

## ***“El conflicto contractual en el marco de la pandemia”***

por Iván G. Di Chiazza<sup>1</sup>

### **I. Introducción**

No hay manera de anticipar la dimensión de la problemática jurídica que la pandemia por la que estamos atravesando puede llegar a generar en los contratos, a corto, mediano y largo plazo. Algo de aquello ya podemos empezar a ver y no son más que lógicas consecuencias de la drástica alteración de la dinámica de la vida en sociedad y de las dificultades económicas asociadas.

Incumplimientos, cumplimientos defectuosos o diversos a lo pactado (en el objeto de la prestación, en el modo o tiempo); desfasaje económico entre las obligaciones de las partes o desacoples por dificultades de terceros (proveedores, transportistas, clientes, prestadores subcontratados, etc.); modificaciones de los riesgos y contingencias previstos en otro contexto; incertidumbre frente eventuales incumplimientos futuros; etc., etc.

Es lógico que nuestra primera reacción a fin de encontrar soluciones sea mirar hacia atrás en experiencias de crisis anteriores. Algo podemos encontrar, tal vez, pero no demasiado por la sencilla razón de que no hallaremos episodios semejantes. Desde luego que hubo crisis económicas, sociales, políticas y, por ende, jurídicas pero no, en la historia reciente, una pandemia con cuarentena obligatoria y parálisis generalizada de actividades, en un primero tramo, y restricciones relevantes con posterioridad.

Por lo tanto, el hecho de recurrir a los institutos de obligaciones y contratos que cobran especial protagonismo en épocas de emergencias económicas (y con las que nuestro país se encuentra lamentablemente familiarizado) es válido pero no necesariamente suficiente para un acercamiento integral que contemple todas las variables en juego.

---

<sup>1</sup> Abogado. Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas. Juez Civil y Comercial (Santa Fe). Profesor de Posgrado y Cursos de Dcho. Comercial, Contratos y Dcho. del Consumidor. Autor y coautor de libros y artículos en revistas especializadas.

De modo tal que lo primero que debemos asumir es que no hay soluciones perfectas y completas para cada conflicto contractual al que las restricciones propias de la cuarentena y las dificultades económicas asociadas nos puedan llegar a enfrentar.

Esto aplica a los distintos *institutos jurídicos* ya conocidos que cobran especial protagonismo: (i) sea el caso fortuito o fuerza mayor; (ii) la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento (definitiva o temporaria); (iii) la resolución por frustración del fin del contrato; (iv) la resolución o revisión por excesiva onerosidad sobrevinientes; (v) la suspensión del contrato y la tutela preventiva por amenaza de incumplimiento; etc.

Además de esos *institutos* es útil también analizar y evaluar ciertas *actitudes prácticas*, en especial: (i) la manera en que nos aproximamos a un conflicto contractual y cómo se avanza en un proceso de renegociación eficaz; (ii) el modo con el que valoramos y filtramos hacia el caso concreto toda la variedad de remedios jurídicos a disposición de ser usados en el conflicto y (iii) el cambio de enfoque que requieren algunas situaciones como ser la perspectiva del *sistema* del que forman parte algunos contratos (*principio de conservación del sistema* como pauta interpretativa).

Nos detendremos en cada uno de aquellos *institutos* y en las *actitudes prácticas* mencionadas.

## DECONOMI

### II. ¿Cómo nos aproximamos a los problemas contractuales?

El desafío es prestar especial atención a qué mirar y a cómo hacerlo. Pensemos en las hipótesis de contratos paritarios o de adhesión (pero que no califican como de consumo). Nos referimos a los contratos que se negocian y cuyas cláusulas se discuten y diseñan por las partes (paritarios) o aquellos en los que aun por adhesión a condiciones preestablecidas generan una práctica consuetudinaria entre las partes muy rica y compleja (tal el caso de los contratos de comercialización -agencia, concesión, distribución, franquicia, suministro-).

¿Cómo abordamos estos contratos?

Esta pregunta encierra varios puntos a tratar como ser: (i) el problema del contrato sin instrumento; (ii) la calificación jurídica de la relación contractual; (iii) la evaluación de cláusulas especiales; (iv) los acuerdos implícitos; (v) las expectativas frente al conflicto y (vi) el proceso de renegociación.

## 1. ¿Hay o no hay instrumento?

El fenómeno del *contrato sin contrato* (escrito) es lo normal, lo habitual. No tener un instrumento al que recurrir suele ser más común de lo deseado para quienes se sumergen en esta práctica. Si el contrato no se encuentra instrumentado por escrito aparece el primer desafío: probarlo. Empezamos a caminar en un terreno complicado.

Primero deberemos saber si estamos frente a un contrato cuya instrumentación escrita pueda ser legítimamente obviada ya que los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha (art. 969).

Fuera de esa hipótesis restrictiva deberemos determinar si la forma requerida y, eventualmente omitida, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad. En ese caso el contrato no estará concluido como tal mientras no se otorgue el instrumento previsto y el acuerdo valdrá como un contrato en el que las partes se obligaron a cumplir con la formalidad (arts. 969, 1018).

Despejado los dos casos anteriores estamos en el mejor escenario del contrato no instrumentado; esto es, cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada y ésta es sólo un medio de prueba de su celebración (art. 969). En tal hipótesis, el contrato podrá ser probado por cualquier medio (art. 1019).

Esa es la regla: los contratos no formales (art. 1015) o regidos por la libertad de formas (lo que incluye la forma verbal) se pueden probar con cualquier medio (incluso testigos).

Ahora bien, dice la última parte del art. 1019 que los contratos que sea de *uso instrumentar* no pueden ser probados *exclusivamente* por testigos. Por

ende, si de acuerdo a los *usos* se acostumbra no instrumentar el contrato (acuerdo verbal) la prueba testimonial será admisible. No se podrá probar testimonialmente, de manera exclusiva sin recurrir a otro medio, cuando se trate de un contrato que *sea de uso instrumentar (lo)* (por escrito).

El concepto está claro: ¿pero ello en qué casos aplica? *A priori*, en los contratos cotidianos (vgr. la compraventa en un comercio minorista aun cuando se la financie, el transporte en un taxi, la locación de un local para una fiesta, el alquiler de un servicio de animación para una fiesta infantil, etc., etc.), sean o no de escaso monto, es *de uso* no instrumentarlos por escrito.

El problema se presenta cuando nos alejamos de esa cotidianeidad y nos acercamos a ámbitos concretos y específicos (vgr. un contrato agrario) en los que pueden (o no) ser *de uso* la no instrumentación escrita, dependiendo ello de distintos factores, muchos de los cuales tienen que ver con idiosincrasias y valores culturales locales.

Lo que es *de uso* para unos, no lo es para otros. Lo que es *de uso* en determinado lugar, no lo es en otro. Lo que es *de uso* para determinadas personas, no lo es para otras. Lo que es *de uso* en determinado momento, deja de serlo en otro. Lo que es *de uso* conforme determinadas circunstancias de tiempo, lugar y personas, no lo es, ante el cambio de dichas variables.

Existen ámbitos en los cuales un mismo contrato es y no es, a la vez, *de uso* instrumentarlo, dependiendo entre quienes se celebre (o por el monto que se celebre o dónde se celebre). Incluso, hay contratos que, dependiendo de la envergadura económica de los sujetos involucrados no se suelen instrumentar o viceversa (vgr. el caso de un contrato de agencia, concesión o distribución).

¿Qué sucederá si las partes no instrumentan el contrato por escrito y quieren probarlo, de manera exclusiva, con testigos?

Forzosamente trasladarán al proceso judicial una nueva discusión: si la instrumentación verbal responde (o no) a los usos. El juez tendrá que efectuar un proceso de análisis previo (fáctico, más que jurídico) a fin de precisar o reconocer si es o no *de uso* el acuerdo verbal o la falta de instrumentación por escrito.

Así entonces, hay una regla: “los contratos no formales se prueban por cualquier medio”; y una excepción a la regla: “los contratos que usualmente se instrumentan no se prueban con testigos, al menos de modo exclusivo, y requieren otros medios”.

Pero también tenemos una excepción a la excepción: “si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución (art. 1020) la prueba testimonial se puede emplear para probar el contrato” e incluso de manera exclusiva, ahora bien, si resulta suficiente para acreditar lo que se pretende ello dependerá de la valoración judicial que se realice con dicho medio de prueba en cada proceso.

En resumen, la situación frente a un contrato no instrumentado no es sencilla y plantea la necesidad de tener cierto cuidado para no incurrir en errores por apresuramientos o por minimizar la importancia del asunto probatorio lo cual, obviamente, no es urgencia exclusiva de un contexto de litigio sino más bien de una buena renegociación.

Es un error bastante común renegociar en posición cerrada sobre la base de una creencia probatoria equivocada. En pocas palabras, se negocia con cierta intransigencia por la ilusoria confianza de no haber cuestionado qué es lo que sucedería, en punto a la prueba, si se tuviese que judicializar el conflicto.

El análisis probatorio, entonces, no conviene demorarlo hasta que resulte inminente la judicialización del conflicto sino que lo ideal es realizarlo en el instante mismo de tomar contacto con la relación contractual conflictuada porque puede ayudar a transitar mejor la eventual renegociación.

Imaginemos por un momento la hipótesis de un acuerdo celebrado (o renegociado) durante la vigencia de las restricciones por medio de una *app* de videoreuniones o por intercambio de mensajes de *Whatsapp* o *Telegram* (podemos obviar a esta altura el *email* que comienza a ser pieza de museo).

¿Cómo probamos la reunión virtual? ¿Qué sucede si la misma ha sido grabada? ¿Sirve como medio de prueba esa grabación y, en su caso, qué fuerza probatoria tiene? ¿Es necesario el consentimiento explícito del cocontratante para la grabación?

¿Qué sucede con los registros de intercambios de mensajes de *Whatsapp, Telegram o Instagram*? ¿Cuál es su eficacia probatoria? ¿Cómo se incorporan a un expediente en caso de judicialización del conflicto? ¿Necesitan algún tipo de respaldo adicional?

No ingresaremos ahora en estas consideraciones que requieren de un tratamiento especial, basta con plantear los interrogantes que permitan ir imaginando las respuestas.

## 2. ¿Qué contrato es?

¿Cuántas veces se cree, al tomar contacto con un conflicto contractual, que es tal o cual contrato pero en realidad es otro? Muchas y eso puede ser un gran problema.

La necesidad de saber frente a qué tipo de contrato nos encontramos no es un detalle menor. Tiene que ver con la previsión de efectos y consecuencias jurídicas prácticas muchas de las cuales pueden estar contenidas en el ordenamiento jurídico si el contrato es típico.

Definir el contrato no es una cuestión semántica. Da igual como lo llamen las partes. Lo que importa es lo que sea jurídicamente, al margen del nombre utilizado por las partes.

No se puede diagnosticar adecuadamente sin partir de la calificación previa del negocio jurídico reconociendo y circunscribiendo el vínculo. Un encuadre incorrecto nos conducirá a efectuar derivaciones a consecuencias equivocadas que no aplicarán al caso (vgr. la rescisión unilateral e incausada -o el preaviso por su omisión- se emplea en determinados contratos y no en otros) o, por el contrario, a obviar otras que sí aplicarán para uno u otro contratante (vgr. la imprevisión en el caso del contrato conmutativo).

El problema de la calificación jurídica del contrato se relaciona, lógicamente, con el punto anterior referido al aspecto probatorio. Ambos se implican recíprocamente.

De más está decir que este ejercicio requiere, para ser eficaz, de una especial predisposición a no cerrarse en el análisis a lo más conveniente para

una u otra parte. Hay que abrir el espectro de posibilidad aunque no todas favorezcan la posición del cocontratante para quien se realiza el trabajo profesional.

### 3. Consideración de cláusulas especiales

Si hay instrumento escrito se deberán evaluar y valorar el alcance de cláusulas especiales como pueden ser las limitativas o restrictivas de ciertos derechos, obligaciones o responsabilidades, las que prevén modalidades para el ejercicio de facultades y/o renunciadas a remedios generales (caso fortuito, imprevisión, etc.).

En efecto, es habitual haber asumido el riesgo del caso fortuito; haber renunciado a la imprevisión por excesiva onerosidad o a la exclusividad territorial; haber pactado una cláusula penal a modo de multa por retardo en el cumplimiento o una indemnización tarifada, entre otros tantos acuerdos especiales.

El desafío es entender el efecto de esas cláusulas, pero no sólo el esperado por las partes (o la parte que pretende aplicarlo) sino también, y fundamentalmente, el efecto previsible en función del contexto del contrato y de la situación general (social, económica, sanitaria, etc.) que trasciende del contrato pero que no le resulta ajena.

La consideración de esas cláusulas especiales implica, básicamente, no confiarles un valor absoluto. En el derecho contractual es cierto que rige la autonomía de la voluntad para que las partes acuerden lo que estimen más conveniente (art. 958), pero también ello debe ocurrir dentro de ciertos límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958).

De más está decir que esos límites son precisos y restrictivos en un ámbito (el de los acuerdos paritarios) en el que predominan intereses patrimoniales, privados y por ende, disponibles; pero no dejan de ser contingencias que no se pueden obviar al acercarnos al conflicto contractual.

Si bien así se ha pactado, ello no significa que, judicialmente, no puedan resultar cuestionadas, alteradas o morigeradas en sus efectos dichas cláusulas (como sucede con los intereses pactados en algunos contratos).

Evaluar el alcance de esas cláusulas requiere, como desafío actitudinal, no confiarnos de su letra y prever un escenario distinto y alternativo (sin esas cláusulas o, al menos, sin una lectura literal y cerrada de las mismas). No se trata de no pretender su aplicación sino, más bien, de advertir cómo se encararía una renegociación si esas cláusulas no existiesen.

Es un juego de proyecciones a escenarios alternos en los que el marco normativo contractual puede no ser el mismo. Ello nos permite reconocer, inicialmente, las fortalezas y debilidades de cada cocontrante pero en términos reales y de forma acompasada al contexto económico general en el que se inserta el contrato.

#### 4. ¿Y lo no escrito (del contrato escrito)?

Es fundamental saber reconocer y entender los acuerdos implícitos de los contratantes (sus *usos y costumbres particulares*) para trabajar en relación a ellos y que configuran el *contrato real* que puede llegar a alterar cláusulas escritas.

Sucede que las partes se obligan no sólo a lo que han formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en dichos acuerdos y con un alcance razonable (art. 961).

Los *usos y costumbres particulares* son fuente de derechos y obligaciones para las partes tan relevantes (o más, muchas veces) que lo explícitamente acordado. Por tal razón deben ser visualizados y apreciados en sus connotaciones concretas respecto a la relación contractual, sobre todo cuando han modificado o le han atribuido un sentido particular a lo escrito.

Esos *usos y costumbres particulares* pudieron haberse generado en el marco de una situación excepcional (vgr. las restricciones a la circulación y el distanciamiento social) y, como tales, podrían repercutir de ahora en más en toda la dinámica del negocio que vincula a las partes.

Aquí volvemos, obviamente, al problema de la prueba del acuerdo paralelo no *escrito*. Cuestión importante sobre todo si tenemos en cuenta que no pocas veces las expectativas de las partes se basan en esos acuerdos implícitos resultantes de prácticas habituales (sean o no generales en el comercio o actividad de que se trate).

## 5. Expectativas

Distinguir las *expectativas ideales* de las *expectativas convenientes* para negociar de manera eficaz es otro desafío actitudinal para aproximarnos al conflicto. Es lógico que las partes se muevan en función de la convicción de haber logrado tal o cual derecho contractual, sobre todo si ello fue objeto de una ardua negociación.

El sentido de pertenencia del contratante con determinados derechos ganados a su contraparte puede resultar un obstáculo a superar para bajar las expectativas de soluciones ideales.

Las soluciones contractuales ideales en escenarios altamente conflictivos por circunstancias de extrema emergencia y gravedad como las que atravesamos deben dejar paso a las soluciones convenientes en función de la conservación del vínculo y de una redistribución de riesgos, ingresos o costes que podrían sentirse, para alguna de las partes, como una claudicación del derecho ganado en la negociación (probablemente una negociación sin la más mínima chance de imaginar siquiera una pandemia y todo lo que ella genera).

De modo tal que poder diferenciar las *expectativas ideales* de las *convenientes* es una herramienta de suma utilidad para renegociar eficazmente. Desde luego que podrían llegar a coincidir unas y otras, pero lo habitual es que no sea así.

## 6. Renegociación

Renegociar presupone cierta posibilidad de continuar con el negocio de las partes. Caso contrario se estaría perdiendo el tiempo. Desde luego, muchas veces se renegocia *a ciegas* pues se desconoce la situación real de la

cocontratante. Es parte del riesgo que se asume al ingresar en un proceso de revisión extrajudicial: que el otro sólo se dedique a ganar tiempo (sabiendo que carece de margen cierto para renegociar).

El resultado (la posibilidad de conservar un vínculo valioso y rentable) justifica ese riesgo. El desafío será, en todo caso, saber diferenciar cuando la otra parte del contrato está negociando realmente o solo generando tiempo muerto.

Si el escenario de renegociación existe (y es real) pasamos a ensayar situaciones eventuales y posibles para conservar el contrato. Renegociar el contrato requiere hacerlo de manera realista (en línea con lo que decíamos antes de las expectativas), sin precipitar soluciones extremas (romper el vínculo y extinguir el contrato) pensando en ventajas eventuales futuras (indemnización), no sin antes valorar la conveniencia de continuar con la relación en crisis aunque cambien sus reglas de juego, con cierta flexibilidad y amplitud de criterios y, fundamentalmente, practicando la *empatía* con la situación particular del cocontratante.

Ello dependerá, desde luego, de la situación puntual de las partes; básicamente, reconociendo el margen actual y futuro para continuar con el vínculo.

La norma del art. 1011, CCyC, referido a los contratos de larga duración, dispone que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

Dejemos el deber de lado y centrémonos en la *conveniencia* de renegociar e, incluso, no sólo ante el supuesto casi terminal de la decisión de rescindir (extinción unilateral incausada) sino, y especialmente, en cualquier hipótesis vinculada con la pandemia que, directa o indirectamente, afecte el normal desenvolvimiento de los efectos esperados del contrato.

Renegociar en tiempos excepcionales de crisis (y por *zoom*) es casi un arte que requiere no sólo conocimientos jurídicos sino habilidades para una comunicación interpersonal eficaz para superar las culpas recíprocas endilgadas por las partes y la frustración proyectada en el cocontratante.

### III. La problemática de los remedios jurídicos

Desarrollaremos el modo con el que valoramos y filtramos hacia el caso concreto toda la variedad de remedios jurídicos a disposición de ser usados en el conflicto.

¿Hay soluciones en el sistema jurídico para los problemas contractuales por los que los diferentes contratantes están atravesando (o podrían eventualmente atravesar) y que genera directa o indirectamente la pandemia y el aislamiento?

La respuesta es relativa. Depende del contrato, del problema y de la solución pretendida o imaginada. No hay remedios jurídicos precisos para todos y cada uno de los problemas que puede ofrecer la práctica jurídica actual. Algunos los tienen, otros no.

#### 1. Adaptación (verificación de la aplicabilidad de ciertos remedios)

Hay problemas jurídicos que requieren la adaptación particular de remedios genéricos diseñando la solución en una suerte de *traje a medida*. No se trata de una aplicación directa y automática como lo explicado en el subtítulo anterior.

Es el caso de la mayoría de las dificultades que vemos con los contratos paritarios e incluso algunos de adhesión (no de consumo) como los de comercialización (vgr. *renegociación* o *revisión* de cláusulas).

No existe la renegociación o la revisión estandarizadas o generales para cualquier conflicto contractual. Más aun, ni siquiera podemos pensar en renegociar y/o revisar del mismo modo (y con las mismas expectativas) en épocas de inusitada y extraordinaria gravedad como las que ahora vivimos que en épocas de relativa normalidad.

Lo propio puede decirse de cualquiera de los remedios generales estandarizados por el ordenamiento jurídico como ser: el caso fortuito o fuerza mayor; la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento (definitiva

o temporaria); la resolución por frustración del fin del contrato; la resolución o revisión por excesiva onerosidad sobreviniente; la suspensión del contrato y la tutela preventiva por amenaza de incumplimiento; etc.

Si pensamos que cualquiera de esos institutos nos resuelve el problema contractual del momento en el contexto de los incumplimientos, las demoras, el quiebre de la cadena de pagos, la reducción o desaparición brusca de ingresos, el incremento de costes, etc., etc., estaríamos dando el primer paso en falso en orden a una solución eficaz.

Todos y cada uno de aquellos institutos son útiles pero en la medida en que resulten aplicables al caso concreto. Parece una obviedad, pero el problema es que muchas veces no nos percatamos y damos por sentado que el instituto o remedio en cuestión aplica lisa y llanamente al caso que nos ocupa. Y no es así o no necesariamente lo es.

Estamos presuponiendo una aplicación automática simplemente porque asumimos, sin cuestionarlo y verificarlo previamente, que tal o cual cocontratante se encuentra en la hipótesis de hecho de la norma que regula el instituto del que se trate.

El proceso de adaptación al caso busca comprobar la *aplicabilidad* de ese instituto en función de las circunstancias del caso. Aquí sí es necesario realizar una evaluación conceptual. No se trata solo de cotejar condiciones fácticas como lo mencionado en el subtítulo anterior sino más bien de precisar si el concepto se configura (o no) en el caso concreto.

Ejemplos:

La pandemia por coronavirus es en sí misma un caso fortuito o fuerza mayor en los términos del art. 1730 del CCyC, pero ello no significa que sus consecuencias directas (restricciones a la circulación, impedimentos de ciertas actividades laborales, etc.) o indirectas (dificultades financieras y económicas en general de la sociedad y, en particular, de cada vínculo o relación contractual) lo sean necesariamente y para todos los contratantes o, en su caso, que lo sean de la misma manera e intensidad en todos los casos.

Lo propio puede decirse de la imposibilidad de cumplimiento como supuesto de extinción de la obligación y que, por cierto, presupone el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 955, CCyC). El caso fortuito debe generar la imposibilidad de cumplimiento.

Ahora bien, la noción de *imposibilidad* tiene distintas manifestaciones ya que puede ser jurídica o material; a su vez, puede presentarse con distintas intensidades según el contexto del contrato o la situación coyuntural puntual de las partes de tal o cual contrato. Por supuesto, puede ser definitiva (art. 955) o temporaria (art. 956) y los efectos extintivos, en uno y otro caso, se podrán asimilar si el plazo, en el caso de la imposibilidad temporaria, resulta esencial; ahora bien, cuándo el plazo resulta esencial es una cuestión a determinar en cada supuesto concreto.

Siempre será imprescindible verificar la aplicabilidad de tales institutos al caso concreto ya que ello no opera de modo automático, requiere de un proceso orientado a evaluar circunstancias de hecho y el modo que ellas encajan (si es que lo hacen) en los conceptos (no a la inversa).

Las mismas consideraciones caben para la suspensión del cumplimiento (art. 1031), la tutela preventiva (art. 1032), la frustración de la finalidad (art. 1090) y para la imprevisión (art. 1091).

Todos estos institutos requieren llevar a cabo el proceso de verificación de adaptabilidad al caso concreto.

## **2. Creatividad en la generación de nuevas soluciones**

Este es un tercer nivel. Hay problemas más complejos y novedosos que requieren de cierta *creatividad* para desarrollar una solución nueva no prevista en el ordenamiento o para aplicarla con algún efecto o modalidad particular (vgr. cláusulas de actualización, distribución equitativa de riesgos o costes sobrevinientes).

La teoría del esfuerzo compartido nacida en el marco de la emergencia del año 2001 es un fiel ejemplo de ese proceso creativo.

Lo propio puede decirse de la idea de plantear la revisión como acción en el marco de la imprevisión del Cód. Civil derogado. Recordemos que en dicho ordenamiento la imprevisión daba lugar a la resolución por el perjudicado y la parte contraria podía ofrecer una mejora equitativa (art. 1198, Cód. Civ. derogado) y fue en ese mismo contexto normativo que se desarrolló la idea (tanto doctrinaria como jurisprudencialmente) de que el perjudicado también podía requerir la revisión (y no solo la resolución). Esa idea hoy se encuentra plasmada en el art. 1091 CCyC.

Era, sin dudas, una gran idea creativa que fue receptada luego legislativamente.

Otro tanto encontramos en múltiples institutos respecto de los cuales los operadores del derecho supieron aplicar la creatividad para lograr soluciones que no existían hasta ese momento (al menos no en la legislación). Tal el caso de la teoría de la frustración del fin del contrato (art. 1090) resuelta por la jurisprudencia un par de décadas antes de su incorporación al CCyC.

### 3. Remedios con efectos colaterales

Por último, lo más difícil: soluciones que parecen evidentes y sencillas en teoría pero que encierran consecuencias secundarias o colaterales que si no se analizan, estudian y anticipan pueden resultar contraproducentes. Se trata de soluciones con efectos implícitos en un segundo plano o *remedios con efectos colaterales*.

Son respuestas que pueden resultar tentadoras pero deben ser analizadas en profundidad a fin de estar alertas a la eventualidad del efecto colateral, esto es, de una consecuencia no deseada (y difícil de obviar) que forma parte de la misma solución.

Ejemplo:

Es lo que sucede al resolverse el contrato por incumplimiento cuando no está del todo clara la causa del incumplimiento o, dicho en otros términos, si hubo (o no) caso fortuito o fuerza mayor que rompa el nexo causal de la responsabilidad por dicho incumplimiento. Si, en rigor, no hubo caso fortuito o

fuerza mayor (más allá de lo que estime quien ejerció la facultad extintiva) quedará como incumplidor y habrá generado un frente de responsabilidad que pudo haber evitado si efectuada alguna consideración adicional previa.

Desde luego que el punto tiene vinculación directa e inmediata con lo analizado en el subtítulo anterior pero ya no se trata solamente de una *verificación* de si el instituto *aplica* (o no) al caso concreto sino que vamos más allá. Es un ejercicio intelectual de anticipación del efecto colateral no deseado en el caso de que habiendo recurrido a la figura o instituto luego resulte que el encuadre no ha sido el correcto y se deba hacer frente a las consecuencias.

Dicho en otras palabras, la idea es no obnubilarse con la bondad de un remedio si no se ha chequeado, previamente a emplearlo, los efectos en caso de que falle el sustento fáctico que lo habilita.

Lo propio en los casos de rescindir sin causa y sin anticipar el preaviso y una eventual responsabilidad por su omisión; o ante la posibilidad de aplicar sin cuestionamiento alguno, cláusulas contractuales que pueden resultar objeto de controversia (es el caso de las renunciaciones a la imprevisión, las actualizaciones de prestaciones, etc.).

El marco descrito del contexto jurídico pretende resaltar la necesidad del análisis y la evaluación de cada contrato de un modo objetivo. Y ello tiene que ver con la forma en la que transmitimos el mensaje de una eventual solución a las partes que se encuentran en el marco de un conflicto contractual. No debería ser extremo en cuanto a posibilidad de éxito o derrota en términos absolutos, con mayor razón en una coyuntura que presenta causas tan peculiares como lo son las que han modificado las dinámicas de los vínculos sociales y relaciones interpersonales.

#### **IV. Conservación del sistema**

Hay situaciones que requieren de un cambio de enfoque o de una perspectiva de análisis complementaria. Por lo general el desafío es la complementación y no la exclusión de enfoques. Se trata de la perspectiva del

*sistema* del que forman parte algunos contratos o *principio de conservación del sistema* como pauta interpretativa.

Hay muchos contratos que encuentran grandes desafíos en esta coyuntura por formar parte de un sistema. Ello nos conduce a una forma de aproximarnos al contrato y a sus vicisitudes relacionadas con la pandemia de un modo dinámico y en perspectiva con el sistema que conforman.

## **1. ¿A qué nos referimos con el sistema que conforman estos ciertos contratos?**

Hay contratos que forman parte de red de contratos conexos o coligados y que integran un sistema. El sistema entendido como una serie de contratos vinculados que no pierden su individualidad pero sí dan lugar a un negocio o actividad que trasciende de esa singularidad contractual. El sistema es supracontractual.

Hay contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran entre distintos sujetos una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica común y que trasciende a cada contrato (arts. 1073 y ss., CCyC).

La red de contratos coligados conforma un sistema. Es lo que ocurre con el contrato de medicina prepaga, por ejemplo.

El fenómeno de los contratos coligados o conexos tiene consecuencias jurídicas tal como menciona el art. 1075, CCyC. En términos generales se produce una expansión de efectos de un contrato a otro. Así, la empresa de medicina prepaga es responsable, en principio y por regla, del incumplimiento de los prestadores subcontratados.

El hecho de que el deudor (empresa de medicina prepaga, siguiendo con el ejemplo) introduzca a un tercero en el sistema (prestador subcontratado) para ejecutar el contrato no altera el fundamento de su responsabilidad que sigue siendo directa.

Se trata, entonces, de una serie de contratos coligados que conforman un sistema con un fin común: la prestación del servicio de salud. Existe un entrecruzamiento de relaciones jurídicas.

La forma más simple de ver el tema de la conexidad y los sistemas es con ejemplos. No son todos exactamente iguales estos sistemas, cada uno de ellos tiene sus peculiaridades; no obstante, presentan como denominador común el hecho de que hay una realidad que trasciende cada contrato pero sin dejar de depender, a la vez, de cada contrato.

Es el caso, como ya dijimos, del contrato de medicina prepaga que integra el subsistema de salud privado. Lo propio con el contrato de ahorro previo para la adquisición de bienes determinados y que conforman el plan que agrupa a todos los suscriptores.

Hay muchos escenarios de conexidad que conforman *sistemas* (vgr. el sistema de tarjeta de crédito) y otros de conexidad pero que no desarrollan un sistema en sentido estricto (vgr. la vinculación de los contratos que enlaza una agencia de turismo con mayoristas proveedores y clientes; o el de los seguros en las operaciones de crédito bancario, etc.). Esto es importante para no confundir o identificar necesariamente conexidad y sistema supracontractual.

Ahora bien, hay contratos que reclaman una visión interpretativa desde el sistema como tal. Es lo que sucede con los dos primeros ejemplos (medicina prepaga o ahorro previo). Ello así porque encierran implicancias que trascienden de cada contrato. Lo que sea que se decida en uno, impactará en el resto, de un modo u otro.

Ya dijimos que la medicina prepaga en sí misma conforma un sistema (en cuanto vínculo entre la empresa organizadora, el afiliado y los prestadores, los dos primeros relacionados por medio del contrato).

¿Cómo se configura el sistema de salud y porqué es importante referirnos al respecto? Empezando desde el último interrogante es importante hacerlo porque permite la perspectiva de un análisis integral y realista.

Desde el inicio de la pandemia hemos escuchado (por lo que pudimos ver que ha ocurrido en otros países) que es necesario evitar que el sistema de

salud colapse por el incremento, a un nivel y ritmo inusitado, de la demanda de recursos limitados (y agotables).

La atención médica en nuestro país puede ser dividida en dos modalidades: gratuita o paga. La primera conforma el subsistema de salud pública en el cual las prestaciones las realizan los hospitales o centros de atención que se encuentran en el ámbito del Estado. La segunda conforma el subsistema de salud privada en el cual las prestaciones las realizan los sanatorios y clínicas de gestión particular o privada.

La atención de la población de nuestro país se distribuye 30-70 entre el primer subsistema y el segundo subsistema. El volumen del subsistema privado (alrededor de 30 millones de personas) se debe a que recibe destinatarios del servicio de salud desde: (i) las obras sociales nacionales y provinciales; (ii) el PAMI; (iii) las empresas de medicina prepaga. Estas últimas cuentan con afiliados directos y afiliados por derivación de aportes (asalariados y monotributistas).

Así entonces, el subsistema privado que presta servicios médicos al 70% de la población del país lo conforman efectores de gestión privada (sanatorios, clínicas, centros de diagnóstico y tratamiento, consultorios particulares, etc.) que prestan servicios a los afiliados no sólo de las empresas de medicina prepaga, sino también de las obras sociales sindicales y del PAMI.

Comprender el funcionamiento del sistema de salud es un dato clave a tener en cuenta frente a los problemas y desafíos jurídicos que se avecinan. El contrato de medicina prepaga es un engranaje más de toda esa maquinaria. Esa maquinaria es el sistema.

Desde otro lugar un análisis similar puede hacerse con el contrato de ahorro previo para fines determinados. Es un sistema por el cual un conjunto de adherentes pagan una cuota mensual actualizable (según el valor móvil del bien a adquirir), constituyen un fondo de ahorro común que permite la compra, generalmente, de dos bienes a adjudicar (automóviles) iguales para todos y que se entregan por sorteo o licitación.

Cada plan es un sistema, obviamente. Se componen habitualmente de 50, 60 y 84 cuotas, por lo tanto, cada grupo se conforma con un número de

personas que duplica la duración del plan (por la entrega de los dos bienes mensuales). La vinculación, en términos de sustentabilidad del sistema, entre las 100, 120 o las 168 personas suscriptoras del plan es evidente.

Por perspectiva del *sistema* referimos a la necesidad de una mirada que trascienda del contrato individualmente considerados e involucre a los *sistemas* que conforman.

Imaginemos ahora cualquier hipótesis de conflicto contractual (vgr. por incumplimiento, cumplimiento defectuoso, grave amenaza de incumplimiento, alteración de los riesgos/costes asumidos, etc., etc.) en el marco del contrato de medicina prepaga (enfoque individual) y su impacto, así sea mediato, en el sistema (enfoque colectivo).

En teoría el enfoque puede ser individual o puede ser colectivo. Puede comenzar en lo individual y conducir a lo colectivo (o viceversa). Cualquiera sea la solución pergeñada será un verdadero dilema entre dos bienes a proteger o entre dos males a evitar: lo individual y lo colectivo (o del *sistema*).

Alcanza con imaginar eventuales escenarios conflictivos por escases de recursos o insumos médicos o sanitarios. El dilema presentado en la hipótesis de una pretensión de obtener cobertura integral con provisión de insumos o recursos inexistentes o, al menos, insuficientes (y de difícil o imposible reposición) es dramático.

Ante un marco semejante habría que intentar no caer en la solución fácil del extremo sin consideración del opuesto. El desafío jurídico es lograr cierto equilibrio.

Lo ideal es evitar la tentación de resolver por el bien individual en sí mismo (vgr. ordenando proveer el insumo) sin consideración al interés público comprometido (vgr. políticas del Estado para administrar y/o distribuir esos insumos o recursos; sustentabilidad del *sistema* en cuanto tal, etc.). Desde luego, lo propio a la inversa; esto es, enfocarse únicamente en ese interés colectivo del sistema desprovisto de las circunstancias particulares de quien reclama.

El dilema es evidente. En un escenario hipotético de conflictividad por escases extrema de recursos sanitarios y con un *sistema* de salud privado

colapsado (en mayor o menor grado) o con razonable probabilidad de colapso, no puede pasar inadvertido el interés colectivo en el (y del) sistema en cuanto tal.

No se trata de no adoptar un enfoque basado en el interés individual sino, más bien, no basado exclusiva y únicamente en el interés individual (obviando el público o colectivo).

Hay que poder proyectar las consecuencias de la decisión individual más allá del plano individual.

En caso de adoptarla será asumiendo ese impacto en un subsistema de salud privado que, conforme sea la eventual gravedad, intensidad o extensión, podría no estar en condiciones siquiera de cumplir adecuada y oportunamente con una orden de provisión del recurso pretendido (porque el mismo no existe en el mercado para ser adquirido o porque el Estado cuenta con el monopolio de su disponibilidad).

Se decida priorizar la salud individual o la salud pública, debería poder anticiparse las consecuencias de cualquier decisión, en uno y otro plano.

En las hipótesis que se puede imaginar no hay decisiones sencillas, siempre será una opción entre dos bienes (o dos males) pero a la vez, lo será de las consecuencias o efectos colaterales cualquiera sea el bien mayor (o el mal menor) por el que se haya optado.

Salvando las distancias, un razonamiento semejante se puede aplicar al escenario conflictivo de contrato de ahorro y, en definitiva, de cualquier contrato que integre o conforme un sistema que lo trascienda.

## **V. Caso fortuito y fuerza mayor. Incumplimiento**

### **1. Análisis flexible y dinámico de los requisitos**

El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad (art. 1730). Esa es la regla. En el plano contractual el caso fortuito o fuerza mayor se manifiesta como imposibilidad de cumplimiento (art. 955 y 956).

La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debe reunir ciertos requisitos: (i) ocurrir con posterioridad a la celebración del contrato; (ii) no depender de las partes; (iii) ser objetiva en cuanto afectará a la prestación esencial en sí misma y no al sujeto deudor; (iv) ser total o absoluta y (v) definitiva o irreversible.

En tal caso, extingue la obligación sin responsabilidad.

Lo propio ocurre cuando siendo temporaria la imposibilidad el plazo es esencial o su duración frustra el interés del acreedor de modo invariable.

La imposibilidad de la prestación que extingue la obligación debe ser *sobrevenida* y no originaria, vale decir, debida a una causa sucedida luego de nacida la obligación. Si fuese originaria estaríamos frente a un supuesto de nulidad de la obligación o del contrato.

Para que la imposibilidad de la prestación extinga la obligación debe ser una imposibilidad debida a una causa que no dependa del deudor, no debe serle imputable, es decir, le es *ajena*.

Las circunstancias que rodean las hipótesis de incumplimiento deberían, en teoría, ser *objetivas* por afectar a la prestación y no al deudor de la misma (en cuyo caso sería subjetiva).

Por lo tanto, siempre en un plano teórico, si la imposibilidad del cumplimiento no afecta a la prestación en sí misma no habría margen para la hipótesis de extinción.

En general las hipótesis de conflicto que se plantean tienen que ver con imposibilidades objetivas ya que la pandemia vino acompañada de restricciones, limitaciones o prohibiciones de actividades. Ahora bien, la realidad es más rica y compleja. En efecto, pensemos por un momento en la situación de las personas en grupos de riesgo y que una de ellas sea contratante, que la actividad no esté afectada pero la persona no pueda realizarla porque se corresponde a uno de los grupos de riesgo.

Desde un enfoque práctico, concreto y particular puede resultar algo complejo establecer una separación tajante y clara entre el carácter objetivo y subjetivo en algunos supuestos. Es probable que haya situaciones en las cuales

el caso fortuito o fuerza mayor no tenga que ver con la actividad (objetiva) sino con el deudor de la obligación (subjctiva). Imaginemos, como dijimos, la hipótesis de la persona de riesgo.

En tal escenario no podemos menos que propiciar una interpretación amplia y flexible de la norma. Habrá que analizar, como siempre, el caso concreto pero la idea es no rechazar *a priori* la posibilidad de aplicar la teoría por que la imposibilidad no califique como objetiva y sí como subjctiva.

La imposibilidad debe ser *absoluta*.

¿Qué sucede si, en el contexto actual, es *parcial*?

Se podría considerar, en teoría, que si la imposibilidad afecta a parte de la prestación debida, la extinción de la obligación será parcial. Pero es solo una posibilidad conceptual, obviamente será necesario evaluar el caso ya que podría suceder, incluso, que la imposibilidad parcial de lugar a la extinción parcial o total dependiendo del alcance de esa *parcialidad* y de su incidencia en el contratante acreedor.

Otro supuesto que merece una atención es el de imposibilidad *transitoria* de la prestación. Si la imposibilidad de la prestación no es definitiva sino transitoria o provisional no procede, por regla, la extinción de la obligación. Generará ese efecto, dice el art. 956, cuando el plazo es esencial, o la duración de la imposibilidad transitoria frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

Vale decir, si al no cumplir en el momento acordado, el cumplimiento tardío no satisface el interés del acreedor, habrá imposibilidad *transitoria* pero con efectos de *definitiva* y extinción de la obligación.

Ahora bien, dando un paso más, se podría considerar la posibilidad de una imposibilidad *transitoria* pero asimilada a *definitiva*. Esa asimilación no tendrá en cuenta el interés del acreedor y el plazo como sucede en la hipótesis del art. 956 sino en una situación que se sabe transitoria pero de una gravedad y relevancia tal que en términos práctico es lo mismo que si fuese definitiva.

Imaginemos la imposibilidad provisional de cumplimiento de la prestación respecto de contratos y obligaciones afectados por la escasez de insumos o recursos médicos, sanitarios, etc. o, acaso, por la disponibilidad

monopólica asumida por el Estado (como de hecho sucede con algún equipamiento médico y ciertos medicamentos).

Otra posibilidad es que sin llegar a considerarse la extinción de la obligación, como consecuencia de esa imposibilidad transitoria grave y relevante, se decida la suspensión de la prestación (siempre que perdurase el interés del acreedor) y no, necesariamente, la extinción.

## 2. La pandemia como caso fortuito o fuerza mayor

La pandemia por coronavirus es en sí misma un caso fortuito o fuerza mayor en los términos del art. 1730 CCyC, pero ello no significa que sus consecuencias directas (restricciones a la circulación, impedimentos de ciertas actividades laborales, etc.) o indirectas (dificultades financieras y económicas en general de la sociedad y, en particular, de cada vínculo o relación contractual) lo sean necesariamente y para todos los contratantes o, en su caso, que lo sean de la misma manera e intensidad en todos los casos.

Lo propio puede decirse de la imposibilidad de cumplimiento como supuesto de extinción de la obligación y que, por cierto, presupone el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 955). El caso fortuito debe generar la imposibilidad de cumplimiento.

La noción de *imposibilidad* tiene distintas manifestaciones ya que puede ser jurídica o material; a su vez, puede presentarse con distintas intensidades según el contexto del contrato o la situación coyuntural puntual de las partes de tal o cual contrato. Por supuesto, puede ser definitiva (art. 955) o temporaria (art. 956) y los efectos extintivos, en uno y otro caso, se podrán asimilar si el plazo, en el caso de la imposibilidad temporaria, resulta esencial; ahora bien, cuándo el plazo resulta esencial es una cuestión a determinar en cada supuesto concreto.

Siempre será imprescindible verificar la aplicabilidad de tales institutos al caso concreto ya que ello no opera de modo automático, requiere de un proceso orientado a evaluar circunstancias de hecho y el modo que ellas encajan (si es que lo hacen) en los conceptos (no a la inversa).

A esto nos hemos referido en una de las publicaciones anteriores cuando aludimos a la *adaptación* como verificación de la aplicabilidad de ciertos remedios al caso concreto y no partir del presupuesto de su aplicabilidad automática o forzosa.

Lo propio en sentido contrario, tal como vimos en el título anterior; vale decir, partir de la premisa de su no aplicabilidad al caso porque tal o cual recaudo conceptual no se configura (vgr. el caso de la imposibilidad subjetiva, no objetiva).

Así entonces, entrar a considerar la imposibilidad de cumplimiento como eventual supuesto extintivo requiere, en primer lugar, distinguir la pandemia (y las restricciones para minimizar su impacto) como caso fortuito o fuerza mayor que es, de como juegan esas restricciones en determinado contrato.

La pandemia ha sido imprevisible e inevitable, en términos razonables y del modo cómo se dieron los acontecimientos. Es claro que la *evitabilidad* existía, en términos teóricos al menos, pero ello no cambia la situación. La posibilidad de ser evitada una situación que ya no resulta imprevisible (ya que estaba ocurriendo en otros países) es analizada en términos prácticos: ¿había margen concreto y razonable de evitar realmente el contagio en nuestro país?

En términos teóricos sí, cerrando por completo el país a principios del mes de marzo. Sin embargo, ese es un análisis que podemos hacer ahora. No antes. La inevitabilidad debe ser evaluada en el momento y hacia adelante, no retrospectivamente.

Por otra parte, en ese momento concreto imaginario de análisis prospectivo no había aun siquiera una declaración de pandemia por las autoridades sanitarias mundiales, lo cual ocurrió la segunda semana del mes de marzo.

En síntesis, la pandemia califica como un caso fortuito o fuerza mayor, pero ello no concluye nada, al contrario genera el inicio del análisis.

### 3. ¿Cómo impacta la pandemia en el caso concreto?

En efecto, otra consideración muy distinta es cómo impacta la pandemia y sus consecuencias en determinadas relaciones concretas y puntuales. Las restricciones, limitaciones y prohibiciones al desarrollo de ciertas actividades han repercutido con distinta intensidad en muchas relaciones contractuales. Ya aludimos a ello en la primera de las publicaciones.

Incumplimientos, cumplimientos defectuosos o diversos a lo pactado (en el objeto de la prestación, en el modo o tiempo); desfasaje económico entre las obligaciones de las partes o desacoples por dificultades de terceros (proveedores, transportistas, clientes, prestadores subcontratados, financiadores de operaciones, etc.); modificaciones de los riesgos y contingencias previstos en otro contexto; incertidumbre frente eventuales incumplimientos futuros; etc., etc. Todo ello, y más, se encuentra a la orden del día en materia de contratos.

Si trasladamos estas situaciones generales al análisis que queremos efectuar allí veremos la dificultad. Veamos el problema de la imposibilidad.

Cuando aludimos a la imposibilidad de cumplir como hipótesis de extinción de la obligación caemos en cuenta de la necesidad de descubrir en primer lugar qué la ha generado. Uno podría apresurarse y responder de forma simplista: la pandemia. En realidad, no. En todo caso, ha sido causada por las restricciones y/o prohibiciones adoptadas para minimizar el impacto del coronavirus.

Las medidas adoptadas han impactado en el tráfico comercial en particular y contractual en general. No a todos de la misma manera y con la misma intensidad.

En algunos casos ha sido un impacto absoluto y rotundo (vgr. por no producir, vender, etc.) de la actividad en sí misma al estar paralizada por disposición del Estado Nacional (restricción objetiva). En otros supuestos la restricción ha sido subjetiva, tal como sucede con las limitaciones y resguardos para las personas de riesgo. O bien, puede no ser absoluta, sino relativa y con mayor o menor incidencia en la posibilidad de cumplimiento. Nos referimos al respecto en el título anterior.

En el contrato asociado a esa actividad la consecuencia es evidente: no puede ser cumplido, al menos no del modo acordado y en tiempo y forma. Si no se produce no se puede vender, entregar, distribuir.

Una primera hipótesis de situación extrema (paralización de producción) nos coloca ante una imposibilidad de cumplimiento que reúne las condiciones del caso fortuito o fuerza mayor.

Desde luego, aun en un escenario de imposibilidad ajena a las partes y absoluta, la misma puede ser o no definitiva. Es decir, lo definitivo no son los hechos que generan restricciones, tampoco no poder producir (comerciar, brindar un servicio o llevar a cabo la prestación comprometida que fuere), sino la situación concreta de cada cocontratante.

Sucede que las restricciones obviamente no serán definitivas, pero el impacto concreto y particular sí puede serlo, sea para el cocontratante como tal o para el contrato y la prestación que debía cumplir. Por lo tanto, aunque la cuarentena cese o se aliviane (lo que la hace esencialmente transitoria y relativa -no absoluta como condición del caso fortuito-) la imposibilidad de cumplir podría seguir siendo absoluta y definitiva en el marco de la situación puntual del contrato.

Lo que nos permite esto es analizar, como decíamos en un principio, el modo en que caso fortuito incide como causa de incumplimiento en el caso concreto.

Otra hipótesis es la que se presenta con la situación que no es extrema en cuanto a que la prestación no puede ser cumplida del modo previsto en función del interés de las partes. No hay una imposibilidad de cumplir absoluta, pero sí relativa y que afecta a la cantidad, tiempo, modo, etc.

Si enfocamos esto desde un punto de vista meramente teórico podemos caer en el error de desechar sin analizar la posibilidad de configuración del incumplimiento extintivo por caso fortuito o fuerza mayor cuando de lo que se trata no es si no de un supuesto de cumplimiento parcial o defectuoso pero esencial y relevante.

Finalmente, aparece la hipótesis del incumplimiento transitorio.

Lo cierto es que cualquier supuesto que podamos analizar en el que las restricciones como consecuencia de la pandemia no generen la quiebra del contratante y sí, en todo caso, una serie de dificultades para proyectar un nuevo cumplimiento será una hipótesis de incumplimiento transitorio.

Desde un plano teórico, de nuevo, se podría pensar que vuelta la “normalidad” se restablece la dinámica del contrato, pero ello podría resultar algo iluso. Sería necesario analizar la situación concreta porque esa dinámica podría verse sensiblemente afectada (vgr. menor producción, mayor demora en la misma producción).

En cualquier caso, el incumplimiento transitorio debe ser analizado desde la esencialidad de plazo para las partes pero en concreto. El plazo esencial para un contratante en cierto contrato puede no serlo para otro, aunque el contrato sea de la misma naturaleza.

## VI. Suspensión del cumplimiento

### 1. El art. 1031 CCyC

Todos conocimos la excepción de incumplimiento contractual a partir del Cód. Civ. derogado por la cual un contratante demandado a cumplir podía oponerse al progreso de la acción si el actor, a su vez, no había cumplido con su prestación.

El CCyC incorpora el mismo concepto en el art. 1031 pero agrega una novedad, la *excepción* de incumplimiento también puede ser una *acción*.

En efecto, si el contrato es bilateral (y las partes deben cumplir simultáneamente) un contratante puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta tanto el otro contratante cumpla u ofrezca hacerlo.

La suspensión en cuestión puede ser articulada como acción judicial o como excepción.

Imaginemos una compraventa de un inmueble, es un contrato bilateral y puede ser configurado como de cumplimiento simultáneo. A partir de este ejemplo veamos cada situación.

Resulta interesante analizar esta herramienta. Si prestamos atención veremos un detalle no menor. El título de la sección de la que forma parte el art. 1031 es “suspensión del cumplimiento y fuerza mayor”.

¿Por qué alude a la fuerza mayor? ¿Qué papel juega?

La herramienta supone un incumplimiento. Es lógico que para que un contratante plantee la suspensión de su cumplimiento (que recordemos, debe ser simultáneo) se requiera el incumplimiento del otro en el marco del contrato bilateral.

Volvamos al ejemplo anterior, si el comprador no cumple con el pago, el vendedor no lo hará tampoco con su prestación de transferir la propiedad.

Se podría pensar que la fuerza mayor es la que genera ese incumplimiento; sin embargo, nada en la norma autoriza a restringir la interpretación a esa hipótesis. El incumplimiento de una de las partes en el contrato bilateral y de cumplimiento simultáneo autoriza a la otra a no cumplir; es decir, una parte “no cumple” pero de manera legítima (debido al incumplimiento de la otra).

Siguiendo con la hipótesis, el vendedor no transfiere la propiedad si el comprador no le paga (u ofrece hacerlo). El motivo por el cual el comprador no le paga al vendedor es indistinto para la figura.

La suspensión del cumplimiento del vendedor, en el caso descrito, no está condicionada a la fuerza mayor del comprador. El motivo por el cual el comprador no cumple con su prestación le es indiferente al vendedor a los fines de la suspensión del cumplimiento.

Lo anterior es el marco conceptual básico. Podemos avanzar, a continuación, con los detalles operativos y que hacen compleja e interesante a la figura.

## *1. Suspensión judicial (no extrajudicial)*

La suspensión siempre es judicial (se plantea como acción o excepción). Lo relevante de esa afirmación es lo que excluye: no es extrajudicial.

Esto es importante a fin de no realizar una lectura apresurada e incorrecta ya que la norma dice que una parte “...*puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta tanto el otro contratante cumpla u ofrezca hacerlo*”.

Esa suspensión no es extrajudicial. No es a criterio exclusivo de la parte que se coloca en esa situación, sino a criterio de un juez.

Si así no se hiciera y de manera extrajudicial el vendedor no cumple (suspende) alegando que la compradora, a su vez, no cumplió con su prestación asume la contingencia de que su conducta (suspender de hecho) sea calificada como incumplimiento fundante del pacto comisorio por la otra.

De modo tal que el apresuramiento de la parte que creería actuar conforme a derecho estaría, en realidad, llevándolo a un callejón sin salida si la otra parte lo advierte y lo hace jugar a su favor en un escenario de conflicto.

## *2. Alcance del incumplimiento y la suspensión*

El vendedor suspende judicialmente porque el comprador no cumple y ello es independiente de las razones que lo llevaron a no hacerlo.

Esa fue la primera idea general desarrollada y dijimos que era irrelevante el motivo (eventual fuerza mayor) que pudo generar el incumplimiento. Ello tiene que ver con la confusión que puede crear la mención de la sección que alude a la fuerza mayor.

Ahora bien, si damos un paso más veremos que, en rigor, el incumplimiento de la parte (por el cual la otra suspende) si estuviese fundado en la fuerza mayor se configuraría el supuesto de la imposibilidad de cumplimiento de los arts. 955 y 956 que analizamos y tal como vimos en la publicación anterior ello daría lugar a la extinción de la obligación y lo eximiría de responsabilidad al contratante incumplidor (por caso fortuito o fuerza mayor).

En consecuencia, y siguiendo con el escenario de la compraventa, si el comprador no cumple por fuerza mayor y su obligación se extingue en los

términos del art. 955 CCyC el contrato se extingue también sin responsabilidad y no habría lugar para que el vendedor suspenda su propio cumplimiento si la prestación del comprador se ha extinguido (en ese marco y por esa causal).

## 2. El art. 1032 CCyC

La norma del art. 1032 contempla la tutela preventiva y es algo más críptica y, por tal razón, debemos transcribirla: *“una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”*.

Es necesario descifrar (más que interpretar) esta norma.

Decimos esto porque se parte del presupuesto de que es una herramienta de suma utilidad en el contexto de la problemática contractual. Puede serlo, pero veamos sus detalles. Si no se los tiene adecuadamente en cuenta más que un remedio puede ser un dolor de cabeza adicional.

### 1. ¿A qué contratos aplica?

Así como antes vimos en el caso de lo previsto en el art. 1031 que aplica a los contratos bilaterales y de cumplimiento simultáneo, nada refiere al respecto la hipótesis de la tutela preventiva del art. 1032.

Por lo tanto, aplicará a cualquier contrato ya que la idea es resguardar el crédito de la parte que se puede ver afectado por el riesgo del incumplimiento de la otra.

Tal vez la forma más fácil de ubicar la figura sea en los contratos no simultáneos (a los que refiere el art. 1031) o de cumplimiento sucesivo, es decir, aquellos acuerdos en los que una de las partes cumple primero y luego la otra.

### 2. Operatividad

*“...una parte puede suspender su propio cumplimiento...”*

En el caso caben consideraciones semejantes a las realizadas con la figura anterior: ¿suspensión judicial o extrajudicial?

La norma no dice nada como sí lo dice el art. 1031 (que habla de acción o excepción), por ende, se podría pensar que la suspensión (como tutela preventiva) del art. 1032 podría ser extrajudicial.

Tenemos nuestra duda al respecto. No por una cuestión conceptual jurídica, sino más bien práctica. Imaginemos que un contratante se considere en la situación de hecho (y a la cual nos referiremos en el subtítulo siguiente) que lo habilitase a suspender y lo hace extrajudicialmente.

Lo anterior implica que deba analizar y concluir que se configura la hipótesis de hecho que habilita a suspender. En un escenario semejante es razonable que la otra parte controvierta esa conclusión (e incluso, eventualmente cabe la posibilidad de que se le de la razón en una controversia judicial al respecto). En tal caso, quien suspendió inicialmente de modo extrajudicial concluyendo que se cumplía con la situación fáctica puede caer en incumplimiento, por la sencilla razón de que su suspensión resultará, en definitiva, ilícita (porque el presupuesto fáctico, en realidad, no se cumplía).

De modo tal que si un contratante quiere suspender extrajudicialmente asume un riesgo muy alto. El riesgo de que lo que él entiende como presupuesto fáctico para la suspensión, en rigor no lo sea y su suspensión redunde en su propio incumplimiento.

Por lo tanto, es más que obvio que no se trata, por conveniencia y prudencia práctica, de una hipótesis de suspensión extrajudicial y que la misma requiere de una actuación judicial que, así sea preliminar o cautelarmente, ordene suspender.

Aquí aparece en escena otro instituto al que nos referiremos en otra publicación que es la acción preventiva genérica (la del art. 1071, CCyC) pero aplicada al ámbito contractual.

De más está decir que no se sana la conducta por notificar o avisar a la contraria. La decisión es unilateral. Notificada o no a la contraria en nada cambia la situación. Salvo, claro, que en el contrato las partes lo hayan previsto

al incorporar la posibilidad de la suspensión extrajudicial con la notificación a la contraria.

### 3. Presupuesto

La suspensión, como tutela preventiva, procede cuando los *derechos* de una de las partes del contrato *sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.*

Primero, no es necesario un daño. Basta con la amenaza de daño. Es a lo que apunta la tutela preventiva (por eso es preventiva). No basta con cualquier amenaza sino que debe ser grave, es decir, de una cierta entidad e importancia (no el daño potencial, sino la amenaza en sí misma).

Segundo, la amenaza del daño lo es en los *derechos* de la parte afectada. Obviamente en los derechos emergentes del contrato y se sobreentiende que alude al derecho esencial y primario en el marco de un contrato, esto es, que se le cumpla la prestación. Ello se comprende a tenor de la última parte de la norma: *“la suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.*

El eje de la cuestión es el incumplimiento de la prestación. El derecho de quien suspende es el derecho a que se le cumpla, en tiempo y forma, la prestación por el otro contratante.

Es claro que estamos hablando del peligro de incumplimiento de una obligación contractual relevante que puede dar lugar a una grave amenaza de daño para el afectado en el crédito; no obstante, podría no generar ese efecto si el peligro del incumplimiento estuviese garantizado (suficientemente).

Tercero, la grave amenaza de daño (por incumplimiento) se debe originar en algo que le sucede a la parte contraria a la que suspende. Ese “algo” impactará ocasionando un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

Es decir, la parte ha sufrido un deterioro relevante en su capacidad para cumplir (o en su solvencia).

¿Qué es esto?

Veamos de lo que no trata la norma. No es un supuesto de imposibilidad de cumplimiento (estaríamos ante otra figura). No es cualquier deterioro, sino uno importante.

Entonces, es una situación por la cual una parte se ve afectada gravemente en su capacidad de cumplir.

¿Cómo sucede eso? De cualquier manera que pudiésemos imaginar.

Dado que no se trata de imposibilidad sino de deterioro de la capacidad para cumplir es obvio que puede tener diferentes enfoques: ¿cómo se menoscaba o reduce la aptitud o capacidad de cumplir? ¿Cuándo no se logra el mismo volumen de producción... porque los empleados no se pueden desplazar, porque los proveedores no suministran, etc.? ¿Cuándo no se puede cobrar porque se quebró la cadena de pagos...? ¿Cuándo no se gana porque no se vende... o se vende en un volumen que no cubre costos...?

La aptitud para cumplir puede tener distintos enfoques. Puede ser financiero (no hay dinero) o económico (no hay producción, no hay ventas...). A su vez, las causas pueden ser de lo más variables por influencia directa (o indirectas) de las restricciones vinculadas a las medidas para contener los efectos de la pandemia.

La aptitud para cumplir de un contratante se puede ver menoscabada por resultar afectada la *situación financiera* de ese contratante y ello hace referencia al efectivo con que dispone a corto plazo (liquidez). Lo propio cabe considerar respecto de la *situación económica* que alude al conjunto de bienes que integran su patrimonio y/o a la posibilidad de producir flujos de ingresos de liquidez o capital (solvencia).

Por lo tanto, lo anterior pone en evidencia la complejidad del concepto *menoscabo significativo en su aptitud para cumplir*.

La aptitud para cumplir no es unívoca y su *menoscabo significativo* tampoco.

Y a partir de aquí surge otro interrogante: ¿quién lo evalúa?

Si la parte que pretende suspender hace esa evaluación y arriba a tal conclusión es claro que será “su evaluación” y que puede no ser representativa de la “real” situación financiera y/o económica de la otra parte (que es la que sufre el menoscabo significativo en la aptitud para cumplir).

Cualquier signo externo que un contratante lea o interprete de su cocontratante no significa que esa lectura sea correcta, precisa o adecuada.

Por lo tanto, lo expuesto no hace más que poner sobre el tapete la necesidad de un planteo para que se genere una instancia probatoria (así sea preliminar) a fin de obtener una decisión judicial y con ello no exponer a quien pretende suspender a una decisión apresurada y eventualmente equivocada (lo cual tendría un efecto *boomerang*).

En su caso, de hacerlo, será con conocimiento del riesgo y asumiéndolo como tal. Vale decir, informando adecuadamente la contingencia a fin de evaluar el costo de oportunidad de la decisión.

## VII. Cierre

Ingresar en la problemática contractual es apasionante. Nos coloca ante la necesidad de tener que manejar lo *conceptual-teórico* pero también ante la urgencia de repasar la forma en la que habitualmente nos paramos frente al conflicto (no judicializado), es decir, el desafío *actitudinal* se encuentra presente en la respuesta a la pregunta formulada al inicio: ¿cómo nos aproximamos a los problemas contractuales?

Nos detuvimos en ciertos aspectos claves: el contrato sin contrato (instrumentado), la calificación del vínculo, la evaluación de las cláusulas especiales, los acuerdos implícitos, las expectativas frente al conflicto y el proceso de renegociación.

Hemos desarrollado los puntos que consideramos relevantes para posicionarnos eficazmente de cara a un conflicto contractual teñido de incertidumbres y desconciertos.

Todo lo expuesto bajo el título “¿Cómo nos aproximamos a los problemas contractuales?” es relevante para emprender un abordaje del contrato paritario conflictuado de manera eficiente.

Son herramientas que buscan reconocer lo que tenemos y lo que no tenemos (no lo que creemos que tenemos) a fin de trabajar el conflicto sin sesgos dogmáticos que no harán más que desbaratar las chances de recuperación del negocio o de minimización del impacto negativo de su ruptura.

Mencionamos también otras *actitudes prácticas*: (i) el modo con el que valoramos y filtramos hacia el caso concreto toda la variedad de remedios jurídicos a disposición de ser usados en el conflicto y (ii) el cambio de enfoque que requieren algunas situaciones como ser la perspectiva del *sistema* del que forman parte ciertos contratos (*principio de conservación del sistema* como pauta interpretativa).

Desarrollamos consideraciones en torno al “*conflicto contractual ante la pandemia*” y nos detuvimos en la manera en que nos vinculamos a los remedios jurídicos.

La idea es distinguir situaciones muy disímiles en la búsqueda de soluciones y que, por lo general, cuando ingresamos en el proceso de anticipar respuestas a los interrogantes que el conflicto genera no solemos detenernos en el mismo.

Así, referimos a las *previsiones específicas* que solamente deben ser aplicadas al caso; la adaptación de ciertos remedios que requieren de una instancia de verificación de su *aplicabilidad* al caso; la *creatividad* en la generación de nuevas soluciones que exige no encasillarnos en la única forma usualmente prevista para tal o cual solución y, por último, la necesidad de atender a los *efectos colaterales* de ciertos institutos.

Otro detalle importante a tener en cuenta es la perspectiva del sistema contractual como pauta interpretativa en el marco de las complicaciones propias de la cuarentena y la pandemia.

Se reconoce el principio de conservación del contrato. Bien se podría aplicar el mismo concepto al *sistema*, teniendo en cuenta el funcionamiento y relevancia del *sistema* en algunos contratos.

Podemos imaginar así el *principio de conservación del sistema* como una síntesis que englobe las consideraciones anteriores respecto de la necesidad de pensar en las consecuencias de una decisión (o suma de) decisiones individuales que en pos del interés individual repercute en contra del interés colectivo (el del sistema como tal).

El *principio de conservación del sistema* es una derivación razonable de lo expuesto anteriormente y que busca poner siempre en *perspectiva de sistema* a cualquier enfoque individual. No se trata de resolver arbitrariamente y sin fundamentación a favor del interés colectivo (del sistema) sino en no perderlo de vista en cada conflicto concreto en el que se encuentren involucrados los contratos que conforman ese sistema.

La conservación del sistema es una relevante pauta interpretativa y valorativa de los intereses en juego y de la prolongación de sus consecuencias multidireccionalmente (hacia el sistema en sí mismo y hacia otros planteos individuales semejantes).

Nos hemos detenido también en el caso fortuito o fuerza mayor como generador de la imposibilidad de cumplimiento. Sabido es que el efecto extintivo de la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor dependerá de cada caso concreto, del modo en cómo impacten las medidas restrictivas y limitaciones propias de la cuarentena en la dinámica del contratos y de las partes.

El desafío interpretativo se presenta con dos de los requisitos de la imposibilidad: que sea absoluta y definitiva (o temporaria pero con efectos de definitiva para el acreedor).

Una imposibilidad es absoluta cuando resulta completa, total: no se puede cumplir con la prestación. Es el caso extremo y, por lo general, fácil de visualizar. El problema se puede dar en otros tipos de escenarios, esto es, cuando la imposibilidad no es absoluta sino relativa. Nos hemos referido al respecto aceptando la posibilidad de una extinción o, incluso, de la suspensión del cumplimiento.

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 5

Por otra parte, la dinámica de la suspensión del contrato, sea en el caso de la figura del art. 1031 o en la hipótesis del art. 1032, no es tan simple como aparenta ser a primera vista.

Encierra algunas complejidades conceptuales, otras tantas dificultades prácticas y la necesidad de un acercamiento prudente.

Son herramientas útiles. Pero no soluciones mágicas.

Y, sobre todo, son mecanismos que deben ser articulados con el resto de los institutos (caso fortuito y fuerza mayor, imposibilidad de cumplimiento) a fin de arribar a conclusiones que no resulten abstractas o, peor aún, con un efecto colateral adverso para quien lo pretendía como un salvataje de su situación contractual.



# DECONOMI