inevitables y ajenos a las partes.

De modo que si la relación jurídica es anterior al brote —y por ende lo será también a las medidas gubernamentales—, solo cabría analizar si, además, causa la imposibilidad de cumplir.

Es que lo que realmente libera al deudor es esa imposibilidad de cumplir.

Así surge con toda claridad del art. 955 Cód. Civ. y Com., conforme al cual “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación sin responsabilidad”.

Si la imposibilidad no reúne esas condiciones, sino que es transitoria existen otros remedios, como la suspensión de cumplimiento (art. 1031) que examinaremos más adelante; y si no hay imposibilidad sino dificultades para el cumplimiento el remedio puede ser la imprevisión (art. 1091) que autoriza al afectado a requerir la revisión del contrato o su rescisión.

Ahora bien; habida cuenta del efecto extintivo de la obligación sin responsabilidad, debemos examinar con cierto cuidado cuándo existe tal imposibilidad de cumplimiento.

#### VI.4. La imposibilidad de cumplir

La doctrina señala que la imposibilidad puede manifestarse en tres planos:

— material;

— legal; o

— personal.

Existe imposibilidad material cuando se produce la desaparición física del objeto de la obligación de dar cosa cierta; el ejemplo típico es la muerte del caballo de carrera. Ha de tratarse obviamente de una cosa cierta no fungible y no debe ser una obligación de género (*genus nunquam perit*).

La imposibilidad es legal cuando el objeto del contrato devino ilícito. Un ejemplo muy sencillo lo da la famosa Ley Seca de los Estados Unidos; el Estado prohibió negociar bebidas alcohólicas, con lo cual quienes estuvieran obligados a fabricarlas y entregarlas quedaron liberados de esas obligaciones; y los que las hubieran comprado quedaron liberados de la obligación de recibirlos y de pagar su precio. Si se trata de una restricción que no llega a la prohibición, el obligado deberá acreditar que ella es lo suficientemente importante como para imposibilitar el cumplimiento.

La imposibilidad es personal cuando el *casus* afecta al obligado mismo. Así, el contrato de trabajo se extingue por muerte del empleado; y en general los contratos *intuitu personae* se extinguen por la muerte del obligado a la prestación personal.

#### VI.5. Carga de la prueba

La parte que invoca la fuerza mayor debe acreditar de forma clara y concreta de qué manera la pandemia o las medidas adoptadas por el gobierno con causa en ella afectan la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones causadas en el contrato.

### VII. La teoría de la imprevisión

Si los hechos causados por la pandemia o las medidas gubernamentales no impiden el cumplimiento de la obligación pero hacen más onerosa la prestación, no cabe la invocación del caso fortuito sino la excesiva onerosidad sobrevenida que el Cód. Civ. y Com. contempla como “imprevisión” (2).

#### VII.1. Texto legal

“Art. 1091.- Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

### { NOTAS }

(\*) Socio honorario de Marval O’Farrell y Mairal. Profesor titular consulto de Derecho Civil (UBA). Profesor titular de Derecho Civil (Udesa). Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Bs.As. y de la International Academy of Comparative Law.

(\*\*) “...cuando en tiempo de guerra el locatario se obligó a dejar su habitación o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá

hacer rescindir el contrato u obtener la disminución del precio o la cesación momentánea del pago del alquiler” (Vélez Sarsfield, nota al art. 1522 del Código Civil).

Como dice Larenz, el requisito es que el acontecimiento exterior constituya “un verdadero caso fortuito para quien ha contratado, como sucede con el hecho del príncipe, la guerra, la peste”, etc. (RIVERA, Julio C., “La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación 1987”, RDCO 1987-867).

(1) PAPA, Rodolfo G., “El flagelo del coronavirus y su impacto en la concertación y ejecución de transacciones mercantiles: aproximaciones preliminares”, AR/DOC/764/2020.

(2) Art. 1091.- Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida

por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

### VII.2. Condiciones de aplicación

De acuerdo con el texto que se ha transcritto, las condiciones de aplicación son:

— Que se trate de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente; si se trata de un contrato aleatorio, podría invocarse cuando la excesiva onerosidad proviene de causas extrañas al álea propia del contrato;

— Que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa;

— Que la excesiva onerosidad se cause por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración;

— Que esa alteración reúna las condiciones del caso fortuito, esto es: imprevisibilidad, extraneidad y sobreviniencia.

### VII.3. Una duda: ¿y la imprevisibilidad?

El art. 1198 del Cód. Civil exigía expresamente que el acontecimiento extraordinario del cual derivara la excesiva onerosidad fuese *imprevisible*.

Esa exigencia ha desaparecido del texto legal vigente. Sin embargo, debe entenderse que al ser un acontecimiento extraordinario y que no se trate de un riesgo asumido, ha de tratarse de un hecho *imprevisto*, lo cual no es necesariamente igual a *imprevisible*. Por lo demás, el acápite del artículo es “imprevisión”, lo cual contribuye a interpretar que el recaudo sigue vigente.

Pero lo importante no es lo que acabamos de decir, sino definir con precisión qué quiere decir “imprevisible” o “imprevisto” cuando se trata de la doctrina de la excesiva onerosidad.

VII.3.a. Distinción entre lo imprevisible y lo imprevisto

Cabe distinguir lo imprevisible de lo imprevisto (o la imprevisibilidad en abstracto y lo imprevisto en concreto).

Muchos acontecimientos son en abstracto previsibles: la inflación, las alteraciones de un tipo de cambio, el precio de los *commodities*, la muerte de una persona física o el cambio de una determinada política estatal (3). Pero puede ser *no previsible* que acontezcan en la vida prevista del contrato. Con lo cual el acontecimiento era *previsible*, pero su acaecimiento resulta *imprevisto*.

En definitiva, “la teoría de la imprevisión considera como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda con sentido absoluto, ya que conforme a la experiencia cualquier acontecer, aunque sea inesperado, puede ser conocido y eventualmente pensado” (4).

Un ejemplo de la vida real puede servir para ilustrar nuestro discurso: en la República Argentina se estableció en algún momento (por 1978, aproximadamente) la denominada por el lenguaje coloquial “tablita cambiaria”, una regulación del mercado cambiario que establecía la cotización que tendría el dólar en cada día del futuro. Las partes celebraron contratos en dólares sin decir expresamente que lo hacían ponderando la vigencia de la “tablita”, cuyo mantenimiento anunciaba el gobierno a quien quisiera escucharlo. En 1982 se produce un cambio de gabinete ministerial y el nuevo responsable del área económica

pronunció una frase que quedó en la historia: “el que apuesta al dólar, pierde”. Pocos días después se derogó la “tablita”, se liberó el mercado de cambios, se produjo una pronunciada devaluación de la moneda nacional y por ende los obligados en dólares sufrieron un gran perjuicio. Es claro que los cambios de política económica son “previsibles”, lo mismo que las devaluaciones del signo monetario y con mayor razón en la Argentina, donde periódicamente se sucedían crisis económicas muy profundas. Sin embargo, aunque el abandono de la “tablita” era en abstracto previsible y lo mismo la consiguiente devaluación, la jurisprudencia consideró aplicable la teoría de la imprevisión. Porque este cambio de política económica y esta devaluación fueron imprevisibles en concreto. O, si se quiere, la vigencia de la “tablita” constituyó una “presuposición” de las partes o mejor aún, una base objetiva sobre la cual se celebró el contrato, y su desaparición justificaría la revisión o extinción de este, aunque tal desaparición hubiera sido en abstracto previsible.

Otro caso en que se ve el distingo con claridad es el de la compraventa del vestido de novia que es afectado por la muerte de uno de los futuros contrayentes. Nada hay más previsible que la muerte; sin embargo, nadie compra o encarga la confección de un vestido de novia sujeto a la condición suspensiva de la permanencia en vida de los contrayentes o a la resolutoria de la muerte de uno de ellos. Pero lo cierto es que, previsible la muerte en abstracto, es imprevista si ella alcanza a un futuro cónyuge que era joven y sano. Si corresponde o no extinguir el contrato por “desaparición de la causa” es tema debatible, pero el ejemplo muestra claramente que el acontecimiento previsible puede ser imprevisto en el caso concreto.

VII.3.b. La apreciación subjetiva de lo imprevisto

En otro plano se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia que hay sujetos que tienen una mayor capacidad de previsión que otros, con lo cual no hay una noción objetiva de qué es imprevisto o imprevisible.

También las partes pueden prever en su mismo contrato el efecto de la inflación, del aumento del precio de ciertos insumos o cualquier otro acontecimiento que de acuerdo con las circunstancias del caso tenga aptitud para modificar la ecuación económica del contrato. Claro es que la capacidad de previsión y expresión en el contrato es limitada; un precio puede subir mucho más de lo que se previó en el contrato y entonces distorsiona el funcionamiento de la cláusula de ajuste; qué efecto tiene eso sobre los derechos y obligaciones de las partes es algo a discutir, pero es innegable que puede suceder.

VII.3.c. Importancia relativa de la imprevisibilidad

En fin, las nociones de imprevisto o imprevisibilidad no solo no son unívocas, sino que además han dejado de ser el núcleo del tema de la revisión del contrato que se ha tornado excesivamente oneroso.

*De lo que se trata es que el contrato conserve su conmutatividad.* Cuando acontecimientos externos a las partes afectan la equivalencia de las prestaciones, el contrato conmutativo deja de ser tal, deja de ser —en palabras de Larenz— una regulación dotada de sentido. Y entonces ya no es el contrato que las partes han querido celebrar y ejecutar.

La doctrina de la presuposición, de la base subjetiva de Oertmann, de la base objetiva y subjetiva de Larenz, la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la frustración del fin, no son sino intentos de construir una explicación diríamos científica a la necesidad de revisar o extinguir los contratos que habiendo sido queridos como conmutativos han dejado de serlo.

Con lo cual el tema no radica en la “prestación” que se torna materialmente imposible —como sucede en el caso fortuito y la fuerza mayor— ni en la previsibilidad en abstracto, sino en la conmutatividad del contrato que se ha perdido por un acontecimiento ajeno a las partes cuyo riesgo no fue asumido pero que pudo perfectamente ser *previsible* aunque en los hechos y en el caso resultara *imprevisto*. De allí que parte de la doctrina considera hoy prescindible que el contrato se haya distorsionado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (5); y debe entenderse que a ello se debe que la ley omita hoy su mención explícita.

### VII.3.d. Cómo se juzga la imprevisibilidad

La imprevisibilidad se juzga conforme a un paquete de informaciones disponibles al momento de contratar y según la capacidad de previsión que tienen las partes en concreto.

Esto es muy importante; es que se advierte que todos tenemos tendencia a suponer que un acontecimiento que sucedió era previsible, es más, era inexorable que se produjera. Un ejemplo es la crisis argentina de 2002: todos los gurúes económicos pero también la generalidad de la población concluyeron en que la crisis se veía venir y que era inevitable. Pero lo cierto es que la mayor parte de la población, y entre ellos los mismos gurúes, no habían adoptado conductas que tuvieran en cuenta ese futuro “tan previsible”.

Este fenómeno ha sido identificado como el *sesgo retrospectivo* que significa lo siguiente: “Cuando miramos al pasado, nuestro conocimiento de los acontecimientos posteriores nos engaña y nos hace creer que eran previsible e inevitables, y estaban nitidamente engarzados por un hilo conductor. Ese sesgo retrospectivo, que difumina la profunda incertidumbre en que vivían los protagonistas del pasado, nos hará ver clamorosas negligencias o incluso siniestras conjuras donde hubo infortunio o mera casualidad” (6).

El juez debe evitar este sesgo retrospectivo y evaluar la previsibilidad de un acontecimiento situándose en el tiempo y con la información de que las partes disponían cuando contrataron. De otro modo cae en aquello que la cultura popular grafica con la expresión “con el diario del lunes todos acertamos los resultados del fútbol” (7).

### VII.4. La excesiva onerosidad

La consecuencia del acontecimiento imprevisto que tiene relevancia jurídica es la excesiva onerosidad.

El acontecimiento extraordinario debe instaurar una desmesura en esa onerosidad que se mide racionalmente *con la otra prestación*; se trata de una relación económica en que una cosa se da a cambio de otra similar según las valoraciones del mercado; esas valoraciones han sido distorsionadas. Se trata, pues, de una relación objetiva, no de la propia utilidad. No se debe tomar en cuenta solamente

la situación patrimonial del afectado, puesto que se trata de examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato y no una relación patrimonial que no entró en consideración en el programa convencional concreto. En definitiva, lo que cuenta no es la prestación en sí misma, sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio (Lorenzetti).

Es que, en definitiva, lo que se juzga es la desaparición de la relación de equivalencia entre las prestaciones. Pero siempre que de ello resulte un perjuicio para uno de ellos, de modo que no autoriza a cambiar los términos del contrato el hecho de que una de las partes obtenga una ganancia superior a la inicialmente prevista si de ello no deriva un perjuicio para la otra parte.

### VII.4.a. Prestación tolerable

La tolerabilidad de la prestación (el perjudicado siguió cumpliendo) no excluye la excesiva onerosidad puesto que pueden existir circunstancias en las que alguien haga un gran esfuerzo de cumplimiento, sin perjuicio de que luego se juzgue que era una sobreprestación en el marco de la economía del contrato (8).

### VII.4.b. Cláusula de ajuste

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en la Argentina entienden que la existencia de una cláusula de estabilización o de ajuste no pone un valladar insuperable a la invocación de la teoría de la imprevisión; dicho en otros términos, el hecho de que las partes hayan previsto la depreciación mediante una cláusula indexatoria no significa *per se* que no pueda haber imprevisión judicialmente audible.

Y ello supone que el perjudicado puede invocar que el ajuste previsto es insuficiente. Por ejemplo, en contratos entre empresas pueden existir cláusulas de ajuste que tienen un tope establecido en función del precio de un determinado bien (el gas, el acero, el carbón). Si la evolución del precio de ese bien es importante e imprevista, como ha sucedido con el precio del petróleo que ha bajado a mínimos históricos, las partes podrían sostener que la cláusula de ajuste ha dejado de cumplir su función y por ello tratar de revisar el contrato en los términos del art. 1091.

Lo mismo sucede cuando el ajuste lleva la prestación a niveles insoportables para el deudor.

Ello sucedió en los años 80 del siglo pasado con la otrora famosa circ. 1050 del Banco Central que era un módulo de ajuste de los créditos que sumado a un sistema de amortización llamado francés, hacía que a medida que el deudor pagaba las cuotas de su crédito el capital seguía subiendo, o sea que cada vez debía más. De allí que los jueces suprimieron la cláusula 1050 y la sustituyeron por otros módulos de ajuste más razonables.

VII.4.c. Cómo se aprecia la excesiva onerosidad

Otro aspecto relevante es que —a los fines de la procedencia de la acción establecida en el art. 1091— solo resulta necesario demostrar que el contrato concreto ha devenido excesivamente oneroso por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

## { NOTAS }

(3) PERILLO, Joseph, “Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis”, Ed. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1996, p. 3.

(4) CNCCom., sala C, 22/08/1977, LA LEY, 1978-B, 314.

(5) PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Los ‘acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ del art. 1198 CC: un requisito innecesario”, LA LEY, 2010-C, 1329.

(6) CONTHE, Manuel, “La paradoja del bronce”, Ed. Crítica, Barcelona, 2007, p. 13. En el cap. 4, a partir de

p. 106 explica concretamente en qué consiste el sesgo retrospectivo, con cita de experimentos que lo demuestran a las claras.

(7) Manuel Conthe usa el siguiente aforismo: “A toro pasado, todos somos Manolete”.

(8) LORENZETTI, Ricardo, “Tratado de los contratos. Parte general”, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 2004, p. 523.



El mero hecho de que la parte que invoca la excesiva onerosidad obtenga ganancias en virtud de otras actividades que realiza o de otros contratos no constituye obstáculo alguno para hacer lugar a las acciones previstas en el art. 1091.

En este sentido, se ha resuelto que el perjuicio derivado del hecho extraordinario e imprevisible no requiere un quebranto que equivalga a la ruina del cocontratante afectado ni a su empobrecimiento en consideración a todo su patrimonio “sino un grave menoscabo en el acto jurídico que la ligue con la otra parte” (9).

#### VII.5. Acciones de que dispone el legitimado

El efecto de la imprevisión es habilitar al deudor a solicitar la resolución —*rectius*: rescisión— total o parcial del contrato o su adecuación. Puede hacer la reclamación extrajudicial o por vía judicial.

El texto vigente contiene dos novedades con relación al Código derogado.

La primera es que la rescisión puede ser total o parcial; la autorización legal para demandar la rescisión parcial sería una aplicación del principio de conservación del negocio.

La rescisión del contrato puede plantearse también como excepción frente a una acción de cumplimiento; esto lo sostenía la doctrina tejida alrededor del art. 1198 y ha sido expresamente recogido en el art. 1091, Cód. Civ. y Com.

La segunda novedad es que el perjudicado puede ejercer la acción de revisión, tema que fue largamente debatido durante la vigencia del art. 1198 del Código derogado: incluso la Corte Suprema se pronunció en un antiguo caso por la improcedencia de tal acción de reajuste, aunque la doctrina propiciaba muy mayoritariamente su admisión.

En la medida en que se reconoce legitimación al perjudicado por la excesiva onerosidad para ejercer tal acción, por razón del principio de eventualidad procesal ella puede ejercerse como acción principal o subsidiaria.

#### VII.6. Derechos del demandado

El demandado por rescisión o reajuste en los términos del art. 1091 puede:

— reconvenir por cumplimiento del contrato;

— frente a una pretensión rescisoria, ofrecer el reajuste;

— frente a una pretensión de reajuste, pretender la extinción del contrato.

En realidad estas opciones del demandado no surgen expresas del art. 1091 Cód. Civ. y Com., pero no hay razón alguna para negarle estas distintas opciones.

#### VII.7. Cómo se procede al reajuste

La doctrina coincide en que la revisión del contrato no implica reajustar mecánicamente las prestaciones convenidas, verbigracia aplicando derechamente algún índice de precios o la variación de la cotización de una moneda extranjera o de algún producto.

De lo que se trata es de expurgar el contrato de su flagrante injusticia, revisando sus condiciones de modo que el deudor pueda cumplir sin incurrir en un sacrificio extremo, pero no de equilibrar absolutamente las prestaciones. Ni mucho menos se trata de trasladar la pérdida de un lado al otro.

En definitiva, si no se puede lograr que el contrato sea una regulación dotada de sentido *para ambas partes*, ha de abandonarse la idea del reajuste y proceder a extinguir el contrato.

### VIII. Hardship

En los países anglosajones y en muchos documentos internacionales, se utiliza la palabra *hardship*, desconocida en los códigos civiles y de comercio y en la jurisprudencia de la familia romano-germánica.

Con ella se identifica una cláusula convencional explícita que autoriza la revisión del contrato en ciertas hipótesis; de este modo, se diferencia de la regulación legal que existe en el derecho positivo de algunos países.

Así, se afirma que “la cláusula de *hardship* (infortunio, adversidad, injusticia), o de adaptación del contrato, permite revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se trastorna la relación de valor entre las prestaciones [que] forman parte del contenido económico del contrato” (...).

“Cláusula *rebus sic stantibus* perfeccionada (...) sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión, pero se diferencia de ella en dos aspectos: (i) como cláusula explícita proviene de la convención de las partes; (ii) los criterios para su aplicabilidad resultan de lo pactado y, en los hechos, generalmente son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión” (10).

### IX. La frustración del fin

#### IX.1. Texto legal

El Código Civil y Comercial también contempla la frustración del fin del contrato como causal específica de extinción de los contratos.

El art. 1090 dice: “Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

#### IX.2. Condiciones de aplicación

Es una regla novedosa sobre la cual no existe mucha experiencia. Opera cuando un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, impide la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad.

#### IX.3. Relación con la causa final como elemento del contrato

Nuestro Cód. Civ. y Com. asume una posición definitivamente causalista, pues considera la causa final como elemento del acto jurídico y, por consecuencia, del contrato.

Y asume que la causa final es tanto la causa objetiva como la subjetiva.

La causa final objetiva es “el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad” (art. 281); es la causa tipificante del negocio, idéntica en todos los negocios de la misma especie y que por ello sirve para identificarlo. En otras palabras, todos los actos jurídicos que persiguen la adquisición de la propiedad de una cosa contra el pago de un precio, son una compraventa y como tal quedan sujetos a las reglas de este contrato, más allá de como lo hayan denominado las partes; y —a la inversa— no es una compraventa si le falta un requisito esencial aun cuando las partes así lo estipulen (art. 1127).

La causa final subjetiva es recogida por el mismo art. 281 diciendo: “También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

Los Fundamentos del Anteproyecto (pto. 2.2, Libro III, Tít. I) destacan que la causa fin abarca tres posibilidades: a) fin inmediato determinante de la voluntad; b) motivos exteriorizados e incorporados expresamente; c) motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresos, pueden ser tácitamente deducidos.

Entonces el instituto que estamos estudiando funciona tanto cuando se frustra la causa final objetiva como cuando se impide la obtención de la causa final subjetiva *siempre que ella sea común a las partes*.

#### IX.4. El problema principal: ¿cuándo es común la causa?

Es claro que el fin es común cuando atendemos a la causa en sentido objetivo. Es que si la causa en sentido objetivo es la que es permanente, tipificante, identificatoria del contrato, ha de estar presente siempre en el contrato que las partes han querido celebrar. V.gr., en una compraventa la transmisión de la propiedad y la recepción del precio son fines objetivos del contrato; en la locación de cosas el uso y goce de la cosa por el locatario es una finalidad que está siempre presente porque es la que caracteriza al contrato. De modo que si por cualquier razón no se puede transmitir el dominio o el locatario no puede usar la cosa, la finalidad objetiva del contrato está frustrada.

Más difícil es la cuestión cuando lo que se frustran son los motivos individuales que pueden haber llevado a las partes a contratar y que son tantos y tan variados como contratos haya. Puedo haber alquilado una casa en Jujuy porque mi empleador me destinó a una sucursal de esa ciudad; puedo haber alquilado un campo para sembrar arándanos; puedo haber comprado una colección de libros jurídicos para regalarlos a mi sobrino que está por recibirse de abogado; puedo haber alquilado un salón de fiestas con motivo de una boda, puedo haber contratado un suministro

de gas para alimentar la red domiciliaria de una ciudad o para hacer funcionar una planta de generación eléctrica, o para ampliar una fábrica de metanol, etcétera, etcétera.

En principio la frustración del fin individual *no da derecho a resolver el contrato*. Así, para el vendedor de una cosa, es indiferente el motivo por el cual el comprador la adquiere o el uso que le piensa dar, de modo que si el sobrino no se recibe de abogado o cambia de carrera no da derecho a resolver la compra de la colección.

Además, la frustración de la finalidad debe ser causada por hechos que no son personales ni están en la esfera de influencia de la parte perjudicada. Por esta razón es irrelevante la ruptura de la promesa de esponsales frente al vendedor o fabricante del vestido de novia; o que se haya prohibido consumir alcohol a quien había comprado una partida de vinos. Por ello fue errada la decisión un tribunal platense que sostuvo que el desistimiento de la boda es una razón que deja sin sentido la contratación de la fiesta de boda y sin causa la retención del precio adelantado en su totalidad (11). Es que, además, para el propietario del hotel o del salón de fiestas, la finalidad del alquiler le es indiferente (12).

*En fin, solo se puede resolver el contrato cuando la finalidad frustrada es común a ambas partes y su frustración se produce por una causa ajena a las mismas partes.*

Pero determinar si ese fin es común o no a ambas partes no siempre es tarea sencilla.

Muchos contratos sofisticados —como suelen serlo los contratos internacionales o entre empresas— suelen contener una serie de presupuestos entre los cuales puede incluirse alguna finalidad individual que, aceptada por la otra parte, pasa a integrar el contrato como finalidad común.

Pero cuando ello no se hace —que es lo más frecuente— la cuestión se torna mucho más compleja.

#### IX.5. Un caso particular de frustración del fin: el contrato de locación de cosas

Un ámbito en el cual la frustración del fin encontraba reconocimiento incluso antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., tanto sea en la legislación como en la doctrina, es el del contrato de locación de cosas.

Ello se debe a que la finalidad objetiva de la locación de cosas consiste en que —contra el pago de un precio— el locatario pueda usar o gozar de la cosa. De modo que —como decía Vélez en la nota al art. 1717 del Código de 1869— si la guerra o la peste impiden usar la cosa o gozar de ella, el locatario puede resolver el contrato o pedir una disminución del precio.

Así lo entendió un tribunal que declaró rescindido un contrato de locación de un campo destinado a realizar una actividad pecuaria, si el campo no tenía la provisión de agua necesaria por la insuficiencia de la provisión proveniente un canal (13).

Los ejemplos que da Larenz sobre esta frustración se relacionan también con la locación: así, se frustra la locación de una pared para poner un cartel luminoso si se dispone el oscurecimiento de la ciudad; o el de una

### { NOTAS }

(9) CNCiv., sala C, 19/10/1978, LA LEY, 1978-D, 684.

(10) En este sentido: ALTERINI, Atilio A., “Teoría de la imprevisión y cláusula de *Hardship*”, *Roma e America* 13/2002, ps. 53 y ss., n. 6 en p. 62.

(11) C1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 30/07/1987, inédito, citado por STIGLITZ, Rubén, “Frustración del fin del contrato”, JA del 17/06/1998; RIVERA, Julio César, “La

relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión”, ED 179-60.

(12) Como en el segundo caso de la coronación, la finalidad del locatario del salón es indiferente para el propietario locador que alquila su salón cualquiera sea el motivo que guía al locatario, que puede ser festejar una boda o que Gimnasia ganara el campeonato de fútbol de 1995. Que el novio se escape, la novia se arrepienta o Gimnasia pierda el último partido no dan derecho a no pagar. Y si la novia se muere, el contrato se resuelve sin responsabilidad pero por caso fortuito y no por la frustración del fin.

(13) CNCiv., sala F, 25/04/1996, AR/JUR/579/1996. La sentencia es relevante porque el tribunal delineó la figura

con precisión; así, afirmó que el fin del contrato es el propósito básico de una de las partes, conocido y aceptado por la otra, de manera tal que se objetiva y se convierte en fin de ambas partes; y su frustración se configura cuando la prestación contractual es aún factible pero la finalidad no puede cumplirse por circunstancias ajenas a las partes

estación de servicios si el Estado monopoliza la distribución de combustibles.

El Cód. Civ. y Com. conserva esta hipótesis particular de frustración del fin en el art. 1203, que reza: “Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

### X. La “suspensión de cumplimiento” y la “tutela preventiva”

El Cód. Civ. y Com. contempla también dos remedios que, dependiendo de las particularidades del caso, podrían resultar de aplicación en las circunstancias actuales.

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

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

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

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

Así, por ejemplo, hay ciertos contratos de locación de obra y de servicios que hoy no pueden cumplirse. Las obras de construcción están paralizadas.

Y hay servicios que no pueden prestarse porque no son esenciales o por otras razones; por ejemplo, un contrato de limpieza o de seguridad de un teatro o cine o de cualquier local comercial que no preste un servicio esencial no puede cumplirse porque esos locales están cerrados; entonces el prestador del servicio no puede cumplir con su obligación porque su personal no está autorizado a desplazarse y a su vez el comitente se encontrará impedido de poner a disposición el local.

Todo ello transitoriamente.

Para resolver estos casos hay que ponderar las disposiciones que el Cód. Civ. y Com. trae en materia de contrato de obra y servicios.

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

Ahora bien; si quien puede lo más puede lo menos, el dueño de la obra o el comitente si es una locación de servicios también puede suspender la ejecución del contrato si la imposibilidad fuera transitoria. Así lo señala la doctrina con relación a la locación de obra, en el cual el efecto de la imposibilidad transitoria es la suspensión del plazo para cumplir con la obra (14); entendemos que la misma *ratio legis* —que no es otra que facilitar la continuidad del vínculo contractual— debe aplicar a la locación de servicios, permitiendo entonces suspender la vigencia del contrato mientras dure el impedimento.

### XI. Alguna noticia sobre el derecho comparado

#### XI.1. La frustración del fin y la fuerza mayor en el derecho inglés

El derecho inglés no contiene previsiones generales sobre caso fortuito o de fuerza mayor, por lo que es muy común que los contratos contengan detalladas previsiones definiendo los eventos que pueden ser considerados como tales, las acciones que deben tomar las partes en caso de que tales eventos se produzcan (comunicaciones, obligaciones de mitigación) y, finalmente, los efectos de la fuerza mayor que pueden consistir básicamente en la extinción de las obligaciones de las partes o en la suspensión mientras dure el evento. También se puede prever la restitución recíproca de las prestaciones.

En algunos contratos tipo —p. ej., contratos de construcción— existen cláusulas modelo sobre la materia.

Pero a la vez en ese mismo ámbito se ha desarrollado la doctrina de la frustración del fin del contrato, que en alguna medida inspiró los estudios de Larenz sobre la desaparición de la base del contrato y de allí al Proyecto argentino de Unificación del Código Civil y Comercial de 1987 (15) y finalmente se ha volcado en el ya comentado art. 1090 del Cód. Civ. y Com.

Cabe señalar que si bien la doctrina de la frustración del fin del contrato tiene un obvio origen jurisprudencial, como veremos seguidamente, algunos aspectos —en particular, la alocación de riesgos y consecuencias— han sido regulados en la Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 (16).

En general se considera que el contrato se extingue cuando por circunstancias que están enteramente más allá de la responsabilidad de las partes, el bien objeto del contrato o los medios de ejecución han sido destruido y por ello su ejecución se vuelva objetivamente imposible, y si el objetivo central del contrato ha sido frustrado o el contrato se ha vuelto radicalmente distinto de lo que fue contemplado por las partes al momento de pactarlo y, por lo tanto, física o comercialmente imposible de cumplir. En definitiva se trata de que ese hecho *deprives the contract of its commercial purpose*.

Los casos más conocidos son:

— “Taylor v. Caldwell”. Este caso de 1863 es sumamente conocido: se trataba del al-

quiler de un salón para realizar cuatro conciertos, pero el local se incendió. El locatario pretendió una indemnización por incumplimiento del contrato, pero la acción fue rechazada con el argumento de que el incendio hizo imposible cumplirlo. Obviamente en los países del *civil law* el caso se hubiera resuelto por aplicación de las reglas sobre el caso fortuito, suponiendo que el incendio en el caso concreto hubiera sido realmente no imputable al locador.

— “Krell v. Henry” [1903]. Este es uno de los famosísimos casos de la coronación. Se trataba del alquiler de un balcón para ver el desfile de la coronación del rey Eduardo VII, que finalmente se suspendió por una enfermedad del nuevo monarca. El demandante era el propietario del piso y pretendió cobrar el precio del alquiler, demanda que fue rechazada porque el contrato quedó privado de su *commercial purpose*. Como es sabido, en el otro caso de la coronación el resultado fue distinto, pero porque distintas eran las circunstancias.

— “Fibrosa Spolka v. Fairbairn” [1943]. Una empresa inglesa que fabricaba maquinaria textil acordó por contrato el 12/07/1939 suministrar algunas máquinas a una empresa polaca. Las máquinas debían entregarse en 3-4 meses. Se pagaron £1600 por adelantado y quedó el saldo de £3200 a pagar en la entrega. La compañía polaca pagó £1000 el 18 de julio. El 1 de septiembre, Alemania invadió Polonia y el 3 de septiembre, Gran Bretaña declaró la guerra a Alemania. El 23 de septiembre se declaró a Polonia como territorio enemigo, por lo que devino ilegal para las empresas británicas comerciar con Polonia. El tribunal adujo que cuando la actividad deviene ilegal se produce la frustración del fin del contrato. En los países del derecho romano diríamos que sobrevino un hecho del príncipe que causó una imposibilidad del objeto al declararlo ilegal.

Pero la realidad muestra que son muy pocos los casos en que esta doctrina ha sido admitida, e incluso ha sido desestimada su aplicación en casos bastante extremos.

Desde nuestro punto de vista, el mejor ejemplo lo brinda la sentencia dictada en “Tsakiroglou & Co Ltd. v. Noble Thorl GmbH” [1962]. Se trataba de un contrato de transporte marítimo desde Sudán a Europa, trayecto que debía cumplirse navegando por el Canal de Suez, pero he aquí que el Canal se cerró a la navegación por un muy recordado conflicto entre Inglaterra y Egipto que había decidido su nacionalización. De modo que para hacer el viaje el barco hubiera debido bordear toda África pasando por el Cabo de Buena Esperanza, lo que implicaba cuadruplicar la distancia recorrida. Obviamente el transportista adujo que el contrato se había frustrado pero el tribunal resolvió que aun en las nuevas circunstancias era posible cumplir el contrato sin dañar los cacahuetes. Por lo que sentó como doctrina que el hecho de que cumplir fuera más difícil o costoso no es razón suficiente como para considerar frustrado el contrato.

Finalmente, aunque sumamente divulgado, no podemos dejar de mencionar el segundo caso de la coronación, “Herne Bay Steam Boat v. Hutton” [1903]. El demandado alquiló el barco de vapor del demandante. El propósito del contrato era llevar a los pasajeros que pagaban para ver la revista naval que era parte de las celebraciones de coronación del rey Eduardo VII que, como ya vimos se res-

frió y dio lugar sin dudas al resfrío más trascendente en la historia del derecho privado. El demandado argumentó que el contrato se había frustrado debido a la cancelación de la revista naval. En ese caso el tribunal admitió la demanda, pues el crucero se podía realizar de todas maneras y la revista naval no era el único propósito comercial del contrato. Diríamos hoy que el móvil del locatario no era un fin causalizado, pues para el propietario del barco era indiferente que se hiciera o no la revista naval: él hacía los paseos por el Támesis todos los días; en cambio, el alquiler del balcón solo estaba justificado en el desfile finalmente cancelado.

Y confirmando la idea de que la frustración del propósito comercial sigue siendo una causal excepcional de liberación de las obligaciones de las partes, apuntamos que, en una decisión reciente, la Corte Suprema de Inglaterra concluyó que el Brexit no frustraría un contrato de arrendamiento por 25 años de la Agencia Europea de Medicamentos en Canary Wharf, Londres, a pesar del hecho de que la agencia estaría obligada a relocalizar sus establecimientos a un Estado miembro de la UE (17).

#### XI.2. China (18)

La fuerza mayor existe como una doctrina bajo el art. 180 de las Reglas Generales de la República Popular China (en adelante RPC) sobre el Derecho Civil y el art. 117 de la Ley de Contratos. Se define como evento objetivo o situación que es imprevisible, inevitable e insuperable. Cuando los contratos no tienen una disposición sobre fuerza mayor, la doctrina se aplica automáticamente según la Ley de Contratos de la RPC. Cuando el contrato tiene una disposición específica sobre fuerza mayor, la disposición del contrato se aplicará en la medida en que no entre en conflicto o derogue los principios generales establecidos en la Ley de Contratos RPC.

Debe haber un vínculo causal entre el evento de fuerza mayor y el incumplimiento de la parte afectada (es decir, la parte afectada debe establecer que el evento debe haber causado el incumplimiento).

La parte afectada debe notificar a la contraparte del evento fuerza mayor o de inmediato o de manera oportuna, exponiendo su reclamo de exención de responsabilidad y proporcionando pruebas de la existencia del evento y de su impacto. Sigue habiendo cierta incertidumbre bajo la ley de la RPC sobre si dicha notificación debe darse antes de que el incumplimiento realmente se materialice. En consecuencia, es aconsejable hacer esto cuando sea posible.

En los casos en que no se proporcione dicha notificación inmediata oportuna, la parte afectada puede ser responsable de las pérdidas sufridas por la contraparte que podrían haberse evitado si se hubiera dado dicha notificación.

Como hemos señalado al principio de este trabajo, la parte afectada por el evento debe haber sido proactiva en los intentos de supe- ración o mitigación. Si no actuó de esa manera, no puede invocar fuerza mayor.

Como en todas las regulaciones de la materia en los países del *civil law*, el evento debe ser posterior a la celebración del contrato, quien la invoca no ha de estar en mora y finalmente no aplica a las obligaciones de dar dinero.

### { NOTAS }

(14) ARIAS CAU, Esteban – NIETO, Matías, coment. al art. 1268, en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, “Código Civil comentado”, t. IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. IV.

(15) Sobre la regulación propuesta en el Proyecto de

Unificación de 1987, ver RIVERA, Julio César, “La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa”, RDCO 1987-867.

(16) Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>. Muy probablemente esta legis-

lación estuvo dirigida a resolver conflictos contractuales causados por la guerra.

(17) Caso “Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v. European Medicines Agency” [2019] EWHC 335 (Ch).

(18) Seguimos la exposición que hace THOMS, Ana-

hita, “Coronavirus: A Global Guide to Force Majeure and Mitigating Measures on Supply Chains”, disponible en <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/coronavirus-a-global-guide-to-force-majeure>.



### XI.2.a. Certificados de “fuerza mayor”

El China Council for the Promotion of International Trade anunció el 30 de enero que ofrecería “certificados de fuerza mayor” para ayudar a las empresas a resolver disputas con socios comerciales extranjeros que surjan de las medidas de control del gobierno.

El propósito de estos certificados es facilitar la invocación de fuerza mayor cuando el contrato requiere la provisión de dicho certificado emitido por una autoridad gubernamental relevante como requisito previo para la presentación del reclamo.

Un documento emanado del estudio Mayer/Brown indica que en febrero de 2020 el gobierno chino emitió más de tres mil certificados que indican que se ha producido fuerza mayor, lo cual no necesariamente significa que ello haya efectivamente ocurrido en los contratos concernidos. Por ello la opinión del estudio es que, a menos que el contrato establezca que dicho certificado es concluyente en cuanto a la existencia de fuerza mayor, es probable que el tribunal (o el árbitro o el juez) decida si el evento en cuestión constituye fuerza mayor según las disposiciones del contrato, aunque ese certificado puede tener más peso en un tribunal chino (19).

### XI.3. Francia

En los países de derecho romano la regulación de la fuerza mayor no presenta mayores variantes; lo que sí ha dado lugar a soluciones absolutamente antitéticas es la posibilidad de revisar o extinguir los contratos por razón de la excesiva onerosidad sobreviniente (20).

Así, es sabido que Francia siguió conductas absolutamente contradictorias en esta materia, pues mientras la *Cour de Cassation* negaba toda vigencia a la teoría de la imprevisión en los contratos entre privados (21), el Consejo de Estado la admitía para los contratos administrativos.

Finalmente, la teoría de la imprevisión ha entrado al Código Civil a partir de la reforma del año 2016.

El nuevo art. 1195 dispone: “Si un cambio imprevisible de circunstancias al final del contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no ha aceptado correr el riesgo, esa parte puede solicitar una renegociación del contrato a su socio contratante. Continúa

cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación. En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la terminación del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o solicitar al juez de común acuerdo que proceda con su adaptación. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin a la fecha y en las condiciones que él fije” (22).

Una comentarista afirma que el procedimiento de revisión para la imprevisibilidad, desglosado en diferentes fases, es probable que muy raramente tenga éxito. De hecho, la reforma parece alentar a las partes a llegar a un acuerdo sin tener que acudir al juez, ya que el recurso al juez se planifica al final de un procedimiento tan complejo que se vuelve disuasorio.

El informe al presidente sobre la ordenanza de 2016 indica que el nuevo art. 1195 tendría un valor adicional, que las partes del contrato pueden excluir, extender u organizar de manera diferente (mientras que lo imprevisible en el derecho administrativo tiene un carácter de orden público). De hecho, el artículo menciona como condición de su aplicación que ninguna de las partes haya aceptado asumir el riesgo del cambio de circunstancias.

En consecuencia, la norma podría dejarse de lado mediante una cláusula de gestión de riesgos en el contrato entre las partes.

### XI.4. Otros países

La revisión o extinción de los contratos causadas en el cambio de las circunstancias es hoy admitida en casi todos los países de derecho romano. Así, en Europa la tienen incorporada a sus códigos civiles Italia, Holanda, Alemania y la incluyen entre otros los Códigos Civiles de Grecia (1946) y de Portugal (1967).

El caso de Alemania es muy singular. Por efecto de las guerras, los procesos hiperinflacionarios y otras calamidades que distorsionaron profundamente los contratos, su revisión o extinción fue rápidamente aceptada por la jurisprudencia con el solo fundamento del principio de buena fe consagrado en el art. 212 del BGB. Por lo demás, la doctrina se ocupó extensamente de la materia, siendo pioneros los trabajos de Windscheid, Lenel, Oertmann y Larenz, entre otros. Finalmente, la doctrina de las bases del contrato, elaborada en su versión más afiada

por Larenz, ingresó al BGB con la reforma del año 2002 (23).

En Latinoamérica la situación es similar: la revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente está consagrada en los Códigos Civiles de Bolivia (1976), Perú (1984), Paraguay (1987) y Brasil (2002), además del Código de Comercio colombiano (1971) (24).

En cambio, siguen refractarios a su aceptación Chile y Uruguay.

En Chile la Corte Suprema se pronunció en el caso “South Andes Capital SA c. Empresa Portuaria Valparaíso s/recurso de casación en el fondo” (09/09/2009, rol 2651-08). En ese pronunciamiento la Corte hace suya la doctrina planteada por René Abe-liuk, quizás el único autor contemporáneo que rechaza la aplicación de la teoría con los textos legales vigentes, al cual cita textualmente para establecer que el art. 1545 del Cód. Civil excluye la posibilidad de acoger dicha teoría en el ordenamiento jurídico trasandino, ya que “el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones”.

Siguiendo al mismo autor, la Corte rechaza que la imprevisión contractual pueda fundarse en el art. 1560 del Cód. Civil sobre la base de que el deudor no pudo haber tenido la voluntad de obligarse de manera que el cumplimiento le fuera excesivamente oneroso (25).

En cambio, ha sido aceptada por la jurisprudencia arbitral en “Empresa Eléctrica Guacolda SA c. Empresa Minera Mantos Blancos SA” (fallo arbitral del 25/04/2007) y “Gas Atacama Generación SA c. Empresa Eléctrica de Antofagasta SA y otros” (fallo arbitral del 24/01/2008).

En Uruguay, pese a algunos esfuerzos doctrinarios, la jurisprudencia sigue siendo contraria a la aplicación de la doctrina

### XI.5. Estados Unidos

El art. 2615 del *Uniform Commercial Code* dispone que la demora en la entrega por parte de un vendedor no constituye un incumplimiento si la prestación ha sido impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya *no* ocurrencia fue una suposición básica sobre la cual se hizo el contrato o por el

cumplimiento de una regulación u orden de un gobierno nacional o extranjero aplicable, aun cuando después esa orden resulte inválida (26).

A su vez el 2<sup>nd</sup> *Restatement of Contracts* trata en el capítulo 11 de las causales de liberación del deudor de obligaciones de causa contractual, lo que hace previendo tres causales distintas.

La primera es que el deudor invoque que alguna circunstancia ha hecho que su prestación sea impracticable. La regla general que rige la impracticabilidad del desempeño se establece en § 261, y tres casos específicos de impracticabilidad se tratan en §§ 262, 263 y 264.

La segunda es que el deudor puede alegar que alguna circunstancia ha destruido tanto el valor de la prestación de la otra parte que está frustrado el propósito del contrato: § 265.

Y la tercera es que el obligado puede afirmar que no recibirá el intercambio acordado por su propia actuación porque alguna circunstancia ha liberado el deber del acreedor de hacer ese intercambio acordado, debido a la impracticabilidad o frustración.

La jurisprudencia americana se ha mostrado bastante liberal en los últimos años en la aplicación de estas reglas (27).

### XI.6. Convención de Viena

La Argentina es parte de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). También lo es Brasil, nuestro principal socio comercial, así como los Estados Unidos y muchos otros países, por lo que numerosos contratos están regidos —salvo exclusión en el contrato— por esa Convención.

El art. 79 de la CISG permite excusar la ejecución cuando la imposibilidad de cumplimiento se deba a un impedimento imprevisible más allá del control de una parte que ella no pudo superar.

Asimismo, modernos instrumentos de *soft law* o legislación modelo, como los Principios UNIDROIT, los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (28) y el más reciente Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, contemplan también de manera amplia y expresa la imprevisión contractual.

## { NOTAS }

(19) Disponible en <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/03/coronavirus-contract-law-say>.

(20) Antes de ahora hemos examinado soluciones de los países de derecho romano en: “La doctrina de las bases...”, cit.; y en RIVERA, Julio César – CROVI, Luis – DI CHIAZZA, Iván, “Contratos - Parte general”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, cap. XXIV.

(21) El caso paradigmático es el del Canal de Craponne resuelto en 1876. Los hechos del caso son los siguientes: el 22 de junio de 1567 Adam de Craponne se obligó a construir un canal para irrigar las tierras de la comuna de Pélissanne; él debía mantener y asegurar su buen funcionamiento por un precio de 3 soles por cada 190 acres regados; más de trescientos años después se demanda la actualización del precio y si bien la demanda fue admitida en las instancias inferiores fue anulada por la Corte de Casación pues “no corresponde en ningún caso a los tribunales, por equitativo que pudiera parecer, de tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes”. La misma *Cour* confirmó su criterio en una sentencia de 04/08/2015, en la que decidió que la guerra no constituye por sí misma un caso de

fuerza mayor, subrayando que las obligaciones de las partes no pueden ser rescindidas sino en caso de ejecución imposible y no solamente más onerosas [Cass. Civ. 4 août 1915, “Maison Agnès/demoiselle Maalderinck”, DP 1916, I, p. 22] Ver THIBIERGE, Louis, “Le contrat face à l'imprevu”, *Economica*, Paris, 2011, n° 298, p. 183.

(22) Art. 1195 Code Civil: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

(23) V. RIVERA, Julio César, “La reforma al Código Civil Alemán”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Dr. Jorge Avendaño Valdés*, Lima, 2004, t. II, p. 989. Concretamente el art. 313 del BGB dice ahora: “Alteración de la base del negocio. 1) Sin con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato

y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo. 2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos. 3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia

(24) RIVERA, Julio César, “La revisión de los contratos por acontecimientos sobrevinientes en decisiones arbitrales bajo el derecho de países de América Latina”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Fernando Hinestroza*, Bogotá, 2014, t. III, p. 395.

(25) MOMBERG URIBE, Rodrigo, “Teoría de la imprevisión. Necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2010, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/262511202-TEORIA\\_DE\\_LA\\_IMPRESION\\_LA\\_NECESIDAD\\_DE\\_SU\\_REGULACION\\_LEGAL\\_EN\\_CHILE](https://www.researchgate.net/publication/262511202-TEORIA_DE_LA_IMPRESION_LA_NECESIDAD_DE_SU_REGULACION_LEGAL_EN_CHILE).

(26) El texto completo es el siguiente: “§ 2-615. Excuse by

Failure of Presupposed Conditions. Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid. (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contracts well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable. (c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer”.

(27) El *Second Restatement of Contracts*, Chapter 11, contiene numerosas decisiones de distintos tribunales que ilustran sobre la aplicación de estas reglas

(28) Son los Principios elaborados por la Comisión Lando.

**XII. Interferencias legislativas en los contratos en curso**

Es obvio que los gobiernos van a dictar medidas que van a interferir en los contratos en curso de ejecución. Sea con la finalidad de proteger a los consumidores financieros, a los inquilinos o las partes más débiles de las distintas relaciones jurídicas, seguramente asistiremos a una fiebre legisferante como ya hemos vivido en la Argentina en muchas oportunidades (29). Sin ir más lejos, durante

la crisis económica de 2001-2002, la ley 25.561 es un ejemplo palpable de interferencia del Estado en los contratos privados, habiendo sido seguida por infinidad de disposiciones del Banco Central y de otras autoridades más o menos competentes.

Cabe puntualizar que esto no sucede solo en la Argentina. Es muy conocido el antecedente de la “Loi Failliot” (Francia, ley de 21/01/1918) aplicable a ciertos contratos celebrados antes de la guerra y que autorizaba

a demandar la resolución o la suspensión de los contratos si quedaba establecido que por razón del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes entrañaría esfuerzos o le causaría un perjuicio cuya importancia superara en mucho las previsiones que pudieron haber sido razonablemente hechas a la época del contrato (30). En España hubo una ley sobre los contratos afectados por la guerra civil y en Alemania se dictaron leyes en ambos períodos de posguerra.

Volviendo a nuestro país señalamos que ya se han dictado decretos y resoluciones que afectan contratos de locación, desalojos, contratos bancarios, etcétera.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en general ha convalidado la constitucionalidad de estas interferencias.

Cita online: AR/DOC/1102/2020

**{ NOTAS }**

(29) RIVERA, Julio César, “Introducción histórico-comparativa al estudio de la crisis”, LA LEY, 2003-B, 1028.

(30) A pesar de que esta ley implicaba aceptar la revisión

de los contratos devenidos excesivamente onerosos por causa de la guerra, la Cour de Cassation deseosa de defender las previsiones de las partes, interpretó muy estrictamente la ley limitando su aplicación solo a los

contratos comerciales y excluyendo la inexecución culpable: Cass. Req. 30/06/1919, “Hardy/Commune de Clisson”, DP 1920, I, p. 74 et Cass. Civ., 29/07/1926, “Société d’anthracite et de talc/Commune de La Garde”, S. 1926,

I, p. 372 et Cass. Req., 23/12/1919, “Société anonyme des établissements Mège/Compagnie fuxéenne d’éclairage par le gaz et l’électricité”, DP 1920, I, p. 29.

# Contratos turísticos y COVID-19: principios generales para la adecuada renegociación de los contratos de prestaciones turísticas

## UNA MIRADA SUPERADORA

Sandra S. Arcos Valcárcel (\*)

**SUMARIO:** I. Normativa general de emergencia que restringió la actividad turística. Normativa específica de emergencia del Ministerio de Turismo de la Nación Argentina.— II. Imposibilidad temporal de cumplimiento de las prestaciones turísticas a causa de la declaración de pandemia. Derecho del consumidor.— III. Renegociación de los contratos turísticos: pautas de interpretación de los contratos y principios generales del derecho argentino. Una visión superadora.

### I. Normativa general de emergencia que restringió la actividad turística. Normativa específica de emergencia del Ministerio de Turismo de la Nación Argentina

La expresión “derecho del turismo”, utilizada en la enseñanza y en los estudios e investigaciones académicas, no implica una nueva rama autónoma del sistema de derecho, sino que apunta a obtener una expresión sintética del estudio del marco jurídico de la actividad turística. Prestigiosa doctrina nacional ha sostenido que las particularidades del negocio turístico y la gestión pública de su desarrollo y fiscalización requieren de un enfoque multidisciplinario (1).

Los intereses que implica el fenómeno turístico son muchos y heterogéneos:

Son públicos, ya que están relacionados con las exigencias de seguridad y orden público, de protección del patrimonio histórico-artístico, de promoción, valoración y defensa medioambiental del territorio y de protección de la salud pública. También hay intereses privados, de tipo empresarial y económico, de entretenimiento y protección de la colectividad en todo lo que concierne al tiempo

libre, y de promoción de las iniciativas de carácter social (2).

Ese marco interdisciplinario hizo que la irrupción de la COVID-19 —como enfermedad infecciosa causada por un coronavirus de la familia de *coronaviridae*, desconocido antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019— provocara que el turismo se viera ciertamente limitado en determinados países y definitivamente restringido a sus niveles más dramáticos a partir de la declaración de pandemia por la OMS en la alocución de apertura de su director general en la rueda de prensa sobre la COVID-19 del día el 11/03/2020 (3).

Según la Real Academia Española, el término “pandemia” refiere a una “enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región” (4), lo cual merecía y aun requiere medidas urgentes de los diferentes gobiernos.

En razón de la dinámica situación global y puntualmente la relativa a nuestro país, el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3º, de la

CN, dictó el DNU 260/2020 (BO 12/03/2020), por el que amplió la declaración de emergencia sanitaria nacional, estableció pautas de aislamiento y medidas preventivas, entre las que se encontraba la recomendación sobre restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas, impedía permanecer en el territorio nacional a los extranjeros no residentes en el país que no dieran cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, suspendió los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”, durante el plazo de treinta días o el mayor plazo que dispusiera la autoridad de aplicación (ANAC, dependiente del Ministerio de Transporte) contemplando excepciones a fin de facilitar el regreso de las personas residentes en el país, en tanto se aplicaran todas las medidas preventivas correspondientes, de modo que los compatriotas que se encontraban fuera de la Argentina pudieran regresar a casa.

Días más tarde, ante la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, se dictó —el 19/03/2020— el DNU 297/2020 con el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional,

que estableció fuertes medidas de aislamiento de la población y sanciones para el caso de incumplimiento, medidas que si bien impedían ejercer la libertad ambulatoria que dimana del art. 14 de la Carta Magna, tenían sustento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) que establece que la garantía a esta libertad “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” y, por su lado, en el art. 22, inc. 3º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el que solo puede ser restringido el derecho a la circulación para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y las libertades de los demás. Por todo ello, se estableció que las personas humanas deben permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encontraban a las 00:00 horas del día 20/03/2020 y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, también desplazarse por rutas, vías y espacios públicos (5). Así, la

**{ NOTAS }**

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**

(\*) Abogada. Asesora de la Asociación de Agencias de Viajes y Turismo de Buenos. Docente de Elementos de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(1) GÜIDI, Graciela, “Reflexiones sobre el Derecho del Turismo o Derecho Turístico”, [http://www.academia.edu/32076947/Reflexiones\\_sobre\\_el\\_Derecho\\_del\\_Turismo\\_o\\_Derecho\\_Turistico](http://www.academia.edu/32076947/Reflexiones_sobre_el_Derecho_del_Turismo_o_Derecho_Turistico).

(2) DIAMANTI, Elisabetta, “Il Turismo”, en CASSESE, Sabino, *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Speciale*, Giuffrè, Milano, 2000, t. III, ps. 2773-2774.

(3) Ver <https://www.who.int>.

(4) Ver <https://dle.rae.es/?w=pandemia+>.

(5) El día 10/04/2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó la res. 1/2020, denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, por

la que reconoce que, en determinadas circunstancias, con el objeto de generar adecuada distancia social, puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos como el de reunión y la libertad de circulación en espacios tangibles, públicos o comunes que no sean indispensables para el abastecimiento de insumos esenciales o para la propia atención médica y recomienda a los Gobiernos de los Estados miembro a adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida

diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia, atendiendo a la mejor evidencia científica, pero apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos.



cuarentena en particular, como aislamiento preventivo a que se somete durante un período de tiempo a las personas por razones sanitarias, es una de las más antiguas medidas de salud pública<sup>(6)</sup>, sin perjuicio de lo cual y a este respecto la Justicia tuvo oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de las medidas cuando, ante una acción de amparo que tildó de inconstitucional el decreto que obligaba al aislamiento obligatorio de las personas humanas, el día 20/03/2020 a las 19.15 hs. el JNCrim. y Correc. N° 14, en la causa CCC19200/2020, dictó una medida en la que reafirmó la constitucionalidad de los decretos y las medidas adoptadas por el gobierno argentino.

Conforme a todo lo expuesto, resultaba claro que el turismo, por el momento, se hablaba postergado.

En todo este marco, pronto se hicieron oír los reclamos:

a) de los turistas que no podían regresar a la Argentina debido al cierre temporal de fronteras y tampoco podían ser repatriados por la Cancillería argentina, por diferentes causales;

b) de los turistas que no podían viajar por aire, tierra o agua a sus destinos elegidos y por los que habían ya pagado sus servicios, también los que no podían hacerlo y habían decidido pagar en destino;

c) de los agentes de viajes, que se veían desbordados por la falta de respuesta de las aerolíneas y las navieras en la contingencia;

d) por la ruptura en la cadena de pagos de todo el sector comercial;

e) por las consecuencias laborales que desencadenó la pandemia —esto último, si bien importantísimo, excede la acotada temática del presente trabajo.

En el contexto de crisis, el 13/03/2020, el Ministerio de Turismo resolvió que las agencias de viajes debían atender exclusivamente por canales electrónicos y hacer saber a su clientela y la autoridad los datos de contacto en la contingencia, lo cual fue prorrogado hasta el 31/05/2020 por res. 157 del 13/04/2020, que suspendió todos los términos y plazos de tramitación de expedientes administrativos y exoneró del pago de aranceles a los trámites y gestiones que debían llevarse a cabo ante esa repartición. También dictó, el 18/03/2020, una resolución por la que obligó a agentes de viaje y a establecimientos hoteleros a devolver a los turistas usuarios toda suma de dinero que hubieran percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser usufructuados durante el periodo comprendido entre esa fecha y el 31 de marzo del año en curso<sup>(7)</sup>. Esta medida, si bien resulta protectoria desde el punto de vista de los consumidores de servicios turísticos, resultó complicada o imposible de cumplir por parte de los agentes de viajes, y directamente incumplida por numerosos establecimientos hoteleros que solo ofrecieron reprogramaciones mediante la entrega o el envío de bonos de servicio, para que tales sumas se convirtieran en un crédito a futuro para el

usuario, pero de todos modos no pudieron cumplir con tales reembolsos, debido a la crisis.

Respecto de los consumidores, la resolución implicaba la frustración del contrato, por cuanto la norma se refería específicamente al aojamiento entre la fecha de publicación oficial y el 31/03/2020, con lo cual los efectos propios de la frustración implicaban el reembolso.

En el caso de las agencias de viajes, la obligación resultaba temporariamente imposible de cumplir, en tanto como intermediarias diligentes en los términos del art. 1º de la ley 18.829 habían prepagado o girado a los establecimientos hoteleros el valor de las estancias de sus clientes y no disponían de los importes para efectuar los reembolsos que ordenaba tal resolución que, evidentemente, no tuvo en consideración tal circunstancia. Allí hubo un primer conflicto, tanto de usuarios con agencias de viajes, como de estas con los establecimientos hoteleros.

## II. Imposibilidad temporal de cumplimiento de las prestaciones turísticas a causa de la declaración de pandemia. Derecho del consumidor

El hecho de la declaración de pandemia hizo que el turismo se viera severamente restringido a nivel global, en una escala jamás constatada desde que el turismo es la actividad considerada “columna vertebral de la economía mundial”, por cuanto contribuye con el 10,4% del PIB global y genera 1 de cada 10 empleos en todo el mundo, conforme sostiene la WTTC<sup>(8)</sup>. Tan golpeado está el sector turístico que la OMT lanzó un llamamiento a la acción para la mitigación del impacto de la COVID-19 en el turismo y la recuperación del sector, proponiendo medidas para que los gobiernos adopten en el marco de la crisis, a fin de proteger tanto a los trabajadores del sector, a las empresas y a los consumidores<sup>(9)</sup>.

En tanto, los usuarios de los servicios aéreos, terrestres y por agua se vieron de un día para el otro imposibilitados de hacer uso de aquellas prestaciones comprometidas por los prestadores directos de los distintos servicios, en virtud del cierre de fronteras y, por ende, la cancelación de los servicios que, en ocasiones, se habían comercializado a través de la intermediación de una agencia de viajes que tampoco podía, en la contingencia, dar la respuesta que pretendían los usuarios, en gran medida debido a la conexidad contractual existente en los contratos de turismo en tanto unos con otros cooperan contemporáneamente a la consecución de un resultado en común, por cuanto resultan negocios coligados<sup>(10)</sup>.

En este sentido, cualquier tipo de contrato que cumpla con la finalidad última —el viaje, es decir, el “resultado perseguido” en la letra del Cód. Civ. y Com.— integra esta pluralidad, ya que todos coadyuvan al logro de un resultado que no se puede alcanzar si no es por la interacción de cada uno de ellos en particular, por cuanto no se puede dudar en afirmar que, mientras esa finalidad común exista, los contratos que se celebren coligados, sean típicos o no, no requieren ni identidad de partes (que se celebren entre los mis-

mos sujetos), ni simultaneidad temporal, ni instrumentación única; lo que deja entender la dimensión cuantitativa que pueden abarcar, en especial cuando se trata de contratos de consumo<sup>(11)</sup>.

En ese marco, la interpretación de todos los contratos turísticos no solo contemplará la buena fe como principio general contenido en el ordenamiento civil y comercial de la Nación sino también sus propias normas, incluso imperativas, como las de consumo (arts. 1092 y ss., Cód. Civ. y Com.), de modo de interpretar los unos por medio de los otros, y atribuyéndole, así, el sentido apropiado al conjunto de la operación<sup>(12)</sup>, con lo que el principio del efecto relativo de los acuerdos establecido en el art. 1021 del Cód. Civ. y Com. se traslada al negocio económico en su totalidad<sup>(13)</sup>. Justamente por ello, las soluciones deberán provenir de todos los sectores en conjunto: prestadores, agentes de viajes y consumidores, para que ninguno vea disminuido ni vulnerado su interés debido a la grave coyuntura.

En un primer momento, aerolíneas y navieras cancelaron globalmente sus operaciones y no ofrecían, en general, respuestas uniformes a los consumidores, lo que hizo, en la contingencia, que la información disponible fuera ciertamente disímil de una compañía a otra, creando confusión entre los consumidores.

En tanto los pasajeros quisieran reprogramar sus viajes, algunos prestadores incluso imponían penalidades por el cambio de fecha de sus viajes, como si el cambio de fecha del viaje hubiera sido por voluntad del pasajero. Con el correr de los días, las compañías navieras comenzaron a otorgar certificados de servicio para ser utilizados en el futuro y las aerolíneas —particularmente golpeadas y, por efecto cascada, las agencias de viajes y los pasajeros— fueron flexibilizando sus políticas de reprogramación de viajes sin el cobro de penalidades por cambios de fecha, en virtud de resultarles mucho más oneroso el reembolso actual del valor del billete de pasaje que la reprogramación del servicio para el futuro. Simplemente cuestión de caja.

Ello, en virtud de que “son tiempos extraordinarios y los gobiernos están tomando medidas sin precedentes. La seguridad, incluida la salud pública, es siempre una prioridad. Las aerolíneas están cumpliendo con estos requisitos y los gobiernos también deben reconocer que las aerolíneas —que emplean a 2,7 millones de personas— están bajo presiones financieras y operativas extremas. Necesitan apoyo. En tiempos normales, el transporte aéreo es un catalizador para el crecimiento económico y el desarrollo. Suspender los viajes a una escala tan amplia creará consecuencias negativas en toda la economía. Los gobiernos deben reconocer esto y estar listos para apoyar”<sup>(14)</sup>.

En ese marco, la IATA pidió apoyo a los líderes del G-20<sup>(15)</sup> para mantener la conectividad aérea y evitar el colapso del sector aerocomercial, sin perjuicio de lo cual, en el entramado normativo propio del derecho del turismo, las normas de consumo no pueden ser dejadas de lado. Por tal motivo,

es indispensable que en la Argentina se dicten normas concretas en la emergencia para paliar y que no colapsen los organismos de consumo —por la cantidad— ni las agencias de viajes —en su calidad de intermediarias diligentes que pagaron los billetes de pasaje en tiempo oportuno— debido a la cantidad de reclamos que no podrán canalizar ni unos ni otras y los consumidores verán así malogrado tanto el viaje, como el reclamo, lo cual representa —visto de ese modo— la mayor frustración para todo el sistema del consumidor.

Si bien la imperatividad del derecho del consumidor no está en discusión, una visión razonable que contemple el principio de negociación incorporado en el actual Cód. Civ. y Com. será la mejor opción para que a ninguno de los actores del contrato de turismo les resulte un perjuicio, toda vez que no resulta ser lo mismo una acción de daños y perjuicios de naturaleza contractual o aquiliana basada en circunstancias ordinarias, las consecuencias de una acción por incumplimiento contractual en el contexto de la pandemia, en época de plena incertidumbre. De allí que la necesidad de obrar con suma prudencia y mayor diligencia posible hará que disminuya gradualmente el riesgo por el que atraviesa la sociedad, en todos los órdenes y en todas las modalidades de contratación, incluso en el caso de los contratos de consumo. La solidaridad y el compromiso social son valores que deben encontrarse en la voluntad de todos, independientemente de ser Estado o particular<sup>(16)</sup>.

## III. Renegociación de los contratos turísticos: pautas de interpretación de los contratos y principios generales del derecho argentino. Una visión superadora

A partir de la declaración de pandemia, ha sido inmensa la cantidad de cancelaciones y reprogramaciones de viajes en un momento de gran incertidumbre y con políticas nada, poco o algo flexibles impuestas por cada operador del mercado con el que tiene contacto el agente de viajes (v.gr., navieras, aerolíneas, rentadoras de automóviles, operadores mayoristas que a su vez contrataron con sus operadores en destino, hoteleros, etc.) que, sin perjuicio del efecto vinculante de los pactos convencionales en el marco de lo que razonablemente las partes previeron o pudieron prever de buena fe —con los alcances en que prudentemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor—, en los términos de la denominada previsibilidad contractual, nos encontramos frente a situaciones extraordinarias actuales, dinámicas y contingentes que ameritan una mirada que respete para todas las partes —v.gr., el prestador del servicio, el agente de viajes y el turista— el deber de colaboración recíproco en la emergencia.

Así, ante el hecho de la cancelación de servicios turísticos o prestaciones aéreas a causa del cierre de fronteras y frondosa normativa de crisis en virtud de la obligación de aislamiento obligatorio a causa de la COVID-19; es decir, la imposibilidad temporal mientras dure la pandemia de que se cumplan las prestaciones comprometidas en el contrato de viaje y, a fin de evitar la extinción de la obligación argumentando la fuerza mayor o

## { NOTAS }

(6) MAGLIO, Ignacio – WIERZBA, Sandra M., “El derecho ante una pandemia. Caso del ébola”, LA LEY del 17/03/2015.

(7) Res. 131, resol-2020-131-APN-MTYD, <https://www.boletinoicial.gov.ar/>.

(8) World Travel & Tourism Council (WTTC) es el organismo internacional creado en 1991 que agrupa a todos los actores del sector viajes y turismo (aerolíneas, hoteles, alquiler de vehículos, cruceros, agencias de viajes, sistemas de distribución global y empresas tecnológicas, nacido para fomentar la concientización económica que

los viajes y el turismo crean en los diferentes mercados y en el empleo, respetando el medio ambiente y que interactúa con los gobiernos y los organismos internacionales. Véase <https://sp.uttc.org/>.

(9) Ver <https://www.unwto.org/>. Las recomendaciones se dividieron en tres áreas clave: 1. Gestionar la crisis y mitigar el impacto; 2. Suministrar estímulos y acelerar la recuperación; 3. Prepararse para el mañana, con una agenda para el desarrollo sostenible y el fortalecimiento de la resiliencia, aprendiendo de las lecciones de la actual crisis.

(10) DÍEZ PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Ed. Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 441, nro. 15, cit. por ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 643. En el mismo sentido, SILVESTRE, Norma – ECHEVESTI, Carlos, “Responsabilidad civil de las agencias de viaje”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 15-22.

(11) ARMELLA, Cristina, en STIGLITZ (dir.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Contratos, 2015, R. 25/02/2015, p. 203, cita online: AR/DOC/404/2015.

(12) ALTERINI, Atilio A., “Contratos civiles, comerciales, de consumo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 421.

(13) *Ibid.*, p. 654.

(14) Declaraciones del director general y CEO de IATA, Alexandre de Juniac en la carta abierta a los agentes de ventas de pasajes de todo el mundo.

(15) Ver <https://chile.ladevi.info/>.

(16) GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, “La responsabilidad civil frente al ‘COVID-19’ (Coronavirus). DNU 297/2020”, *elDial.com*, DC29C5, 25/03/2020.

el caso fortuito —utilizados en el Código Civil y Comercial como expresiones sinónimas, cfr. art. 1730, Cód. Civ. y Com.—, en virtud de principio de conservación del contrato, será menester que las partes involucradas en el entramado de contratos turísticos cooperen, negocien y colaboren entre sí para que las prestaciones puedan cumplirse en el futuro sin pérdida para los involucrados.

Apuntando a ese fin superador, que beneficiará claramente a todas las partes del contrato de viaje, será preciso repasar las pautas interpretativas que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación en materia contractual y su armonización con el contrato de consumo, en consonancia con los principios generales del derecho.

En este contexto, de modo coherente, el Código Civil y Comercial de la Nación ha privilegiado a la relación de consumo y reguló en este cuerpo normativo algunos de sus aspectos más sobresalientes; a tal fin adoptó criterios rectores de interpretación e integración normativa y de interpretación del contrato de consumo, arts. 1094 y 1095. Así, la relación jurídica de consumo se constituye en la noción articuladora de la protección constitucional y legal (conf. arts. 42, CN, 1092, Cód. Civ. y Com., y 3º y 65, ley 24.240) de usuarios y consumidores, que no solo sirve para la delimitación objetiva y subjetiva del ámbito de aplicación del régimen, sino también para aportar el contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor. Hernández y Quaglia sostienen que la circunstancia de que el Código Civil y Comercial haya incluido en el sistema general de derecho privado aquellos conceptos y principios sobre los cuales se estructura la protección mínima al consumidor muestra la complejidad de un régimen tuitivo que, a la luz de los parámetros constitucionales, pivota entre las normas generales del sistema y las de la ley especial de consumo (17). En el mismo sentido, Fernández sostiene que son los principios que sirven para regir las situaciones generales, siempre y cuando no deban ceder ante excepciones concretas del caso analizado y, por supuesto, sin que violenten normas o cláusulas de orden público (18).

En este marco especial, y frente a la imposibilidad temporaria de cumplimiento por parte de los prestadores de hecho de los contratos turísticos, no pueden soslayarse los principios generales del derecho (19) a los fines de evaluar la búsqueda de la mejor solución posible a los casos conflictivos, tal como fuera resuelto en precedentes jurisprudenciales de la materia turística y aérea en particular (20). Ellos son:

a) el deber general de buena fe —como integrador de todo el ordenamiento jurídico argentino (21)— (arts. 9º, 961 y 1061, Cód. Civ. y Com.);

b) el principio de conservación de los actos jurídicos, contemplado en el art. 1066, Cód. Civ. y Com., como mandato de optimización orientado a posibilitar que el vínculo comercial alcance los fines previstos por las partes, más allá de la ineficacia de alguna de sus previsiones para que, en caso de existir diversos sentidos posibles, alguno de los cuales conduce a la determinación de la ineficacia de todo o parte del contrato, se opte por la valoración que resulte más adecuada al objeto del contrato en su conjunto (22), dando un significado útil que conduzca a la validez del negocio; la protección de la confianza recíproca y lealtad de las partes, como derivación del deber de buena fe, que influye en el desarrollo de los deberes de coherencia (art. 1067, Cód. Civ. y Com.), cooperación y deber de información, presentes en todas las etapas del contrato; la lealtad recíproca implica la moral de un actuar transparente, sin sobresaltos ni sorpresas (23), todo ello derivado de la teoría de los actos propios esbozada por Díez Picazo;

c) deber de información contenido en los arts. 4º, LDC, y 991 y 1100, Cód. Civ. y Com., que cumplirán los agentes de viajes, que se articula con la carga de informarse por parte de los usuarios, todo lo cual también deriva del principio de buena fe de todas las partes que componen en conjunto el contrato de viaje, así como el deber de advertencia.

Ese deber tiene varias funciones, entre ellas y como principio general, la función preventiva del daño, en los términos dispuestos por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. —muchas veces, a través de una específica aplicación del deber de información, entendido como deber de advertencia— y también con el fin de evitar la inferioridad comercial que puede generarse si no se suministraran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos, permitiendo así el pleno ejercicio de los derechos, por cuanto la mejor manera de reparar un daño es que el daño no se produzca (24). Esto es, la prevención del perjuicio como finalidad primordial, poniendo el acento en actuar con anterioridad a que el daño se produzca en tanto está implícita la obligación de adoptar las medidas razonables (casi una cuestión de sentido común) para evitar que se produzca un daño.

El cambio de condiciones macroeconómicas impuesto de hecho por los efectos de la paralización de toda la actividad, puntualmente la turística, pondrá a los contratantes en situación de conflicto, dificultando —y en

muchos casos hasta imposibilitando— de modo absoluto afrontar los compromisos contraídos, por cuanto variaron las circunstancias objetivas que se tuvieron en cuenta al contratar, lo que llevará a una alta conflictividad jurídica, en el supuesto de aferrarnos estrictamente a esta circunstancia (25).

Si en la contingencia se considerase una imposibilidad absoluta de cumplimiento, tal como contemplan los arts. 1730 y ss. del Cód. Civ. y Com., que refieren al caso fortuito o fuerza mayor, el deudor de la prestación turística quedaría eximido del cumplimiento sin responsabilidad, en tanto se reúnan los recaudos que exige la norma (26).

Pero, en tal hipótesis no se aplicaría la disposición del art. 10 bis de la LCD, introducida con la reforma de la LDC por la ley 24.787, por cuanto las opciones con las que cuenta el consumidor como acreedor de la prestación frente al incumplimiento del deudor de la prestación excluyen expresamente el caso fortuito o la fuerza mayor (27).

En efecto, tales opciones son:

“a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;

”b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;

”c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio

de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

”Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

En los dos primeros supuestos, claramente se conserva el contrato, pero necesariamente este deberá ser repautado; en el tercero, el consumidor podría optar —de no considerar unilateralmente el acaecimiento de fuerza mayor, lo que claramente no es lo conveniente a sus intereses en el actual contexto, a pesar que efectivamente, la pandemia revestiría esa condición— por el reembolso de lo pagado o el cumplimiento.

A la vez, de no considerar fuerza mayor, tendría la acción por daños y perjuicios, que —si bien es letra en la ley— en el contexto actual resultaría irrazonable que los jueces acordaran indemnizaciones por incumplimiento de los operadores turísticos, teniendo en consideración la situación sobreviniente a causa de la pandemia, puesto que la situación excede claramente a todas

las partes y no resultaría equitativo ni acorde a derecho que pesara sobre los agentes de viaje intermediarios una indemnización por la falta de reembolso del valor de billetes de pasajes que, a su vez, las compañías de aviación no reembolsan ni están en condiciones de reembolsar en lo inmediato, muy a pesar de la opinión de cierta doctrina (28).

En todo este contexto, pasajeros que no querrán ya viajar o que pensarán en hacerlo en un futuro incierto llevarán a que estos reclamen el reembolso inmediato de los servicios no utilizados, y los prestadores se verán imposibilitados de efectuar tales devoluciones, producto de la nula facturación actual, en un momento en que los costos fijos de las empresas se mantienen (29). Las agencias de viajes habilitadas —intermediarias diligentes en la cadena de comercialización— no podrán dar respuesta a los consumidores pues, a su vez, no la reciben de sus proveedores de servicios.

Frente a ello, será preciso que, en el marco de un razonable ejercicio de los derechos y responsabilidades de todas las partes, sin renunciadas de parte de los consumidores busquen la mejor solución posible (aunque no la óptima) en el marco de la colaboración recíproca —atendiendo a la coyuntura— y las partes se den la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en un ejercicio abusivo de los derechos (30), conforme reza el art. 1011 del Cód. Civ. y Com. Si bien el Código Civil y Comercial contiene esta norma en el capítulo sobre el objeto de los contratos paritarios, no es sino un principio general introducido con la reforma de la ley 26.994 que necesariamente debe ser atendido.

En tanto unos brindan el servicio de transporte u otro, otros intermedian en el contrato de transporte y/o viaje y otros deciden viajar, se debe renegociar el contrato de viaje en el marco de la buena fe, ya no como exigencia del consumidor en los términos del art. 10 bis LDC, sino consensuadamente, para que adecuada y diligentemente se prevea la factibilidad de reembolsos de manera ecuánime en tiempo razonable para aquellos usuarios que ya no quieran viajar y, a su vez, se pueda renegociar el contrato de viaje para que se den opciones al pasajero para que tome el servicio o uno equivalente y que, el incumplimiento temporario de los prestadores directos no recaiga de manera directa ni indirecta sobre el patrimonio de las agencias de viajes que, en esta contingencia, no tienen responsabilidad alguna y deben resultar indemnes, puntualmente respecto de los servicios de transporte aéreo en los términos de la res. 824 (31), por la venta de los billetes de pasaje, por el

## { NOTAS }

(17) HERNÁNDEZ, Carlos A. – QUAGLIA, Marcelo C., “Consideraciones sobre las recientes reformas a la LDC (una mirada desde el subsistema de protección del consumidor)”, <https://www.pensamientocivil.com.ar/>.

(18) FERNÁNDEZ, Gustavo N., “Coronavirus, fuerza mayor y cancelaciones”, <https://www.linkedin.com/pulse/coronavirus-fuerza-mayor-y-cancelaciones-por-gustavo-fernandez>.

(19) Como principios fundamentales (o expresos), objetivos y valores enunciados expresamente por la Carta Constitucional o por el ordenamiento civil, con el objetivo de encauzar la interpretación, la aplicación y el desarrollo del derecho positivo. Con verdades jurídicas notorias, indubitables, de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho y de aplicación a aquellos casos no reglados exactamente por una norma expresa, pero aplicables al supuesto. En el derecho actual tiene gran importancia la utilización de los principios generales del derecho, puesto que permiten refrescar las viejas normas con nuevos significados que reflejen las también nuevas necesidades sociales (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Acerca de los principios rectores de nuestro derecho civil [Un tema huérfano de aportes conceptuales en nuestra doctrina]”, *elDial.com*).

(20) C7ª Civ. y Com. Córdoba, 22/04/2019, “Di Tella, Belén María y otro c. LATAM Airlines Group SA”, expte.

623615, AR/JUR/7319/2019; CS, “Pagano, Roberto E. c. Austral Líneas Aéreas SA y/o Cielos del Sur SA y/o Aerolíneas Argentinas SA s/sumario”, AR/JUR/47120/2018, con comentario de Griselda CAPALDO, *elDial.com*.

(21) LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit.

(22) HERRERA, M. – CAMELO, G. – PICASSO, S. (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015, t. III.

(23) ALTERINI, Jorge H., ob. cit., ps. 628 y ss.

(24) SOBRINO, Waldo A., “El ‘deber de prevención’ (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.) y su aplicación a los seguros”, *www.saij.gob.ar*, Id SAIJ: DACF170272.

(25) WEINGARTEN, Celia, “Una nueva herramienta de solución extrajudicial de conflictos en las relaciones contractuales frente al COVID-19: El principio de negociación”, *elDial.com*, 25/03/2020.

(26) Que el hecho haya sido imprevisto e inevitable, que sea actual y no meramente una simple amenaza, que sea ajeno a la conducta del deudor —la COVID-19, lo es—.

(27) Como opinan Picasso y Wajtraub, la aclaración del texto legal es de fundamental importancia, “salvo caso fortuito o fuerza mayor”, por cuanto implica, muy claramente, la atribución del carácter de “obligación de resultado” a todas las que asuma el proveedor de bienes

o servicios frente al consumidor (PICASSO, Sebastián – WAJNTRAUB, Javier H., “En Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, LA LEY Online: 0003/000388).

(28) CRUZ MATTERI, Juan Ignacio – BRANDONE, María Mercedes, “Lo que nos va a dejar el COVID-19: demandas por incumplimiento de contratos de servicios de turismo”, LA LEY del 15/04/2020, Cita Online: AR/DOC/1079/2020.

(29) A la fecha de elaboración de este trabajo se anunciaron ciertas medidas que contribuyen con las empresas en general en paliar la situación de crisis extrema con determinadas medidas de alivio en materia salarial y de las obligaciones de la seguridad social (cfr. dec. 332/2020, BO 01/04/2020) y se anunció la inminente implementación de medidas específicas para el sector de turismo, la hotelería y gastronomía.

(30) WEINGARTEN, Celia, ob. cit.

(31) La res. 824 “Contrato de agencia de venta de pasajes”, Secc. 15 - Indemnidades y Renuncia, dispone: “15.1 El Transportista se compromete a indemnizar y librar al Agente, sus directivos y empleados de responsabilidad por cualquier pérdida, lesión o daño, directo, indirecto o emergente, que se origine durante el transporte u otros servicios auxiliares prestados por el Transportista de conformidad con una venta realizada por

el Agente a tenor del presente o que dimane de que el Transportista deje de proporcionar el citado transporte o prestar los referidos servicios, excepto en la medida en que el Agente, sus directivos, empleados o cualquier otra persona que obre en representación del Agente, causen o contribuyan a tal pérdida, lesión o daño”. Las denominadas “cláusulas de indemnidad” son de frecuente inclusión en los acuerdos comerciales por cuanto resultan convenientes al permitir, a una o a ambas partes según el caso, lograr un racional acotamiento de los riesgos asumidos, lo que a su vez tiene a facilitar la conclusión de los contratos o transacciones. Se ha definido indemnidad como la seguridad que da una parte a otra de que no sufrirá daño o perjuicio por la observancia de determinada conducta pasado o futuro. Por nuestra parte podemos afirmar que las cláusulas de indemnidad son convenciones (arts. 959, 1021, 1061 y 2651 Cód. Civ. y Com.), que se incluyen en el marco de relaciones contractuales mayores, por las cuales una de las partes, el “otorgante”, asume ante la otra parte, el “beneficiario”, el deber de “mantenerlo indemne” frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el contrato (conf. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales”, <http://www.favierduboisspagnolo.com>).



incumplimiento temporario del contrato de transporte y, como consecuencia de ello, la falta de reembolso en tiempo oportuno.

Por ello, pensado ya en otras latitudes (32), y a fin de que los contratos de viaje subsistan sin pérdida para el consumidor, se han dictado normas de crisis que permiten las reprogramaciones de viajes sin costos asociados a cambios de fecha o tarifas para los consumidores turísticos, a punto tal que se modifican las obligaciones de los agentes de viajes para permitirles ofrecer a sus clientes, por un período estrictamente determinado y limitado en el tiempo, un reembolso en forma de una “propuesta de servicio idéntica o equivalente”, o a través de “un crédito válido durante un período de 12 meses —en el caso de Italia, mediante la sanción del dec.-ley 18, de 17/03/2020; España mediante un real decreto—, o 18 meses —en el caso de Francia, como de modificación del Código de Turismo francés—, todo ello con el fin de apoyar a las empresas del sector en este período de grave crisis con respeto absoluto por el derecho de los consumidores.

De igual manera, Grecia ha dispuesto para los servicios prepagos y para depósi-

tos realizados para reservas que se cancelaron o se cancelaran entre el 25/02/2020 y hasta el 30/09/2020, que los agentes de viajes, hoteles y operadores turísticos ofrecerán una nota de crédito que se podrá cancelar hasta 18 meses después de la fecha de emisión que figure en el él y, en caso de que no se utilizase, se reembolsará su importe al cliente.

Por su lado, el presidente de la República Federativa de Brasil dictó el 08/04 próximo pasado una medida provisional, que lleva el número 948, que prevé la cancelación de servicios, reservas y eventos en los sectores de turismo y cultura debido al estado de calamidad pública reconocido por el dec. leg. 6, del 20/03/2020, por causa de salud pública en virtud de la circulación internacional de la enfermedad COVID-19. La norma de emergencia dispone que el proveedor de servicios o la empresa prestadora no estará obligado a reembolsar las cantidades pagadas por el consumidor, siempre que aseguren al consumidor: i) la reprogramación de los servicios, las reservas y de los eventos cancelados; iii) la provisión de crédito por uso o descuento en la compra de otros servicios, reservas y eventos, disponibles en las

respectivas compañías; o iii) otro acuerdo que se formalizará con el consumidor. La reprogramación se llevará a cabo sin costo adicional, tarifa o multa para el consumidor, siempre que la solicitud se realice dentro de los noventa días, contados a partir de la fecha de entrada en vigor de la medida provisional, y el crédito podrá ser utilizado por el consumidor dentro de los doce meses, contados a partir de la fecha de cierre del estado de calamidad pública reconocido por el dec. leg. 6/2020. Sin duda, una solución inteligente que protege tanto a consumidores, por cuanto reprogramarán sus viajes, servicios turísticos o espectáculos sin costo alguno, como a los prestadores directos y las agencias de viaje, que —luego de meses de facturación cero— no podrían sin duda reembolsar el valor de los viajes que se frustraran a causa de la pandemia.

Como se observa, las medidas extraordinarias adoptadas por otros Estados en la contingencia promueven la conservación de los contratos y el menor impacto en los consumidores y las empresas. Se trata de normas que, en la coyuntura, coadyuvan con los intereses de los consumidores que —en caso de no poder hacer sus viajes en el futuro— ve-

rán restituidos los importes por aquello que no han podido utilizar para que, de ese modo, no se vean frustrados sus intereses, y los prestadores podrán retornar a sus labores de modo tal de cumplir con las prestaciones que, en virtud de la pandemia, quedaron solo temporalmente incumplidas.

En síntesis, situaciones extraordinarias requiere de medidas extraordinarias, de ahí la utilidad de este tipo de medidas que permitan mantener vivos los contratos. Las epidemias son una trágica, pero muy útil, oportunidad para reconocer los valores y las creencias vigentes en una comunidad, donde en todos los casos siempre han convivido el egoísmo y la solidaridad, la cobardía y el heroísmo, la humildad y la codicia, el abandono y el compromiso, e interpelan al Derecho —pensado como recurso para evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos— a cumplir con su función de proveer ciertos medios para hacer posible la cooperación social, en circunstancias que, por el mayor riesgo que entrañan y por su carácter extraordinario, exigen tal cooperación (33).

Cita online: AR/DOC/1155/2020

## { NOTAS }

(32) La Comisión Europea dictó directrices para los países de la Unión el día 18/03/2020, en el marco del regl.

262/2004 por el que estableció que las aerolíneas no deben responder por las compensaciones establecidas en

el art. 7º de dicho Reglamento, por cuanto las medidas adoptadas en virtud de la pandemia de la COVID-19

constituyen “circunstancias extraordinarias”.

(33) MAGLIO, Ignacio – WIERZBA, Sandra, ob. cit.

# Coronavirus y tutela preventiva en los contratos

## ARTÍCULO 1032 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Leonardo F. Fernández(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Ámbito de aplicación y condiciones de fondo para la procedencia de la “tutela preventiva”.— III. Presupuestos y condiciones de forma para la procedencia de la “tutela preventiva”.— IV. Efectos de la “tutela preventiva”. Cesación de esos efectos.— V. Breve recapitulación.

### I. Introducción

A medida que las autoridades de nuestro país, en línea con la mayoría de las demás naciones, introducen más medidas protectorias y restricciones con la finalidad de intentar copar el brote de COVID-19 (me refiero a ellas, en conjunto, como las “regulaciones”), los comerciantes y empresarios van percibiendo que ellos mismos y sus contrapartes en contratos paritarios —hago abstracción aquí de la categoría de los contratos de consumo— enfrentan crecientes obstáculos para cumplir con sus obligaciones bajo dichos acuerdos en los términos inicialmente concebidos.

*Caso I:* asumamos por caso que un proveedor ha contratado —antes de la vigencia de las regulaciones— con un cliente el suministro de ciertos bienes (p. ej., partes electrónicas) a ser provistos en un número

fijo de entregas a lo largo de un plazo determinado de tiempo, pagándose cada entrega, por ejemplo, a los sesenta días de la fecha de cada factura. Antes de comenzar la producción o fabricación de bienes a suministrar, el proveedor se da cuenta de que, a resultas de la situación generada por las regulaciones, el comprador experimenta problemas de caja y que su calificación crediticia ha caído o le da a entender que no podrá pagar las entregas regularmente.

¿Cuáles serían las opciones disponibles para el proveedor que teme sufrir daños a resultas de la situación planteada bajo el derecho vigente?

*Caso II:* veamos también un ejemplo inverso: un cliente ha contratado antes de la vigencia de las regulaciones la provisión de bienes similares a los del caso I en un número de entregas fijo y también por un

plazo determinado, pero aquí el cliente ha acordado adelantar en treinta días parte del precio de compra de los bienes a ser luego entregados por el proveedor. Antes de realizar el adelanto, el cliente percibe que, a resultas de las regulaciones, el proveedor no cuenta con el suministro de los insumos que necesitaría para fabricar o producir los bienes objeto de la provisión, o que experimenta problemas de caja y que su calificación de crédito se ha deteriorado o le anticipa de alguna forma que no podrá cumplir oportunamente. ¿Cuáles serían las opciones disponibles para el cliente en este caso?

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial (el “Cód. Civ. y Com.”) [y salvo por lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) (la “CISG”)] (1) para el ámbito de su competencia y algunas disposiciones especiales del

Código Civil (2)], el proveedor o el cliente, según el caso, no disponía de una solución amplia y enfrentaba un dilema: ante la pura pasividad de su respectiva contraparte, en principio, debía cumplir con sus obligaciones. De otro modo, si suspendiera el cumplimiento de sus obligaciones hasta ver cómo se desenvuelve la situación de su cliente en el marco de una crisis cuyas dimensiones y duración no es fácil predecir sobre bases objetivas, se expondría a quedar en situación de incumplimiento del contrato de provisión, con todas las consecuencias que ello le acarrearía [exposición a deber reparar daños y perjuicios moratorios o compensatorios, resolución del contrato por causas que le serán imputables, imposibilidad de que la contraparte incurra en mora (3)]. En otras palabras, el proveedor o cliente, según el caso (el acreedor), quedaba asumiendo el riesgo de su propia inseguridad acerca de la suerte de su cliente (el deudor).

## { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
(\*) Abogado. Profesor adjunto regular por concurso de la materia Contratos Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Programa de Actualización en Derecho Societario la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Maes-

tría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(1) Utilizo la sigla habitualmente empleada por la práctica y que resulta de la denominación de la Convención en inglés: *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG). La

CISG ha sido sancionada en la Argentina mediante la ley 22.765 de 1983.

(2) Vid. arts. 1419, 2001 y 2002 del Cód. Civil.

(3) Esto lo disponía claramente el art. 510 del Cód. Civil derogado. De acuerdo con esta norma, sólo el primero de los contratantes que incumplió incurría en incumplimiento; el incumplimiento material del otro

no lo hacía incurrir en mora. Creo que la supresión de esta regla ha sido desafortunada, aunque coincido con Sánchez Herrero en que podría entenderse presunta en el art. 1031 del Cód. Civ. y Com. Vid. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., ps. 84-85.

La venerable figura de la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) consagrada por el Código Civil derogado en su art. 1201 (y su concordante art. 510) sólo protegía a los contratantes en los contratos bilaterales de cumplimiento simultáneo (*Zug um Zug*). Era improcedente cuando se pretendía oponer contra quien todavía no estaba obligado a cumplir, por ejemplo, porque su obligación gozaba de un plazo no vencido (4). Digamos, de paso, que no es otra la solución bajo el art. 1031 del Cód. Civ. y Com., bajo la actual denominación de “suspensión de cumplimiento”.

Esta improcedencia es justamente la respuesta que cabe dar frente a los ejemplos propuestos, debido a la falta de simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones: en el caso I, el cliente no está obligado a pagar el precio de las mercaderías hasta tanto el proveedor haya cumplido con la entrega, facturado la provisión de los bienes y transcurridos sesenta días de esto último; y en el caso II, el proveedor no está obligado a entregar las mercaderías sino treinta días después de que el cliente haya pagado el adelanto correspondiente. Por lo tanto, en el caso I el cliente no dispone de la “suspensión de cumplimiento” (antigua excepción de incumplimiento) bajo el art. 1031 del Cód. Civ. y Com. para retener su entrega, mientras que en el caso II el proveedor tampoco dispone de esa suspensión para retener el pago del adelanto.

Sin embargo, siguiendo algunos conocidos antecedentes existentes en el derecho comparado y la CISG vigente entre nosotros para el ámbito de su aplicación, el Cód. Civ. y Com. incorporó, a través de su art. 1032, la denominada “tutela preventiva” en los siguientes términos: “[u]na 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”.

Como puede apreciarse, a diferencia de la “suspensión de cumplimiento” del

art. 1031 del Cód. Civ. y Com., la “tutela preventiva” no circunscribe su amparo a los casos de contratos bilaterales en los cuales estuviera previsto el cumplimiento simultáneo o contextual de ambas prestaciones, sino a los acuerdos en los cuales una parte tuviera la obligación de cumplir con su prestación *antes* que su contratante (cumplimiento sucesivo), quedando luego de ello expuesta al peligro del crédito (por hipótesis, seriamente empeorado) de su contraparte (5).

En el derecho comparado se conocen dos esquemas básicos destinados a amparar el interés de la parte que, en contratos sinalagmáticos de ejecución sucesiva, debe cumplir en primer lugar, quedando luego expuesta al riesgo del deteriorado crédito de su contraparte (6):

(i) el esquema adoptado por el derecho uniforme estadounidense en materia de compraventa de muebles, conforme resulta de la sección 2-609[1] del *Uniform Commercial Code*: esta norma consagra a favor de quien se encuentra afectado una pretensión para obtener una seguridad adecuada acerca del futuro pleno y puntual cumplimiento de su contraparte. Hasta que esa seguridad se reciba, la parte que la pretende puede razonablemente suspender el cumplimiento de las prestaciones a su cargo por las que no hubiera recibido aún la contraprestación acordada. Transcurridos treinta días de que la seguridad hubiera sido regularmente requerida y no prestada por la contraparte, el contrato se tiene por repudiado por esta última (7); (ii) el esquema acogido por la CISG aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías, conforme resulta de su art. 71: esta norma no reconoce una pretensión de aseguramiento del cumplimiento, sino una facultad de diferimiento en el cumplimiento de sus prestaciones cuando se reúnan las condiciones de aplicación del precepto. Será la contraparte quien, si tiene el propósito de levantar la suspensión, podrá dar “seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones” (8).

Como puede apreciarse a partir de su lectura, el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. se ajusta al modelo de la CISG, disponiendo

una potestad para diferir (“suspender”) el propio cumplimiento, sin consagrar expresamente una pretensión dirigida a obtener de la contraparte un “aseguramiento” del cumplimiento de las prestaciones a su cargo (9).

En cuanto a sus efectos, la tutela preventiva encuadra dentro de los denominados remedios suspensivos y no resolutorios (o, mejor dicho, extintivos) (10). Es decir: reunidos los presupuestos para su procedencia, los efectos de la tutela preventiva se reducen a suspender, temporalmente, la ejecución del contrato hasta tanto se supere, por distintos caminos y en algunos de los sentidos posibles (11), la situación de peligro que afecta a la parte tutelada, sin que se tenga a esta última como incumplidora. Por lo tanto, se trata, al igual que la “suspensión temporaria” del art. 1031 del Cód. Civ. y Com. (antes “excepción de incumplimiento”), de una herramienta con efectos menos profundos e irreversibles que las figuras extintivas (rescisorias, revocatorias o resolutorias) (12), pues no afecta directamente a la validez o vigencia del vínculo mismo sino a su eficacia temporal; ello sin perjuicio de que a esa afectación dilatoria podría finalmente sucederle la extinción —al amparo de otros institutos legales— si el *impasse* creado por la aplicación de la tutela preventiva no encontrara una solución satisfactoria durante su vigencia.

Finalmente, destaco que, pese a que el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. no lo consigna así expresamente, su disciplina encuentra, en principio, aplicación supletoria y no imperativa a los contratos paritarios materia de análisis en esta nota. Ello así merced a lo establecido en el art. 962 del Cód. Civ. y Com., conforme al cual “[l]as normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible”. Como veremos luego, la “tutela preventiva” es uno de los institutos que procuran salvaguardar el equilibrio entre las obligaciones recíprocas (interdependientes) que las partes han acordado al momento de celebrar el contrato (sinalagma genético) durante el desarrollo de la etapa posterior a esa celebración y mientras dure la vigencia del pre-

cepto contractual (sinalagma funcional) (13). En ese contexto, los intereses que ampara el instituto que nos ocupa son los particulares de las partes interesadas y, por lo tanto, esas partes, en principio, tienen el poder de disponer en contrario y diversamente de lo previsto supletoriamente en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., modificando o aun excluyendo su aplicación al contrato respectivo (14). Sin embargo, vale tener presente que existen en el derecho comparado algunas limitaciones a la renuncia a la aplicación de esta defensa dilatoria que podrían encontrar aplicación en nuestro derecho (15).

Dicho esto, repasemos sintéticamente los presupuestos y condiciones de fondo que habilitan la procedencia de la tutela preventiva bajo el Cód. Civ. y Com. (apart. II) para luego dar cuenta de las condiciones formales o procedimentales para el ejercicio del remedio preventivo que aquí me ocupa (apart. III). Con el beneficio de estos antecedentes abordados, añadiremos algo más respecto a los efectos de la tutela preventiva invocada legítimamente, así como la forma en que esos efectos pueden ser levantados (apart. IV). Finalmente, ensayaré una breve recapitulación (apart. V).

Antes de abordar estas cuestiones, deo señalado que, dada la relativa novedad de la figura en nuestro derecho, me valdré de la experiencia comparada de los sistemas jurídicos que reconocen desde hace algún tiempo este remedio.

## II. Ámbito de aplicación y condiciones de fondo para la procedencia de la “tutela preventiva”

Existe amplio consenso acerca de que la “tutela preventiva” encuentra su ámbito de aplicación en los contratos denominados “sinalagmáticos” o de intercambio (bilaterales y, por lo tanto, onerosos): es decir, aquellos contratos de los cuales resultan obligaciones recíprocas para las partes, entendiendo por dicha reciprocidad (sinalagma) a la relación de interdependencia que media cuando la obligación a cargo de una parte encuentra su razón de ser en la que le es correspectiva a cargo de la otra, y viceversa (16). Así, la tutela preventiva podrá

## { NOTAS }

(4) Confr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos. Parte general”, Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2006, 3ª ed., vol. I, p. 604; GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge, “Contratos civiles y comerciales. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 3ª ed. actual. por Lidia Garrido Cordobera, vol. I, p. 370; ALTERINI, Atilio A., “Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1ª ed., 2ª reimp., ps. 538 y ss.; y SALAS, Acdeel E., “De la *exceptio non adimpleti contractus*”, en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, ed. homenaje, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 231 y ss. (el trabajo se publicó originalmente en JA 62-674 y ss.); MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, Ediar, Buenos Aires, 1988, ps. 367 y ss.; MASNATTA, Héctor, “Excepción de incumplimiento contractual”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1967, *passim*, especialmente, ps. 28 y ss. Sobre la cuestión de la denominada “excepción de caducidad” disponible bajo el Código Civil derogado al amparo de sus arts. 572 y 753 (en concordancia con los arts. 1419 y 2002) y art. 128 de la ley 24.522 para el caso de quiebra del deudor, *vid.* LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos...”, *ob. cit.*, vol. I, ps. 604 y ss.; y HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético de derecho concursal”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, 1ª ed., vol. 4, ps. 704 y ss., especialmente ps. 717 y ss. Respecto a los efectos de apertura del concurso preventivo sobre la vigencia (o caducidad) de los plazos, la disputa existente bajo la vigencia del Código Civil ha quedado zanjada por lo dispuesto por el art. 353 del Cód. Civ. y Com., al establecer que “[e]l obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su

quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”. Sin embargo, los ecos de aquella tradicional disputa previa a la sanción del Cód. Civ. y Com. no se han acallado y existen proyectos tendientes a modificar el art. 353 del Cód. Civ. y Com. para disponer que la apertura del concurso sí provoca la caducidad de los plazos. Respecto a la polémica previa al Cód. Civ. y Com. a que aludo arriba, por un lado (propugnando la caducidad de los plazos por efecto de la apertura del concurso), *vid.* TONON, Antonio, “Derecho concursal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, 1ª ed., vol. I, ps. 134 y ss.; VILLANUEVA, Julia, “Concurso preventivo”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2003, 1ª ed., p. 300; HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético...”, *ob. cit.*, vol. I, ps. 475 y ss.; GRAZIBLE, Darío J., “¿Se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo en el concurso preventivo?”, DJ 2001-2, ps. 1163 y ss.; y, por otro (sosteniendo la postura contraria), *vid.* LORENTE, Javier A., “Ley de Concursos y Quiebras”, Ed. Gowa, Buenos Aires, 2000, 1ª ed., vol. I, p. 257; GRANADOS, Ernesto I. J., “La exigibilidad de los privilegios en el derecho concursal”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2003, 1ª ed., ps. 101 y ss.; ROITMAN, Horacio, “Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2005, ps. 112 y ss. Sobre la opinión de Osvaldo J. Maffia, quien, entiendo, ha oscilado en su postura

respecto de esta cuestión, *vid.* “Efectos de concordato”, RDCO, vol. 1986, ps. 724 y ss.; “¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?”, LA LEY, 1986-E, 895 y ss.; “Ley de Concursos comentada”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, 1ª ed., vol. I, p. 56, punto g), y ps. 428-9. CS, Fallos 319:2318.

(5) *Vid.* BLOMEYER, Arwed, *Studien zur Bedingungslehre*, Teil I: “Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte”, De Gruyter, 1938 [2013], ps. 108 y ss.

(6) En el derecho alemán, se contemplan ambas alternativas a través de las dos partes en que se divide el § 321 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

(7) *Vid.* CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, West Publishing, Saint Paul, Minn., 1977, 2ª ed., p. 438, nota 57; FARNSWORTH, E. Allan, “Contracts”, Aspen, New York, 2004, 4ª ed., p. 594.

(8) *Vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, 1ª ed., ps. 560 y ss.; GARRO, Alejandro M. - ZUPPI, Alberto L., “Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., ps. 318 y ss.

(9) Comp. con el sistema de los arts. 2001, 2002 del Cód. Civil, de donde sí resultaba un derecho para el acreedor a exigir el cambio de fiador o la constitución de una fianza. Por su parte, el régimen del art. 1419 del Cód. Civil sí consagraba la pura suspensión en términos estructuralmente similares al art. 1032 del Cód. Civ. y Com.

(10) Confr. GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “In-

cidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 176.

(11) Esto es cumplimiento, renegociación/modificación o extinción.

(12) *Vid.* arts. 1076 y ss. del Cód. Civ. y Com.

(13) *Vid.* APARICIO, Juan M., “Contratos. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., vol. I, p. 97; MENEZES CORDEIRO, Antonio, “Tratado de direito civil. Direito das obrigações”, Almedina, Coimbra, 2016, 1ª ed., 2ª reimp., vol. VII, p. 198; LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones” (trad. de J. Santos Briz), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, vol. I, ps. 266 y ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho patrimonial. Relaciones obligatorias”, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 706; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, *ob. cit.*; MASNATTA, Héctor, “Excepción de incumplimiento contractual”, *ob. cit.*

(14) En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, esa modificación o exclusión podría encuadrar como “cláusula abusiva” en los términos de los arts. 988 y ceds. del Cód. Civ. y Com. y, por lo tanto, tenérsela por “no escrita”.

(15) *Vid.* ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, Giuffrè, Milano, 2011, 2ª ed., ps. 926-927, respecto a lo dispuesto en el art. 1462 del *Codice Civile*; LOTMAR, Philipp, “Der Arbeitsvertrag”, Duncker & Humblot, Leipzig, 1902, 1ª ed., ps. 381 y ss.

(16) Confr. APARICIO, Juan M., “Contratos. Parte general”, *ob. cit.*; LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones”, *ob. cit.*; MENEZES CORDEIRO, Antonio, “Tratado de direito civil...”, *ob. cit.*



aplicar tanto a los contratos sinalagmáticos nominados (tal el caso de la compraventa, permuta, suministro, locación, *leasing*, obra y servicios, transporte, consignación, factoraje, cuenta corriente, agencia, franquicia, concesión, distribución, entre otros) como también a los innominados en la medida en que sean sinalagmáticos (17).

El apuntado lazo de interdependencia entre las obligaciones de un contrato no sólo se manifiesta cuando el contrato se celebra (sinalagma genético), sino que se proyecta, a partir de entonces, durante toda la vida de la relación contractual, es decir, durante el período de cumplimiento (sinalagma funcional). El reconocimiento del sinalagma funcional ha dado lugar a distintos institutos que encuentran aplicación ante la aparición de ciertas vicisitudes que pueden surgir durante la etapa de cumplimiento, institutos que tienden a hacer efectiva aquella interdependencia propia del intercambio inicialmente proyectado en el acuerdo hasta su completa terminación.

Así, mientras que la protección del sinalagma genético por efecto de la desaparición de alguna(s) de sus obligaciones, por ejemplo, por su invalidez, se alcanza extendiendo la nulidad al negocio en su totalidad (salvo los casos en los que fuera posible la nulidad parcial), la protección del sinalagma funcional se logra por medio de distintas figuras, las que, como la “suspensión de cumplimiento” (art. 1031 del Cód. Civ. y Com.) (18), la “resolución por incumplimiento” (arts. 1083, 1084 y ccds. del Cód. Civ. y Com.), la “frustración de la finalidad” (arts. 1090 y ccds. del Cód. Civ. y Com.) o la “imprevisión” (arts. 1091 y ccds. del Cód. Civ. y Com.), parten de la base de la validez del contrato e inciden sobre sus efectos.

Estas referencias introductorias no son aquí puramente teóricas, pues, como traté luego para evitar duplicaciones innecesarias, se ha planteado en el derecho comparado la cuestión de si el instituto que nos ocupa protege a ambas vertientes del sinalagma o sólo al sinalagma funcional, lo cual supone en este segundo caso que la existencia de los presupuestos que dan lugar a su aplicación deben ser necesariamente *sobrevinientes* a la conclusión del contrato, no bastando, por consiguiente, por ejemplo, que la parte afectada invoque el posterior conocimiento de una situación de deterioro económico o falta probada de seriedad de la contraparte que, en la realidad, preexistía a la celebración del contrato y recién se manifestó más tarde. Estos casos deberían solucionarse a partir de la teoría del error (19).

Esbozado el ámbito de aplicación de la tutela preventiva, avanzo señalando que sus condiciones de procedencia, a partir de lo previsto en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., son las siguientes:

(i) que los derechos de quien recurre a la tutela “sufriesen una grave amenaza de daño”; y

(ii) que esa amenaza de daño fuera producto de que su contraparte “ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia”.

Configurados estos extremos, la parte amenazada tiene derecho a suspender la ejecución de sus obligaciones, ello así hasta que la otra parte cumpla o dé “seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Veremos seguidamente las dos condiciones de fondo de procedencia de la tutela preventiva [puntos II.1 y II.2].

*II.1. “Grave amenaza de daño” en los derechos de quien recurre a la tutela*

Respecto al primer requisito de procedencia de la tutela preventiva (“grave amenaza de daño” en los derechos), el Cód. Civ. y Com. se aparta del criterio dominante en esta materia tanto en el derecho comparado como en los proyectos de reforma que precedieron al Cód. Civ. y Com. En términos generales, podemos decir que esos antecedentes establecen que la condición para que la tutela preventiva proceda viene dada por la evidencia de que la contraparte *no cumplirá* una porción significativa de las obligaciones a su cargo (presupuesto conceptualmente diverso de la “grave amenaza de daño” en los derechos del art. 1032 del Cód. Civ. y Com.).

Así, por ejemplo, el art. 71 [1] de la CISG dispone que “[c]ualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que *la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones...*” (énfasis añadido).

El § 321[1] del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán dispone que “[q]uien por un contrato bilateral está obligado a cumplir anticipadamente puede denegar la prestación a su cargo si con posterioridad a la celebración del contrato es manifiesto que su pretensión a la contraprestación está perjudicada por la falta de capacidad de cumplir de la otra parte. El derecho a denegar la prestación cesa si se ejecuta la contraprestación o se presta garantía [‘seguridad’] por ella”.

El art. 477 del Cód. Civil brasileño establece que “[s]i después de celebrado el contrato sobreviniera a una de las partes contratantes una disminución de su patrimonio tal que pueda *comprometer o hacer dudosa la prestación a la cual se obligó*, la otra puede rehusar la prestación que le incumbe hasta que aquélla cumpla o preste una seguridad suficiente de que cumplirá” (énfasis añadido).

Respecto a los sistemas que se enrolan en los esquemas conforme a los cuales se permite al afectado exigir una garantía de cumplimiento y mientras tanto suspender, el presupuesto que aquí nos ocupa no varía

significativamente: concierne regularmente al riesgo de incumplimiento.

Así, el art. 7.3.4 de los Principios Unidroit dispone que “[u]na parte que crea razonablemente que *habrá un incumplimiento esencial*, podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, podrá suspender su propia prestación” (énfasis añadido). Una redacción sustancialmente similar adopta el art. 8º:105 [1] de los *Principles of European Contract Law* (20).

El § 2-609[1] del *Uniform Commercial Code* dispone, en materia de compraventa, que “[e]l contrato de compraventa impone a cargo de cada parte la obligación de no deteriorar la expectativa de su contraparte a recibir la correspondiente ejecución del contrato. Cuando surjan motivos razonables de inseguridad *respecto al cumplimiento* de la cualquiera de las partes, la otra podrá, mediante comunicación escrita, requerir seguridades adecuadas acerca del cumplimiento debido y hasta que reciba esas seguridades podrá, si fuera comercialmente razonable, suspender cualquier cumplimiento por el cual no hubiera recibido ya la contraprestación acordada” (énfasis añadido).

Completo la reseña de antecedentes con lo que preveía al respecto el art. 992 (b) del Proyecto de 1998: “[u]na parte puede suspender su propio cumplimiento, debiendo comunicarlo de inmediato a la otra parte: [...] (b) Si es previsible que la otra parte *no cumpla*, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia...” (énfasis añadido). En sentido similar, puede verse el Proyecto de Código Único de 1987, en su art. 1201, y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, en su art. 901 (21).

En síntesis, cualquiera sea el esquema a través del cual el respectivo ordenamiento jurídico haya escogido implementar la tutela (es decir, medida de suspensión directa o pretensión de aseguramiento de la prestación), es un denominador común que el evento detonador de la protección suele consistir en el peligro de que la contraparte no pueda cumplir con sus obligaciones (es decir, una parte sustancial de sus obligaciones relevantes).

Salvo por la redacción algo menos directa del BGB y por la solución del art. 83 del *Code Fédéral des Obligations* suizo (22), en el resto de los casos la alusión al peligro de incumplimiento es bastante clara y directa.

Como he anticipado, el Cód. Civ. y Com. se ha apartado de estos antecedentes. No alude al peligro de incumplimiento de la contraparte y opta por un sintagma distinto, consistente en la “grave amenaza de daño” en los derechos, resultante del menoscabo de la aptitud de cumplimiento de la contraparte o de su solvencia.

Es claro que en muchos casos el peligro de incumplimiento de una obligación contractual relevante generará una “grave

amenaza de daño” para el afectado en el crédito correlativo. Pero ello podría no ser así siempre y en todos los casos:

*Peligro de incumplimiento sin amenaza de daño:* podría haber peligro de incumplimiento sin que exista “grave amenaza de daño” en los derechos. Pensemos, por ejemplo, en los casos en los cuales la obligación en cuestión estuviera garantizada por medio de una fianza o garantía a primera demanda. O si se tratara de una obligación que contara con algún tipo de garantía real, tal el caso de una hipoteca o una prenda. Es usual también en la práctica internacional que alguna parte tome algún tipo de seguro que lo cubra de ciertas contingencias vinculadas al incumplimiento de su contraparte. En todos estos casos es posible que el peligro de incumplimiento, aun de una obligación esencial, no cause, al fin del día, un daño al acreedor, si las garantías o seguros vigentes cubren satisfactoriamente esa contingencia (23).

¿Se requerirá en estos casos que quien apele a la tutela preventiva esté en condiciones de demostrar no sólo el peligro de incumplimiento, sino además que las garantías son insuficientes o de difícil concreción para alegar que sufre una “grave amenaza de daño”? A la luz del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. la respuesta parece ser afirmativa.

*Amenaza de daño sin peligro de incumplimiento:* una de las razones por las cuales la “grave amenaza de daño” en los derechos puede ocurrir, según los términos del art. 1032 del Cód. Civ. y Com., consiste en el menoscabo de la solvencia de la contraparte. Ahora bien, si ese menoscabo alcanzara al estado de cesión de pagos, el art. 119 de la ley 24.522 dispone que si la contraparte terminara quebrando y el cumplimiento (pago) (24) ha sido practicado durante el período de sospecha, aquel cumplimiento podrá ser declarado ineficaz respecto de los acreedores del quebrado, siempre que se encuentren reunidos los demás presupuestos que fija la norma concursal. De aquí resulta entonces que podría ocurrir que la contraparte menoscabada en su solvencia hasta el extremo de la cesación de pagos *no amenace incumplir* (y aun de hecho, puede que al fin de cuentas, transcurrido el plazo convencionalmente establecido, termine cumpliendo); sin embargo, el ulterior cumplimiento recibido en estas condiciones pondría igualmente a la contraparte acreedora en “grave amenaza de daño” en sus derechos, si a resultados del estado de cesación de pagos aludido el cumplidor terminara quebrando y el acto siendo revocado por haberse cumplido los extremos previstos en los arts. 119 y ccds. de la ley 24.522. En ese caso, el daño que amenaza a la contraparte del insolvente es evidente (aunque no fácilmente mensurable): de progresar una ulterior revocatoria deberá “restituir” a la masa la prestación recibida o su valor, siendo por lo demás muy incierto cuál sería el fundamento y alcance del derecho que le podría corresponder contra dicha masa (25).

## { NOTAS }

(17) Confr. art. 970 del Cód. Civ. y Com.

(18) Confr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, ob. cit.; MASNATTA, Héctor, “Excepción de incumplimiento contractual”, ob. cit.

(19) Vid. OERTMANN, Paul, “Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff”, A. Deichert, Leipzig, 1921, ps. 84 y ss.; LARENZ, Karl, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos” (trad. de Carlos Fernández Duque), Ed. Comares, Granada, 2002, ps. 154-155; SCHNEIDER, A. - FICK, H., “Commentaire du Code Fédéral des Obligations”, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel, 1915, nueva ed., adaptación francesa de la 4ª ed. alemana por Max E. Porret, vol. I, p. 202; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 925. En cualquier caso, es evidente que la alegación de la tutela preventiva fallida (es decir, improcedente por inexistencia de sus presupuestos) impedirá alegar luego la nulidad sobre las bases mencionadas en el texto por haber mediado en ese caso confirmación del acto.

(20) “A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues” (“Una parte que, de manera razonable, crea que la otra parte incumplirá sus obligaciones de manera esencial, puede exigirle que proceda a garantizar el correcto cumplimiento de las mismas y, entretanto, puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones durante el tiempo en que persista razonablemente en ese convencimiento”).

(21) Creo que eran menos claros respecto a la distinción que me ocupa el texto del Anteproyecto del Dr. Juan A. Bibiloni, en su art. 1330, y el Proyecto de 1936, en su art. 828, ya que no se circunscribían al incumplimiento, sino al peligro para el acreedor.

(22) Vid. art. 83. Conf. SCHNEIDER, A. - FICK, H., “Commentaire du Code Fédéral...”, ob. cit., vol. I, ps. 201 y ss.

(23) Por ejemplo, la interpretación dominante bajo el art. 1419 del Cód. Civil derogado (que permitía al vendedor que había concedido plazo a su comprador no entregar la cosa si este último estuviera en estado de insolvencia) sostenía la inaplicabilidad de la norma si la obligación del comprador estaba garantizada. Vid. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos...”, ob. cit., y vol. II, ps. 286-287.

(24) Confr. HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegéti-

co...”, ob. cit., vol. 4, ps. 327 y ss.; CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. III, p. 2120, con cita de R. Provinciali en nota 40; GRILLO, Horacio A., “Período de sospecha en la legislación concursal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, 2ª ed. actual., p. 238; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La revocación de los pagos efectuados por el deudor concursado”, RDCO, vol. 1978, ps. 603 y ss.

(25) La cuestión de si el tercero que sufre las consecuencias de la revocación concursal prevista en el art. 119 de la ley 24.522 tiene algún derecho y, en su caso, contra quién es uno de los más atormentados en esta materia. Recordemos que la ley 19.551 derogó el art. 111 de su predecesora, la ley 11.719, que disponía el derecho del tercero de buena fe que sufría la revo-

En síntesis: pueden existir supuestos en los que el estado de insolvencia de la contraparte ponga de manifiesto una amenaza de daño para los derechos de la contraparte por virtud de la eventual aplicación de una acción revocatoria concursal que habilite la tutela preventiva, pese a no encontrarnos frente a un caso de peligro de incumplimiento.

De lo expuesto puede concluirse entonces que, bajo nuestro régimen vigente, el “peligro de incumplimiento” no es la condición determinante para la procedencia de la tutela preventiva, tal como suele ocurrir en la experiencia comparada que he citado. En la mayoría de los casos es razonable anticipar que ese peligro conllevará la amenaza de daño que la norma requiere, pero, como hemos visto, esto puede no ser así en todos los casos: puede haber peligro de incumplimiento sin grave amenaza de daño y puede haber grave amenaza de daño (debido a la insolvencia) sin peligro de incumplimiento.

De todos modos, debo hacer notar alguna inconsistencia interna en el sistema, pues, de acuerdo con lo previsto por el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., la suspensión producto del regular ejercicio de la tutela preventiva cesa si la contraparte “cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”. Una construcción coherente del régimen de tutela debería reconocer que la suspensión se levanta cuando las razones que la justificaron han cesado. Ahora bien, si la razón de la suspensión no es el peligro de incumplimiento, sino “la grave amenaza de daño”, no aparece evidente el motivo por el cual el levantamiento de la suspensión no consiste en la cesación de esa “grave amenaza de daño”, sino en otro hecho diverso, como es el cumplimiento o la garantía de cumplimiento. Así entonces, si quien invocó la tutela preventiva para suspender su cumplimiento lo hizo con base en que la cesación de pagos de su contraparte lo exponía a la amenaza de tener que sufrir las graves consecuencias de una eventual acción de revocatoria concursal, verá levantada esa suspensión como resultado de que el insolvente (cesante) cumplió o garantizó cumplir, con lo cual el riesgo de procedencia de esa acción en los términos del art. 119 de la ley 24.522 subsistirá.

A esta posible incoherencia interna del régimen podría sumarse otra aún más amplia: es sabido que el daño (arts. 1737 y ccds. del Cód. Civ. y Com.) y aun la amenaza de daño (arts. 1711 y ccds. del Cód. Civ. y Com.) son presupuestos de la responsabilidad civil, pero según la doctrina dominante nunca han sido condición para la invocación del remedio resolutorio o de la suspensión de cumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) (26). Para estos institutos basta con el puro incumplimiento imputable (sumado, claro está, al resto de los requisitos legalmente exigibles). De aquí que, dentro de esta lógica, luciría más coherente habilitar la tutela preventiva en función del incumplimiento (en este caso, peligro de incumplimiento), y no en función del daño (en este caso, amenaza de daño) (27). En cuanto a las razones de equidad que sugieren esta perspectiva, remito a lo que señalo más adelante al tratar la cuestión de la prestación de seguridades en vistas del levantamiento de la suspensión (*vid. apart. IV.2*).

En otro orden de cosas, debo añadir que, aun dentro de la “lógica” de la norma, la redacción escogida parece poco acertada, ya que lo que debería ser grave no es la “amenaza” —como dice el art. 1032 del Cód. Civ. y Com.—, sino el “daño” potencial. La importancia de la amenaza ya aparece suficientemente calificada por los eventos de los que debe derivarse, a saber: “menoscabo *significativo* de [la] aptitud para cumplir, o [la] solvencia” (énfasis añadido), y por lo tanto referir a que debe ser, además, grave es redundante. Lo que se echa de menos en la norma es una definición acerca de que el daño amenazado debería ser “grave” (teniendo en cuenta todas las circunstancias). De lo contrario, una amenaza grave de sufrir un daño nimio habilitaría el recurso a la tutela preventiva, lo cual no luce razonable si se tienen en cuenta las consecuencias de su procedencia.

*II.2. Menoscabo significativo en la aptitud para cumplir o en la solvencia de la contraparte. Caso del “repudio” del contrato*

Como hemos visto, bajo el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., la “grave amenaza de daño” de los derechos que habilita la procedencia de la tutela preventiva debe te-

ner su origen en un menoscabo significativo, ya sea: (i) en la aptitud para cumplir, o (ii) en la solvencia de la contraparte.

Una cuestión relevante en esta materia consiste en dilucidar si el instituto que nos ocupa es parte de los remedios disponibles ante la afectación *sobreviniente* del sinalagma (“sinalagma funcional”) o comprende también al equilibrio al momento de la conclusión del contrato (“sinalagma genético”). No es del caso entrar en honduras en esta materia en un trabajo de esta índole, si no fuera porque la adopción de una postura a este respecto es la que permite dar solución a un problema práctico de importancia, a saber: ¿la tutela preventiva puede alegarse sólo en los casos en los cuales el menoscabo de la aptitud para cumplir o la solvencia han ocurrido *con posterioridad* a la celebración del contrato válido, o aplica también a los casos en los cuales ese menoscabo era preexistente o concomitante al contrato y su conocimiento, por parte de quien lo alega, es posterior?

Si se adoptara esta segunda solución, entonces esta tutela podría solaparse con la disponible bajo el sistema de nulidades producto de algunas formas del vicio de error (o de dolo, si aplicara) (28). Ello por cuanto, si una parte hubiera contratado en la errónea creencia acerca de la presencia de ciertas aptitudes o cualidades determinantes en la persona de su contraparte —que, en la realidad, no existían al momento de la conclusión del acuerdo—, se afectaría la formación del consentimiento y por ello la validez del acto, dando lugar, si se reúnen las condiciones del caso, al remedio nulificadorio del contrato [*vid. arts. 267, incs. d) y e), y ccds. del Cód. Civ. y Com.*] (29).

Si bien no puedo desarrollar esta cuestión ni siquiera someramente en estas breves líneas (30), parto aquí de la asunción de que la tutela preventiva aplica, en principio, a los casos en los cuales la emergencia del menoscabo (como, por consiguiente, su conocimiento por el afectado) es *sobreviniente* al acuerdo, es decir, ha ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato (31). Éste es el criterio dominante, por ejemplo, en el derecho alemán, al in-

terpretar la suspensión de cumplimiento contenida en el § 321 del BGB como una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (32); análoga aproximación adopta la doctrina italiana respecto al art. 1461 del *Codice Civile* (33), o el derecho norteamericano al tener a esta figura como un caso de *constructive condition* (34).

Creo, sin embargo, que no podrá invocarse el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. cuando: (i) el riesgo de menoscabo de la aptitud para cumplir o la solvencia, o (ii) el riesgo de ocurrencia o falta de ocurrencia de ciertos hechos o circunstancias de las que se hubiera derivado dicho menoscabo hubieran sido claramente asumidos por la parte que luego pretende la tutela preventiva (35). Esta solución se sustenta en el carácter dispositivo de la tutela que nos ocupa, conforme resulta del principio del art. 962 del Cód. Civ. y Com., y en una interpretación armónica de las normas sobre tutela preventiva y lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. respecto a la asunción de riesgos, incluso por caso fortuito (art. 1733 del Cód. Civ. y Com.) o por imprevisión (art. 1091 del Cód. Civ. y Com.).

Están comprendidas en el concepto de “menoscabo de la aptitud para cumplir” aquellas contingencias que pudiera sufrir la persona de la contraparte y que pongan en serria duda su idoneidad, técnica, competencia o pericia para cumplir con obligaciones de hacer de carácter *intuitu personae*.

¿Están comprendidos en el concepto de “menoscabo de la aptitud para cumplir” los abstraídos de cualquier otra consideración que objetivamente corrobore un real “menoscabo”? Veamos un ejemplo: celebrado un contrato de obra y antes de que venza el plazo de entrega, el empresario da muestras de desinterés en la ejecución, escasa o nula actividad (no hay actos preparatorios para el cumplimiento ni obtención de permisos o autorizaciones ni acopio de materiales). Veamos otro caso: concluido un contrato de suministro en el cual el suministrado debe anticipar, como medio de financiar al suministrante, una parte del precio del suministro, recibe del suministrante, antes de que cualquier obligación a su cargo (es decir, a cargo del suministrante) hubiera devenido exigible, una comuni-

## { NOTAS }

cación para reclamar de la masa las sumas de su pertenencia que hubieran ingresado a la masa por virtud del acto revocado. A partir de entonces y hasta ahora, la aludida derogación determinó la ausencia absoluta de regulación especial sobre el tema. La doctrina más antigua se ha inclinado por el criterio conforme al cual el tercero que debe restituir en virtud de la revocación tiene el derecho de reclamar su contraprestación en especie, si ella subsiste en el patrimonio del quebrado o, en caso contrario, verificar en la quiebra su valor (*vid.*, por todos, FERNÁNDEZ, Raymundo, “Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra”, Ed. Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937, 1ª ed., ps. 991 y ss.). Otra postura somete al tercero a la carga de verificar su crédito por la prestación que cumplió en virtud del acto revocado en todos los casos (se encuentre o no en especie en el patrimonio del fallido), percibiendo esa devolución en moneda de quiebra (*vid.*, por todos, CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, ob. cit., vol. III, p. 2218-9, texto y nota 281). Finalmente, las corrientes más actuales parten de la base de que la sentencia revocatoria declara la inoponibilidad del acto a los acreedores del quebrado, pero el contrato es válido y eficaz entre las partes y respecto de terceros, con excepción de esos acreedores y hasta el límite del perjuicio efectivamente sufrido por estos últimos. De allí que el tercero pueda evitar los efectos de la revocación cubriendo el perjuicio específico producto del acto. Por lo tanto, estando frente a un acto válido, no surge a su favor ningún crédito producto de la sentencia de revocación, ni el fallido tiene obligación de restituir la prestación recibida en virtud de ese acto que, como se dijo, no ha

sido anulado. Por lo tanto, el único crédito que podría surgir en este caso es por el eventual enriquecimiento de la masa producto de la restitución efectiva. Desde esta perspectiva, el tercero que sufre la revocación no sería acreedor concursal por su contraprestación (debiendo verificar el crédito correspondiente), sino del concurso por el eventual enriquecimiento de éste una vez liquidado el producto de la restitución y conjurado o pagado íntegramente el perjuicio que el acto revocado provocó (*vid.*, a este respecto, GRILLO, Horacio A., “Período de sospecha...”, ob. cit., ps. 288-289). Heredia (con cita de Conil Paz) coincide con la naturaleza de la acción revocatoria y sostiene que el eventual crédito del vencido encuentra su fuente en el enriquecimiento sin causa, pero sería de índole concursal (*vid.* HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético...”, ob. cit., vol. 4, ps. 159-160). *Vid.* la ponencia de LORENZO, Iván, “El vencido en una revocatoria concursal y su situación frente a la quiebra”, en VÍTOLO, Daniel - RICHARD, Efraín (dirs.), *Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., ps. 59 y ss. En síntesis: no ha sido mi propósito intentar siquiera dilucidar esta cuestión tan espinosa, sino tan sólo demostrar que en cualquier caso la contraparte del insolvente enfrentará una situación de amenaza de grave daño, pues, de acuerdo con la doctrina dominante, en ningún supuesto podrá recuperar la contraprestación cumplida o su valor.

(26) *Vid.* SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos...”, ob. cit., ps. 29 y 45-46.

(27) Calamari y Perillo recuerdan que el incumplimiento puede ocurrir aun en casos en que el acreedor se hubiera beneficiado a causa de la falta de cumpli-

miento [CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 455, con cita de “Beatele c. New York” (1911) en nota 2].

(28) Arts. 265 y ss. y 271 y ss. del Cód. Civ. y Com.

(29) Sin embargo, debo hacer notar que, bajo la vigencia del Cód. Civil, su art. 1419 disponía, en línea concordante con lo que establece el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., que el vendedor no estaba obligado a entregar la cosa vendida “cuando hubiese concedido término para el pago, si después de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzase de pagar en el plazo convenido”. La interpretación dominante de esta disposición era que comprendía no sólo a los casos en que la insolvencia fuera *sobreviniente* al contrato (protección del “sinalagma funcional”), sino también el supuesto en que el comprador estaba en insolvencia *antes del contrato*, siempre y cuando el vendedor hubiera ignorado esa situación al celebrarse el contrato. Así, por ejemplo, *vid.* REZZÓNICO, Luis M., “Estudio de los contratos en nuestro derecho civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., vol. I, ps. 214 y 215, texto y nota 39. Esta misma solución parecen propugnar en el derecho italiano SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Il contratto”, en SACCO, Rodolfo (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2004, 3ª ed., vol. II, p. 682, texto y jurisprudencia en nota 3.

(30) Al respecto, el lector interesado puede ver MAGNUS, Ulrich, “Wiener UN-Kaufrecht (CISG)”, en Von STAUDINGER, J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1994, 13ª ed., ps. 552 y ss., especialmente ps. 552, 555 y 557; UNCITRAL “Official Records”, 1981, ps. 129 y 374 y ss.; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis,

en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “Compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., ps. 564-566; OERTMANN, Paul, “Die Geschäftsgrundlage...”, ob. cit., y LARENZ, Karl, “Base...”, ob. cit.

(31) Se sostiene que el remedio aplica aun a los casos donde al momento del contrato hubiera algún peligro conocido de incumplimiento que, con posterioridad, resulta notablemente agravado. *Vid.* CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “Compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., p. 564, y VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, “Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial”, Ed. Aranzadi, 2000, p. 283.

(32) Conf. MARKESINIS, B. S., “The law of contracts and restitution”, en MARKESINIS, B. S. - LORENZ, W. - DANNEMANN, G., *The german Law of Obligations*, Oxford University Press, 2001, 1ª ed., vol. I, p. 653. Entre nosotros, *vid.* RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D. - DI CHIAZZA, Iván G., “Contratos. Parte general”, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, p. 377.

(33) Confr. ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit.; SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Il contratto”, ob. cit., vol. II, p. 682.

(34) Confr. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., ps. 434 y ss. y 438. Respecto al sentido y función de las *constructive conditions*, *vid. idem*, ps. 388-389 y ps. 404 y ss.

(35) *Vid.* CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 439.



cación acerca de que no podrá cumplir con sus obligaciones.

Estos casos están expresamente contemplados al lado del menoscabo de la aptitud para cumplir o de la solvencia, por ejemplo, en el art. 71 [1](b) de la CISG, cuando se refiere a que el peligro de incumplimiento puede tener su origen en el “comportamiento [del deudor] al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”.

Tengo para mí que la referencia en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. a un “menoscabo” en la pura “aptitud” del agente descartaría, en principio, los casos en los cuales el riesgo de incumplimiento —pese a ser manifiesto, como en el caso de los ejemplos dados— deriva de opciones o elecciones del deudor ajenas a una situación objetiva de deterioro del patrimonio (36).

Sin embargo, creo que de todas maneras la tutela preventiva estará disponible para el afectado en aquellos casos en los cuales su contraparte hubiera manifestado seria y definitivamente, a través de su comportamiento o en palabras, su decisión de declinar el cumplimiento (“repudio”) (37).

En cuanto al menoscabo de la solvencia, puede llegar a las “dificultades económicas o financieras de carácter general” (art. 69 de la ley 24.522) o aun a la “cesación de pagos” (art. 1º de la ley 24.522). Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 66 y cc. de la ley 24.522, entiendo que puede invocarse también bajo el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. el menoscabo de la solvencia de un integrante del mismo agrupamiento al que pertenece el deudor cuando dicho menoscabo pueda afectar al deudor en los términos de lo dispuesto por la ley 24.522. Entiendo, sin embargo, que la tutela preventiva pierde toda posibilidad de aplicación cuando la contraparte solicitara la formación de su concurso preventivo (38).

Creo que esta solución se infiere sin mayor dificultad de una interpretación armónica del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. que vengo glosando con lo dispuesto por el art. 1084, inc. e), del mismo cuerpo legal,

cuando establece que constituye “incumplimiento esencial”, a los fines de la resolución del contrato, el anuncio de incumplimiento “por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

Esta última norma consagra el denominado “incumplimiento anticipado” por vía de “repudio” (instituto conocido en el derecho comparado y adoptado por parte de la doctrina nacional aun bajo el Código Civil) y que permite al acreedor resolver el contrato por incumplimiento cuando, pese a no haber llegado aún la fecha en la cual su contraparte debe cumplir (y, por ende, no puede configurarse siquiera un incumplimiento en términos clásicos), dicha contraparte le ha manifestado al acreedor seria y definitivamente su voluntad de no cumplir, verbalmente o a través de una conducta inequívoca en tal sentido.

Siendo entonces indudable que el incumplimiento anticipado por vía de repudio es causal de procedencia de un remedio mucho más grave e irreversible, como lo es la resolución por incumplimiento, creo que aquel mismo presupuesto (incumplimiento anticipado por repudio), en los términos descriptos por el art. 1084, inc. e), del Cód. Civ. y Com., habilita un remedio esencialmente temporario y reversible, como lo es la tutela preventiva en los términos del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. (39).

La determinación acerca del carácter “serio y definitivo” del repudio es una cuestión de hecho que deberá evaluarse en cada situación, de acuerdo con todas las circunstancias del caso. Dicho esto, puede proponerse la discusión acerca de si: (i) esas características del “repudio” deben ser evaluadas con el mismo rigor con el que lo hacen la doctrina y la jurisprudencia en sede de resolución por incumplimiento (40), o cabe flexibilizar ese escrutinio en atención a las más tenues consecuencias de la tutela preventiva; y aun si, por esta razón (ii) en el caso de la tutela preventiva, el carácter definitivo del repudio es igualmente exigible o puede prescindirse derechamente de él. Dado el carácter puramente introductorio

de esta nota, dejamos el tratamiento de estas cuestiones para un desarrollo ulterior.

Resta finalmente comprobar si la “grave amenaza de daño” para los derechos de la parte no resulta de los eventos que hasta aquí hemos constatado y que siempre remiten a las partes del contrato mismo, sino del probable incumplimiento originado en otros eventos no relacionados directamente con la contraparte o la relación contractual, como, por ejemplo, la entrega de *commodities* cuyo precio de mercado se encuentra en significativo y sostenido aumento. En esas circunstancias, el acreedor podría razonablemente anticipar que su contraparte no cumplirá al vencimiento de la obligación, lo cual puede constituir una grave amenaza para sus derechos. ¿Podrá en este caso suspender la ejecución de su propia prestación en los términos del art. 1032 del Cód. Civ. y Com.? Una respuesta favorable se ha dado bajo el *Uniform Commercial Code* (41). Creo que, entre nosotros, la solución sería, en cambio y en principio, negativa, pues las normas implicadas del Cód. Civ. y Com. tienen un alcance más restringido que la legislación uniforme citada, al remitir siempre a circunstancias relativas a la contraparte de quien reclama la tutela o a la relación contractual que se apunta a suspender (42).

### III. Presupuestos y condiciones de forma para la procedencia de la “tutela preventiva”

Es de lamentar que la regulación del Cód. Civ. y Com. no haya establecido claramente una mecánica que deba seguirse a los fines de alegar la suspensión del cumplimiento al amparo de la tutela preventiva.

El derecho comparado suele disponer que quien pretenda la suspensión de sus prestaciones debe hacerlo saber “inmediatamente” a su contraparte, tal como lo establece, por ejemplo, el inc. 3º del art. 71 de la CISG. Reza esta norma que “[l]a parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe [...] debe comunicarlo inmediatamente a la otra parte”; ello así, pues deberá proceder al cumplimiento si “esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones” (43). En el mismo sentido,

el Proyecto de 1998, en su art. 992, preveía que la parte afectada debía comunicar la suspensión “de inmediato a la otra parte”.

Pese a la orfandad normativa en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., entiendo con distinguida doctrina que los principios de ejercicio regular de los derechos y de buena fe consagrados por los arts. 9º, 10, 961 y cc. del Cód. Civ. y Com. dan base suficiente para sostener que, como regla, quien alega la suspensión tiene la carga de comunicarlo a la contraparte de forma inmediata al conocimiento por la parte inocente de los presupuestos que justifican su procedencia (44).

Dado que, como hemos visto, la parte contra la cual se propone la suspensión con base en la tutela preventiva puede enervar sus efectos por vía de cumplir o de dar garantías adecuadas de cumplimiento, esa comunicación debe, además de ser inmediata, proporcionar de buena fe las circunstancias a disposición del tutelado que permitan a su contraparte ejercer adecuadamente su opción para levantar la suspensión.

Por lo demás, si bien es claro que el régimen del Cód. Civ. y Com. (siguiendo los antecedentes del derecho comparado ya aludidos) contempla el ejercicio extrajudicial de la tutela preventiva (dispuesta directamente por autoridad del afectado, una vez reunidos los presupuestos legales establecidos al efecto) (45), nada impide que la actuación de dicha tutela pueda encausarse por vía judicial, ya sea incoando la correspondiente acción u oponiendo una excepción de fondo a los efectos de que el tribunal declare la procedencia de la tutela y disponga la legítima suspensión de la prestación a cargo del afectado, o aun por vía cautelar, en el marco de un proceso que pudiera tener por objeto cualquiera de las vicisitudes del contrato (46).

### IV. Efectos de la “tutela preventiva”. Cesación de esos efectos

El art. 1032 del Cód. Civ. y Com. aborda las dos cuestiones mencionadas en el rubro: los efectos de la regular invocación de

## { NOTAS }

(36) Roque Barcia define a la “aptitud” como “[l]a suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer algún empleo o cargo. // La capacidad para el buen desempeño de algún negocio, industria, etc.” (vid. BARCIA, Roque, “Diccionario General Etimológico”, Ed. Seix, Barcelona, 1879, vol. I, p. 385). En sentido concordante, el *Diccionario* de la Real Academia Española trae como primera acepción del término: la “[c]apacidad para operar competentemente en una determinada actividad”. Sin embargo, la tercera acepción de ese mismo *Diccionario* parece no limitarse a la idoneidad o capacidad del agente en sentido objetivo, sino que añade el concepto de “disposición”, lo cual podría dar pie para cuestionar mi conclusión en el texto: “3. Capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, de una industria, de un arte” (énfasis añadido).

(37) Vid. WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, West Publishing Co., Saint Paul, Minn., 1988, 3ª ed., ps. 238 y ss.

(38) En ese caso, aplicarían los arts. 20 y cc. de la ley 24.522. Comp. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D. - DI CHIAZZA, Iván G., “Contratos. Parte general”, ob. cit., p. 378, nro. 13.

(39) Confr. ATIYAH, P. S., “Atiyah’s introduction to the Law of Contract”, Clarendon Press, Oxford, 2005, 6ª ed. por el profesor Stephen A. Smith, p. 200, aunque con algunas reservas respecto a la actitud que debe adoptar la parte inocente frente al repudio a partir de su obligación de mitigar y no agravar daños [deber que nuestro derecho incorpora ahora expresamente en el art. 1710, incs. b) y c), del Cód. Civ. y Com.].

(40) Remito al respecto a lo que explica SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos...”, ob. cit., ps. 34-36. A favor de esta flexibilización, vid. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The

law of contracts”, ob. cit., p. 460, texto y nota 26.

(41) Así, White y Summers han sostenido que “[t]he grounds for insecurity need not arise from circumstances directly related to the parties contract itself. Thus, where the market price of a commodity is rising, the buyer may be justified in seeking assurances of performance from the seller even though the seller did nothing to cause buyer’s insecurity” (“[l]as causas de inseguridad necesitan obedecer a circunstancias vinculadas directamente con el contrato mismo. Así pues, cuando el precio de mercado de un *commodity* se encuentra en alza, el comprador puede estar justificado en pretender seguridades del vendedor a pesar de que éste no ha hecho nada para configurar el probable incumplimiento que se representa el comprador”). Confr. WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, ob. cit., p. 235.

(42) Esta solución, más restrictiva y por razones análogas a las esbozadas en el texto, la propone Huber en su comentario al art. 7.4 de los Principios Unidroit. Confr. HUBER, Peter, en VOGENAUER, Stefan - KLEINHEISTERKAMP, Jan, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, p. 850.

(43) Pueden citarse precedentes notables que invalidaron la suspensión cuando no hubiera sido comunicada de inmediato. Así, por ejemplo, en la decisión del 15/10/2002 de un tribunal arbitral holandés (laudo del Netherlands Arbitration Institute nro. 2319; árbitros Dr. F. de Ly, Sr. E. J. van Sandick e Ing. L. Tjioe) se sostuvo que la notificación inmediata del inc. 3º del art. 71 de la CISG es insoslayable para el legítimo ejercicio de la facultad de suspender y que además esa notificación no puede hacerse en la persona de un tercero, sino que es recepticia por la contraparte (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>). De acuerdo

con las circunstancias del caso, la “inmediatez” se midió respecto al conocimiento de los hechos invocados para intentar suspender las prestaciones del contrato. En sentido análogo, puede citarse un fallo belga acerca de un contrato de compraventa de bolsas plásticas entre un vendedor de Singapur y un comprador belga regido por la CISG. El vendedor fue demandado por pago del precio y el comprador alegó que había suspendido preventivamente los pagos por falta de conformidad de las mercaderías (conf. art. 71 de la CISG), y además reconvino por invalidez del contrato y daños y perjuicios. El tribunal entendió que el comprador no tenía derecho a suspender los pagos bajo la norma referida, pero, además, añadió que dicho comprador en todo caso no había cursado la notificación “inmediata” de suspensión al vendedor, conforme lo requiere el art. 71 [3] de la CISG, en razón de que los reclamos por no conformidad de la mercadería entregada habían tenido lugar 14 meses y 5 meses antes de que se cursara esa comunicación (vid. fallo de Hof van Beroep, 28/04/2000, *in re* “BVBA Janssens Plastics c. Selakota Pte. Ltd.”, <http://www.unilex.info/cisg/case/782>).

(44) Confr. ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 925, y SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Il contratto”, ob. cit., p. 683, en los dos casos comentando el art. 1461 del *Codice Civile*, que tampoco contempla la obligación de comunicación. Entre nosotros, vid. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Comentario al art. 1032 del Cód. Civ. y Com.”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., vol. V, p. 553. En el texto señalo que ésta debería ser la regla, dado que pueden existir situaciones en las cuales, dada la gravedad de la situación, y sin llegarse claramente a la imposibilidad de cumplimen-

to [que extinguiría el contrato por aplicación de los arts. 955 y cc. del Cód. Civ. y Com. (vid. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos...”, ob. cit., p. 48)], la propia contraparte no puede ignorar de buena fe que su aptitud para cumplir ha prácticamente desaparecido y por ende la suspensión se impone: v.gr., grave enfermedad en caso de obligaciones de hacer, indisponibilidad por privación de la cosa cierta que debe entregarse, etc. Es claro que si una parte conoce que prospectivamente dispone de las defensas de imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956 del Cód. Civ. y Com.), no puede ignorar que la otra dispone de la tutela preventiva. Vid. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 435. En este sentido, no es infrecuente encontrar en la práctica contratos que contemplan la obligación de una de las partes (o eventualmente ambas) de comunicar a la otra ciertos eventos sobrevinientes que pueden alterar seriamente su aptitud para cumplir. En este sentido, cabe la pregunta acerca de si no podría entenderse que en ciertos casos graves ese deber de comunicación está implícito, sin necesidad de previsión alguna, a partir de la aplicación del principio de buena fe en la etapa de cumplimiento del contrato (confr. art. 961 del Cód. Civ. y Com.).

(45) Confr. SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Il contratto”, ob. cit., p. 683.

(46) Vid. arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com. En este sentido, alguna doctrina ha entendido que la tutela preventiva que nos ocupa puede encuadrarse dentro de la así llamada función preventiva de la responsabilidad civil [vid. glosa de Jorge e Ignacio Alterini al art. 1032 del Cód. Civ. y Com., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado...*, ob. cit., vol. V, p. 554].

la tutela preventiva (ver punto IV.1) y la cesación de esos efectos (ver punto IV.2). Veamos sucesiva y sumariamente ambas cuestiones.

#### IV.1. Suspensión del contrato

El art. 1032 del Cód. Civ. y Com. dispone que el efecto de la tutela preventiva consiste en suspender el cumplimiento de las propias obligaciones de quien ha invocado regularmente ese amparo.

Esta suspensión comprende, para el caso del contrato de compraventa de mercaderías, al denominado “derecho de detención” (*Anhalterrecht, right of stoppage, stoppage in transitu*), que aplica en los casos de “venta con expedición”. En estos supuestos, el vendedor que hubiera remitido las mercaderías al comprador a través un transportista independiente antes de conocer las razones de fondo que justifiquen la aplicación de la tutela preventiva puede intentar impedir la entrega de aquéllas al comprador. Sin embargo, suele tratarse de una facultad limitada en la práctica, pues la tutela preventiva concierne a la relación entre comprador y vendedor y en principio resulta inoponible a terceros, inclusive el transportista o el titular del almacén en el cual las mercaderías se depositen en destino a los fines de su entrega posterior. En la práctica, la eficacia de los derechos del vendedor dependerá de los términos de los contratos respectivos y de que posea los documentos de entrega, todo lo cual ocurrirá en los casos en que hubiera sido quien haya contratado el transporte o el almacenamiento (47).

La suspensión tampoco será oponible a los emisores de cartas de crédito o garantías a primera demanda. En estos casos, la modalidad de cumplimiento escogida por las partes impediría que una de ellas pueda aplicar eficazmente la tutela preventiva debido a que difícilmente pueda oponerse con éxito al pago que el tercero obligado bajo esos instrumentos deba efectuar, aun cuando tuviera razón para temer el incumplimiento de su contraparte (48).

#### IV.2. Levantamiento de la suspensión del contrato

La suspensión dispuesta producto del regular ejercicio de la tutela preventiva puede ser desafectada si la parte que amenazaba daño (ya sea por el deterioro de su aptitud para cumplir o su insolvencia o por su repudio) cumple o “da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado” (*vid.* art. 1032 del Cód. Civ. y Com.).

El levantamiento de la suspensión por cumplimiento no suscita mayores comentarios: cumplida la prestación en duda, se despeja todo el fundamento para la suspensión, según ya hemos visto al tratar acerca de las condiciones de fondo de procedencia de la tutela. Sin perjuicio de este enunciado, remito a lo antedicho respecto de los casos en los cuales la tutela hubiera sido invocada sobre la base de amenaza de sufrir daño en carácter de eventual “vencido” en una acción revocatoria concursal.

Por el contrario, el levantamiento de la suspensión por la prestación de “seguridades suficientes” de cumplimiento suscita diversas cuestiones, algunas de las cuales enumeramos a continuación.

En primer lugar, entiendo que las seguridades ofrecidas deben guardar relación y proporción (tanto en su forma como en su extensión) con la naturaleza de los eventos que hubieran dado origen a la suspensión y la importancia de las obligaciones cuyo cumplimiento ha sido puesto en entredicho (deben ser “suficientes”) (49). La primera distinción al respecto parte de determinar si estamos en presencia de una suspensión originada en el deterioro de la aptitud de cumplimiento o insolvencia o en un repudio [esto último conforme hemos señalado a partir de una interpretación armónica de los arts. 1032, 1084, inc. e), y cc. del Cód. Civ. y Com.]. En los casos de repudio, la garantía podría provenir de una retractación verosímil de acuerdo con las circunstancias del caso (50); ello ocurriría, por ejemplo, cuando las dudas se refieren a factores que se encuentran enteramente bajo el control de la contraparte. De lo contrario, la garantía de terceros podría ser requerida. En los demás casos, por principio, las dudas sobre el cumplimiento habitualmente resultarán de factores que no están completamente bajo el control de la contraparte; por lo tanto, las garantías reales o de terceros serán las razonablemente requeridas para ser “suficientes” bajo el art. 1032 del Cód. Civ. y Com.

Si las garantías ofrecidas son “suficientes” de acuerdo con las circunstancias del caso y la parte que invoca la tutela las rehúsa y mantiene indebidamente la suspensión, podrá tenérsela por incumplidora con todos los efectos que ello acarrea (51).

En segundo lugar, como hemos visto ya más arriba en ocasión de analizar los presupuestos de procedencia de la tutela preventiva, el legislador no ha equiparado el requisito de “grave amenaza de daño” del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. con el “peligro de incumplimiento”. Si el ofrecimiento suficiente de cumplimiento (junto con el cumplimiento efectivo) es uno de los medios de que se dispone para el levantamiento de la tutela, el presupuesto para la aplicación debió haber sido el peligro de ese incumplimiento, y no la “grave amenaza de daño”. La otra forma de alcanzar la coherencia consistiría en que la vía para levantar la suspensión consista en que la contraparte haga cesar la “grave amenaza de daño”, lo cual en la mayoría de los casos vendrá dado por el cumplimiento u ofrecimiento suficiente de cumplimiento, pero, como hemos visto, no siempre es ése el caso.

En tercer lugar, el caso en el cual hubiera peligro de incumplimiento esencial pero ese peligro pueda no amenazar daño, en razón de la existencia de garantías o seguridades, se abrirían dos opciones básicas: o se entiende que, estando la obligación (suficientemente) garantizada, el peligro de incumplimiento por el deudor no genera “grave amenaza de daño”, siendo improcedente la tutela preventiva (solución que, como he anticipado, es la que

parece surgir del sistema vigente); o bien se entiende que el peligro de incumplimiento sí habilita en principio esa tutela y la cuestión de las garantías se evaluará al momento en que la contraparte del tutelado procure levantar la suspensión regularmente dispuesta. En este segundo caso, la contraparte exhibirá no sólo las “seguridades suficientes” que ofrezca dar para evitar la suspensión, sino también la suficiencia de las preexistentes.

Si bien la letra del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. da suficiente sustento a la primera solución, creo que la segunda alternativa es más equitativa. Ello así por cuanto, excluyendo aquellos casos en los que, pese al peligro de incumplimiento, las garantías existentes sean evidentemente suficientes, que pueden solucionarse sin dificultad a partir de los principios generales de ejercicio regular de los derechos y buena fe (arts. 9º, 10, 961 y cc. del Cód. Civ. y Com.), creo que habilitar la tutela preventiva en los casos de poca claridad acerca de la “grave amenaza” en razón de la suficiencia o insuficiencia de las garantías o seguridades evitaría para el amparado el grave riesgo de que su declaración de suspensión sea exitosamente cuestionada, porque, al fin del día, no sufriría “grave amenaza de daño”, pese a que el peligro de incumplimiento hubiera sido evidente, teniéndoselo en ese caso como incumplidor del contrato [arg. arts. 1084, inc. e), y cc. del Cód. Civ. y Com.] (52). Creo que esta solución aportaría un mínimo de certeza a las situaciones de incertidumbre como la que nos toca atravesar en estas horas, permitiendo al afectado disponer regularmente (y, por eso, sin riesgo de que se lo considere incumplidor) la suspensión de su prestación si el peligro de incumplimiento grave de su contraparte es razonable (pese a la existencia de garantías), dejando para la etapa de levantamiento de la suspensión la evaluación acerca de su suficiencia o de la necesidad de reforzarlas por el deudor, a tenor de lo dispuesto por el art. 1032, *in fine*, del Cód. Civ. y Com.

En cuarto lugar, nuestro régimen legal, a diferencia de otros en el derecho comparado a los que ya he aludido, no concede al afectado una pretensión para exigir una garantía a su contraparte. Por lo tanto, salvo que la prestación de la seguridad o garantía hubiera estado pactada, el afectado no puede reclamarla y su ofrecimiento es resorte de la contraparte a los fines de evitar los efectos de la suspensión del contrato dispuesta regularmente (53).

Finalmente, y como consecuencia de lo expuesto en el párrafo que antecede, en principio, la falta de prestación de la garantía frente a la suspensión regular del contrato no da al tutelado el derecho para resolver el contrato sobre esa sola base. Por cierto, podrá ejercer el derecho de resolución cuando se reúnan los presupuestos legalmente previstos al efecto, por ejemplo, en mérito a lo dispuesto por el art. 1083 del Cód. Civ. y Com. una vez que el incumplimiento amenazado o previsto se concrete con el paso del tiempo. Probablemente haga excepción a lo recién apuntado el caso en que la suspensión hubiera sido dispuesta, conforme a nuestra

postura, frente al repudio de la contraparte (54). En este caso, si tal repudio exhibe las notas de seriedad y firmeza que el art. 1084, inc. c), requiere para tenerlo como equivalente del incumplimiento anticipado (ya hemos visto que, a los efectos de la tutela preventiva, el repudio podría evaluarse de modo más flexible que en sede de resolución por incumplimiento), el afectado sí podrá prevalecerse de que su contraparte no prestó las garantías suficientes de cumplimiento y disponer la resolución contractual sobre la base de aquel incumplimiento anticipado producto del repudio.

#### V. Breve recapitulación

Es casi un lugar común aseverar por estas horas que la aplicación de las regulaciones (aún más que la pandemia en sí misma) causará innumerables dificultades a la hora de cumplir o intentar cumplir con los contratos vigentes. En este contexto, resultará útil tener en cuenta el novedoso instituto de la tutela preventiva, así como su ámbito de aplicación, sus presupuestos de procedencia y efectos.

A tal fin recapitulo algunos de los resultados de esta nota:

(i) En cuanto a su ámbito de aplicación, la tutela preventiva aplica a los contratos sinalagmáticos y, en principio, a partir de la ocurrencia de ciertas circunstancias que deberán ser sobrevinientes a la celebración del contrato. Esas mismas circunstancias, cuando fueran preexistentes al contrato, aunque conocidas luego de su existencia, deberían venir solucionadas a partir de la teoría del error.

(ii) La tutela preventiva constituye [al igual que la “suspensión de cumplimiento” (antes excepción de cumplimiento)] un remedio dilatorio o suspensivo, y no extintivo o resolutorio. Sin embargo, la “suspensión de cumplimiento” aplica cuando el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato sinalagmático es *simultáneo*, mientras que la tutela preventiva aplica cuando ese cumplimiento es *sucesivo*.

(iii) El primer presupuesto de la tutela preventiva consiste en la “grave amenaza de daño” en los derechos de quien la invoca. Este sintagma no equivale al “peligro de incumplimiento [significativo]” aceptado en general por el derecho comparado. Puede haber casos en los que medie peligro de incumplimiento sin que pueda acreditarse amenaza de daño (v.g., cuando se trata de obligaciones suficientemente garantizadas), y viceversa, grave amenaza de daño en los derechos por el serio menoscabo de la solvencia de la contraparte (que alcance al estado de cesación de pagos) sin que haya peligro de incumplimiento significativo.

(iv) El segundo presupuesto de la tutela preventiva consiste en que la aludida grave amenaza de daño en los derechos tenga su origen en la contraparte contractual, en concreto: (i) en un menoscabo en la aptitud para cumplir o en la solvencia, o (ii) el “repudio” del contrato.

#### { NOTAS }

(47) Confr. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “Compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., p. 566.

(48) *Vid.* AUDIT, Bernard, “La compraventa internacional de mercaderías” (trad. de Zavalía), Ed. Víctor Zavalía, Buenos Aires, 1990, p. 185, texto y nota 160.

(49) Confr. HUBER, Peter, en VOGENAUER, Stefan - KLEINHEISTERKAMP, Jan, *Commentary on the Unidroit Principles...*, ob. cit.; SCHNEIDER, A. - FICK,

H., “Commentaire du Code Fédéral...”, ob. cit., p. 202.

(50) Sobre la retractación del repudio, *vid.* WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, ob. cit., ps. 241-224. Asimismo, *vid.* AUDIT, Bernard, “La compraventa internacional de mercaderías”, ob. cit., p. 188.

(51) *Vid.* WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, ob. cit., p. 236; CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., ps. 438-439.

(52) *Vid.* el caso resuelto por la Oberlandesgericht Hamm. el 20/09/1992 (en <http://www.jura.unifreiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/57.htm>). En ese caso, el comprador se negó a recibir las mercaderías invocando suspensión de cumplimiento bajo el art. 71 de la CISG. El tribunal entendió que los presupuestos de esa norma no estaban reunidos y consideró entonces al comprador en situación de incumplimiento. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, “Compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., p. 281.

(53) Comp. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 438, nota 57.

(54) Confr. ATIYAH, P. S., “Atiyah’s introduction...”, ob. cit.



(v) La tutela preventiva puede ejercerse extrajudicialmente o judicialmente: mediante acciones de fondo por vía de acción o de excepción o por vía cautelar. En el caso de ejercicio extrajudicial, entiendo que en principio es exigible que la parte que requiere el amparo comunique la

suspensión a su cocontratante de manera circunstanciada e inmediatamente después de conocidos los hechos en los que se basa.

(vi) El efecto del regular ejercicio de la tutela preventiva consiste en la suspen-

sión de la ejecución del contrato. Esa suspensión puede ser levantada si la contraparte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado. La suficiencia de las seguridades en este caso debe guardar proporción con la gravedad de los hechos invocados para sostener la

tutela y la circunstancia de que esos hechos se encuentren o no bajo el completo control de la parte que ofrece las seguridades.

Cita on line: AR/DOC/1105/2020

# Soluciones contractuales en situaciones excepcionales

Mateo García Fuentes(\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Frustración temporal del contrato. Suspensión del cumplimiento.— III. Frustración definitiva. Imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor.

## I. Introducción

Para poder analizar en concreto las alternativas que el ordenamiento jurídico ofrece a los contratantes en circunstancias excepcionales como la presente (cuarentena obligatoria, aislamiento social, restricciones a los derechos subjetivos, en ocasión de la pandemia de COVID-19) es necesario conocer los pormenores del negocio sobre el cual se pretende operar. Sin perjuicio de ello, es posible abordar las generalidades y los requisitos de procedencia de los institutos que el Código Civil y Comercial (en adelante, “Cód. Civ. y Com.”) prevé para situaciones excepcionales.

No obstante, dado que nos encontramos en el campo del derecho contractual, donde prima la autonomía de la voluntad, entiendo que es fundamental tener a disposición el contrato en particular. Ello, por cuanto pueden haberse pactado cláusulas que obstan a la aplicación de institutos tales como el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1733, inc. a), por mencionar alguno.

Para poder realizar un correcto análisis del caso y, por ende, del instituto a aplicar, corresponde distinguir si estamos ante una frustración temporal o definitiva del contrato. En este sentido, Brebbia explica que “en el campo jurídico negocial, frustración, en sentido amplio, alude al acto jurídico válido que no puede cumplirse por circunstancias sobrevinientes no originadas por el hecho personal de las partes” y sigue diciendo que “en un sentido más específico y técnico, como instituto jurídico autónomo, por frustración se entiende la dificultad del cumplimiento del contrato por cambio de las circunstancias objetivas imperantes en el momento de la celebración del acto, que integran la base objetiva del negocio” (1).

En este marco, y según cuáles sean las situaciones fácticas particulares de las partes contratantes, el presente trabajo tratará de presentar diversas soluciones contractuales que el Cód. Civ. y Com. ofrece en el devenir de acontecimientos excepcionales.

## II. Frustración temporal del contrato. Suspensión del cumplimiento

Ahora, ¿qué sucede cuando esa frustración resulta temporaria? Existe enorme cantidad de supuestos fácticos en donde no se presenta un hecho que ponga límite definitivo a las expectativas de una o más partes del contrato, pero modifica temporalmente el contexto originario en el que se gestó la relación. En estos casos, si bien es razonable suponer que las partes afectadas mantienen su ilusión de que el hecho configurativo de la frustración habrá de desaparecer (dejando en claro que muchas veces puede transformarse en definitivo), no es menos real que sería injusto pretender que quien conserva una expectativa deba cumplir tal como si el contrato transitará por un andamiaje de normalidad.

Al repasar los requisitos que deben concurrir para que se produzca la frustración del fin del contrato, Lorenzetti (2) expresa que:

- 1) Debe existir un contrato con obligaciones correlativas, en el cual existe un sinalagma funcional.
- 2) El contrato debe ser de ejecución diferida o de duración.
- 3) Debe frustrarse el fin del contrato, concebido como la finalidad última de las partes en la concertación; no tiene virtualidad la frustración del mero motivo individual.
- 4) La frustración es producida por un hecho ajeno a las partes.
- 5) No debe ser una frustración temporaria, porque en este caso se aplicaría la suspensión del cumplimiento y no la resolución.

En virtud de lo explicado, es posible concluir que la situación que plantea la frustración temporaria tiene un remedio distinto a los supuestos de inmodificabilidad del cuadro de situación, esto es: la facultad de la parte afectada de llevar a cabo “la suspensión del cumplimiento y no la resolución”.

Uno de los fundamentos de la suspensión del cumplimiento es el principio de conservación del contrato, de fuerte arraigo en el derecho argentino. La fiel aplicación de dicho principio —rector en materia contractual— “obliga a un juicio de ponderación tendiente a lograr la máxima satisfacción. Para lograrlo es preciso tener en cuenta que se basa en la autonomía privada, en tanto que es ley para las partes y se trata de mantenerla firme frente a las alternativas que producen su ineficacia. Desde este punto de vista está fundado en la seguridad jurídica y en la buena fe lealtad” (3). Lorenzetti sostiene, respecto del principio de conservación, que “la aplicación no está encaminada a mantener el contrato por sí mismo, sino a lograr que se obtenga el resultado económico previsto” (4).

Por su parte, señala Mosset Iturraspe (5) que “el principio de conservación del contrato es mucho más que un mero criterio de interpretación: es, básicamente, el respeto a lo querido por los celebrantes al contratar; busca llegar a resultados negociales positivos y evitar las frustraciones que acarrean los fracasos negociales”. Por tanto, puede afirmarse que es un principio que sirve a la finalidad económica buscada por los celebrantes.

Asimismo, la buena fe juega su papel en la materia, toda vez que solicitar la resolución contractual, cuando jamás se ha dado un hecho configurativo de la frustración definitiva del contrato vigente, implicaría colisionar con este principio rector del ordenamiento jurídico. En este sentido se ha sostenido que “el principio de buena fe debe primar en los contratos, no solamente en su formalización, sino también en su ejecución. La buena fe lealtad se debe no solo en el período preparatorio y de formalización, sino también en el de ejecución o disolución, en su caso. La buena fe que debe presidir el cumplimiento de las obligaciones impone a los contratantes ciertos deberes secundarios, tendientes a evitar todo aquello que pudiera frustrar el fin de la convención o perjudicar indebidamente a la otra parte” (6).

Lo cierto es que, conforme se encuentra regulado este instituto en el art. 1031, Cód. Civ. y Com., la *exceptio non adimpleti contractus* importa un remedio defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la contraprestación que se le debe. Borda expresa que “se trata de una medida de autodefensa privada, con carácter coercitivo, tendiente a salvaguardar el equilibrio contractual, y que permite no cumplir porque el otro no ha cumplido” (7).

Con lo cual, técnicamente, no podría una de las partes contratantes disponer la suspensión de la prestación a su cargo, salvo cuando la otra no cumpla o exista riesgo cierto de su incumplimiento. Pero si se integra este instituto con el de tutela preventiva (art. 1032) podría una de las partes contratantes disponer la suspensión del contrato. Ello, siempre y cuando se funde en el hecho de que la otra parte ha sufrido un menoscabo “significativo” en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

Analizando el estado de cosas, y sobre todo los decretos presidenciales y las resoluciones ministeriales, es posible afirmar (según cuál sea la actividad económica que involucre el contrato en cuestión) que se han acotado ciertamente las posibilidades de cumplimiento. Ello, por cuanto el dec. 297/2020 dispuso en su art. 2º que “las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. *Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos*”. En igual sentido el dec. 260/2020 estableció el régimen sancionatorio para quienes incumplieran el aislamiento social dispuesto. De manera que el cumplimiento del presente aislamiento es coactivo, conllevando su transgresión pena privativa de la libertad.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado por la Universidad Nacional de Rosario. Diplomado en Derecho Constitucional Especializado por la Universidad Austral.

(1) BREBBIA, Roberto H., “La frustración del fin del contrato”, LA LEY, 1991-B, 876.

(2) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos, parte general”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2004, p. 530.

(3) WAJNTRAUB, Javier H., “La suspensión del cumplimiento del contrato”, LA LEY, 2007-C, 870, AR/DOC/1588/2007.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 151.

(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión”, LA LEY, 2006-A, 647.

(6) CNCCom., sala B, 22/06/1991, “González, Julio c. Volkswagen SA”, LA LEY, 1991-E, 398.

(7) BORDA, Alejandro, “Derecho Civil. Contratos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 184.

De manera que ciertamente, ante la restricción de la libertad ambulatoria, del flujo comercial y la capacidad de pago, podría afirmarse la posibilidad de invocar la suspensión preventiva del propio cumplimiento. Ya no basado en el incumplimiento de la prestación a cargo del co-contratante, sino en razón de su posible incapacidad de cumplimiento. Todo ello, a fin de prevenir un daño mayor. Razón por la cual la suspensión del contrato, a partir de la integración de los arts. 1301 y 1032 irrumpen como la opción más viable para garantizar la conservación del negocio contractual.

A ello cabe sumar, además, que cuando el contrato se frustra por circunstancias externas a las partes sin que medie culpa de ninguna de ellas, el riesgo proveniente de dicha ruptura debe ser compartido por ambas partes en materia de responsabilidad civil.

### III. Frustración definitiva. Imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor

Distinta es la situación que se presenta en el caso de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. En tales situaciones, más que la suspensión preventiva del contrato, lo que ocurre es la extinción de la obligación sin responsabilidad imputable a la parte incumplidora.

El *casus* que hace imposible el cumplimiento de una obligación produce su extinción, como así también la de su eventual obligación correlativa, y, transitivamente, puede llegar a extinguir el contrato que les da origen (aunque esto último dependerá de la importancia que la obligación cuyo cumplimiento se ha hecho imposible tenga en el marco de ese contrato). Además, exige de responsabilidad al deudor de la obligación afectada.

#### { NOTAS }

(8) LORENZETTI, Ricardo, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 433.

El caso fortuito o de fuerza mayor se presenta como un acontecimiento imprevisible o inevitable, exterior en su caso al riesgo de la cosa o la actividad, y que no tiene por antecedentes una culpa del contratante que la invoca. Produce un quiebre total de la relación causal entre el hecho del agente y el daño, y por esa razón libera totalmente de responsabilidad (8); destacándose como presupuestos exigibles para la exoneración de la responsabilidad:

a) la imprevisibilidad: como hecho que no habría podido ser previsto;

b) la inevitabilidad: como hecho que no ha podido preverse, y por ende, tampoco ha podido evitarse;

c) la ajenidad: solo hay estrictamente caso fortuito cuando el agente no ha colocado ningún antecedente idóneo (por acción u omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreveniente (9);

Puede ocurrir que la imposibilidad de cumplimiento reconozca su razón de ser en un supuesto de caso fortuito (art. 955, Cód. Civ. y Com.), sin perjuicio de lo cual, para que se configure la exención de cumplimiento deben concurrir los presupuestos característicos previstos en el mentado artículo:

a) Debe ser sobrevenida;

b) Debe ser objetiva en razón de un impedimento inherente a la prestación, sin que ello se relacione con las condiciones personales o patrimoniales del deudor;

c) Debe ser absoluta, viéndose impedida de cumplimiento en su totalidad y no en términos relativos;

(9) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", t. 4, p. 304 (cfr. LORENZETTI, ob. cit., ps. 434-435).

d) Debe ser definitiva, por cuanto si refiriere a un impedimento transitorio no habría imposibilidad;

e) No debe ser imputable al deudor, pues si la imposibilidad se relaciona con la culpa propiamente dicha del obligado, este deberá responder por su incumplimiento, siendo que la imposibilidad debe apreciarse teniéndose en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, tal como surge de la norma (cfr. art. 1732 *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Así las cosas, tal como lo explica Sánchez Herrero, en el derecho continental se reconoce el impacto extintivo de la imposibilidad de cumplimiento por *casus* (no solo de la obligación afectada, sino también de la co-respectiva que pueda existir [y, en su caso, del contrato que les da origen]) y su eficacia como eximente de responsabilidad por el incumplimiento obligacional, y nunca se apartó de esta línea (10).

En razón de lo expuesto, entiendo que (siempre que *no se trate de algunas de las actividades exceptuadas, por ser consideradas esenciales*) la situación de emergencia sanitaria imperante y sus respectivas derivaciones de diversa índole (económicas, sociales, productivas, etc.) configura en efecto un supuesto de caso fortuito al cumplimentarse con los requisitos legales previstos en el art. 1730.

Es un hecho imprevisto, que ni siquiera el más diligente de los hombres de negocios podría haberse imaginado a fin de prever una disposición convencional, y, por consiguiente, inevitable. Dándose además, el requisito de ajenidad, esto es: independiente del accionar de las partes contratantes.

(10) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, "El caso fortuito y la imprevisión contractual", AR/DOC/1581/2019.

Ahora, si la situación desencadenada por la pandemia de COVID-19, en tanto caso fortuito, configura un supuesto de imposibilidad de cumplimiento, dependerá exclusivamente del caso concreto. Pues, dependiendo del ramo de actividad, las limitaciones dispuestas por los decretos presidenciales y resoluciones ministeriales pueden o no menoscabar o restringir la capacidad de cumplimiento.

En el caso de que no se trate de una de las actividades exceptuadas, entiendo que, si el incumplimiento reconoce su razón de ser en las consecuencias del presente estado de emergencia, la invocación de imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor parece viable y ajustada a las circunstancias de hecho y derecho.

Cita online: AR/DOC/936/2020

#### MÁS INFORMACIÓN

**Compiani, María Fabiana**, "El seguro frente a la pandemia", LA LEY 20/04/2020, 1, AR/DOC/1067/2020

**Krieger, Walter F.**, "El derecho del consumidor en la pandemia: aportes para la crisis y para el después", LA LEY 17/04/2020, 8, AR/DOC/935/2020

**Barreiro, Karina M.**, "Coronavirus y la mayor crisis del turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas", LA LEY 15/04/2020, 1, AR/DOC/982/2020

**Mazzinghi, Marcos**, "Congelamiento de cuotas de créditos, alquileres y suspensión de ejecuciones por la emergencia", LA LEY 14/04/2020, 19, AR/DOC/916/2020

#### LIBRO RECOMENDADO

**Instituciones de Derecho Civil - Parte General**

Autor: Rivera, Julio C.

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires