



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO III - NÚMERO 5 - DICIEMBRE DE 2020

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **IFUNDIR**
E | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

DECONOMI

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick
Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi
Director Área Recursos: Natalia Waitzman
Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari
Rodrigo Bustingorry
Sara Llorente
Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría
Salvador Bergel
José Casás
Raúl Etcheverry
Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo
Horacio Corti
Miguel De Dios
Leila Devia
Graciela Junqueira
Beatriz S. Krom
Silvia Nonna
Martín Paolantonio
Jorge S. Sicoli
Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

DECONOMI

ÍNDICE

Presentación – Nota del director por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
Doctrina	
“Contrato de locación versión 2020” por Claudio Alfredo Casadío Martínez	Pág. 6
“El conflicto contractual en el marco de la pandemia” por Iván G. Di Chiazza	Pág. 31
“La renegociación y la revisión contractual frente a la pandemia COVID-19” por Germán E. Gerbaudo	Pág. 68
“¿La pandemia trajo cambios en materia de ejecución de títulos valores y créditos?” por Nicolás Malumián y Mariana Scrofina	Pág. 95
“El contrato de seguro frente a la pandemia” por Miguel Piedecasas	Pág. 104

DECONOMI

NOTA DE DIRECTOR

Estimados Lectores:

Por la crisis pandémica se cierra un oscuro capítulo en la vida académica y nos encuentra en un papel protagónico.

Es que si bien la pandemia esmeriló y hasta impidió muchas actividades, nosotros, como profesores escribimos una histórica página resistiendo la parálisis y dictando clases remotas para dar fundamento de la valía de cada rincón pedagógico de la Academia.

Con esfuerzo y dedicación hemos logrado dar contenido profundo y valioso a nuestras clases, utilidad a los conocimientos que transmitimos y enseñar deontológicamente el valor ético de nuestra profesión.

Sepan que el esfuerzo no es en vano. Porque nuestros alumnos no lo olvidarán.

Desde ya, gracias a todos, pues confío en que, luego de nuestro aporte, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires estará al tope de consideración entre las mejores del mundo y, en parte, será por nuestra humilde pero imprescindible tarea.

De nuevo, muchas gracias.

Y siendo éste el último número del año aprovecho la oportunidad para saludar a todos los que con su colaboración han hecho posible la publicación de este hito editorial y académico que supone la aparición de esta Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA. Saludo también con agradecimiento a los profesores que conforman el equipo del Departamento y que con su labor permitieron que todo fluyera aceitadamente durante un año tan complejo.

Sólo me queda desear a todos muy felices fiestas y un gran comienzo para enfrentar con fuerzas el año que llega con la esperanza que sea superador de lo padecido durante este año viejo.

Felicidades!!!!

Héctor Osvaldo Chómer

Director

DECONOMI

“Contrato de locación versión 2020”

por Claudio Alfredo Casadío Martínez¹

I. La locación en el CCyC y su reforma.

En este contrato se retribuye el uso y goce temporal y garantizado de una cosa, con el pago de un precio en dinero, y no se diferencia en principio de tantos otros que regula el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), si no fuera por su trascendental importancia social, a tal punto que se ha expresado que este contrato ha tensado axiológicamente la libertad de contratación y la preservación de múltiples fines sociales² como pocos, ello por afectar en muchos casos uno de los bienes más importantes de las personas: la vivienda familiar.

Con la sanción en el año 2015 del CCyC se derogó la llamada “ley de alquileres” que regía con anterioridad y se incorporó la regulación de este contrato, en el novel cuerpo a partir del art. 1187, siguiendo en lo principal la línea trazada por su predecesora.

Sin embargo, a poco de su entrada en vigencia, las previsiones legales fueron objeto de crítica, básicamente desde las agrupaciones de inquilinos, pregonándose su reforma. Entre otras críticas, rescatamos a modo de ejemplo una de ellas; así se sostuvo que: “Nunca -en los últimos cien años- hubo tanta movilidad e incidencia tan alta del precio de los alquileres en los ingresos familiares. La finalización de cada contrato es una aventura y un golpe de suerte para millones de familias que desconocen hasta último momento si van a poder continuar su contrato, en las condiciones impuestas libremente por el mercado”³. Así fue que comenzaron a presentarse en el Congreso diversos proyectos de reforma y se llegó (en plena pandemia) a la sanción de la ley 27.551, que

¹ Abogado y Contador Público Nacional (UNLPam), Profesor Titular Regular de Actuación Judicial y Profesional y Asociado Regular de Derecho Concursal y Cambiario de las carreras de Contador y Abogado (FCEyJ – UNLPam) – Investigador Categ. III – Premio FACPCE 2008, Actual integrante de la Comisión de Peritaje Contable de la AIC (Asociación Interamericana de Contabilidad) y Consejero Suplente del Consejo de la Magistratura de la Pampa en representación de los Contadores de la Matrícula – Anteriormente se desempeñó como Director del Centro de Investigaciones de Ciencias Económicas (FCEJ – UNLPam), Integrante del CECYT de la FACPCE y Consejero Directivo de la FCEyJ UNLPam.

² ALTERINI, Jorge H, (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, t. VI, p. 204

³ <https://realidadeconomica.com.ar/inquilinos-reclaman-el-tratamiento-de-la-ley-de-alquileres/> Federación de Inquilinos Nacional.

DECONOMI

modificó diversos aspectos del Código, pero en lo esencial, lo atinente a la locación habitacional.

La reforma no se limitó a los aspectos puntuales de las locaciones, sino que también modificó el art. 75 CCyC en forma genérica aplicable a todos los contratos, al disponer una nueva redacción bajo el rotulo “Domicilio especial” que “Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan. Pueden además constituir un domicilio electrónico en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones, comunicaciones y emplazamientos que allí se dirijan”. Al respecto estimamos junto con autorizada doctrina ⁴ que se está haciendo referencia a las comunicaciones vía e-mail y no a las realizadas por otros medios electrónicos como por ejemplo WhatsApp.

II. La emergencia del COVID 19.

La irrupción a finales del año 2019 en China del coronavirus llamado COVID 19 y su consecuente expansión a todo el mundo, y que al momento de escribir estas líneas tiene mas de 30.000.000 de infectados en los cinco continentes, con Argentina superando los 700.000 casos, vino a trastocar todas las relaciones jurídicas y económicas de la humanidad.

En nuestro país, donde se ha sostenido que el 35 % de la población alquila⁵ y destina el 42 % del salario a abonar el alquiler⁶, desde marzo ha existido, con diferente intensidad (cambio de Fase en función de la situación sanitaria y número de contagios) una paralización de la economía consecuencia del aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) decretado por el PEN⁷, situación que en forma directa ha venido a poner en jaque los contratos de locación, por cuanto los pagos pactados en los mismos continúan devengándose y deben abonarse, cuando los ingresos han menguado, o bien desaparecido.

⁴ PERCIAVALLE Marcelo, *Nueva ley de alquileres (L. 27551. BO 30/6/2020) Análisis de la reforma*, Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor, Erreius, Agosto 2020, p. 642

⁵ <https://www.lanacion.com.ar/economia/alquileres-cuantas-personas-alquilan-ciudad-que-cambiar-ia-bien-que-haciendo-referencia-a-la-ciudad-de-buenos-aires>

⁶ https://www.clarin.com/sociedad/alquiler-lleva-42-salario-gente-tramita-inmobiliaria_0_tlkxOXmj.html

⁷ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20 que dispuso para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la obligación de permanecer en "aislamiento social, preventivo y obligatorio" con prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos.

DECONOMI

Esta ruptura en la cadena de pagos ha provocado, que en los primeros meses del ASPO sólo un 60% de los inquilinos consiguieron pagar sus alquileres, según datos estimados de la Cámara Inmobiliaria Argentina⁸.

III. Las normas de emergencia.

Dentro del conjunto de medidas tomadas por el PEN ante la emergencia sanitaria, se dictó el DNU Nro. 320 que vino a regular temporalmente los contratos de locación en una norma de orden público y por lo tanto de carácter obligatorio.

En los considerandos de la misma, se expresa que la emergencia imperante, con sus consecuencias económicas, torna de muy difícil cumplimiento, para una importante cantidad de locatarios y locatarias, hacer frente a sus obligaciones en los términos estipulados en los contratos, redactados para una situación muy distinta a la actual, en la que la epidemia producida por el coronavirus ha modificado la cotidianeidad, los ingresos y las previsiones de los y las habitantes del país, que puede llevar a que muchos locatarios y locatarias, puedan incurrir en incumplimientos contractuales, y ello, a su vez, puede desembocar, finalmente, en el desalojo de la vivienda en la cual residen, lo cual agravaría aún más la compleja situación que atraviesan y las condiciones sociales imperantes.

A posteriori, y al vencimiento de los plazos fijados por aquella norma, fue sancionado el DNU 766/20 que muy sintéticamente prorrogó aquellos hasta el año próximo, por cuanto la situación lejos de mejorar, tiende a agravarse día a día.

IV. Configuración actual de la locación.

Analizaremos brevemente la configuración actual del contrato de locación, haciendo hincapié en la nueva regulación, para luego abordar la regulación de emergencia antes referenciada.

⁸ <https://www.infobae.com/economia/2020/04/15/por-la-cuarentena-en-lo-que-va-del-mes-solo-se-pagaron-el-60-de-los-alquileres-de-viviendas/>

DECONOMI

El ya citado art. 1187 del CCyC define que “*hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero. Al contrato de locación se aplica en subsidio lo dispuesto con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa*”.

Como se advierte tres son los elementos caracterizantes del mismo:

- La obligación del locador de otorgar el uso y goce de una cosa⁹
- Existencia de un límite temporal de duración
- Pago de un precio en dinero

Se trata de un contrato nominado y típico, consensual, bilateral, oneroso, no formal¹⁰, conmutativo, de tracto sucesivo, transmisible por acto entre vivos o mortis causa –con las limitaciones a las que brevemente nos referiremos más adelante-, civil, comercial o de consumo según la finalidad de la locación y la calidad que revistan las partes contratantes y temporario¹¹.

Puede tener por objeto todas las cosas presentes o futuras, cuya tenencia esté en el comercio, empero lo más trascendente desde el punto de vista social, como ya fue adelantado, es cuando tienen por objeto inmuebles, y más aún cuando es para la habitación de la familia (art. 1192 CCyC).

Salvo pacto en contrario, la locación se transmite activa y pasivamente por causa de muerte y subsiste durante el tiempo convenido, aunque la cosa locada sea enajenada (art. 1189 CCyC)¹²; además como forma de proteger a

⁹ Recuérdese que en el Código Civil Velezano bajo esta denominación se incluían tres clases de locaciones: cosas, obra y servicios, esto últimos dos actualmente se encuentran regulados por separados bajo el rotulo “Contrato de obra y servicios” (arts. 1251 a 1279 CCyC)

¹⁰ Si bien el art. 1188 CCyC refiere que debe ser celebrado por escrito, ello lo es a los fines de su oponibilidad; paralelamente se omite toda mención al modo de encuadrar y regular las consecuencias de una locación no formalizada por escrito por lo que debería aplicarse la normativa del art. 1020 sobre prueba de los contratos (Cfme. ORFILA, Bartolomé, *El Contrato de locación en el Código Civil y Comercial*, Suplemento Especial Contratos en particular, primera parte, Erreius, p. 32); cabe indicar que el citado proyecto de reforma hace referencia a que el contrato deberá ser registrado y declarado ante la AFIP, con lo cual se adiciona otra formalidad.

¹¹ MORENO, Damián, RAISBERG, Claudia y RETO, Santiago, *Contratos. Parte Especial. Los contratos en particular* en Elementos de Derecho Económico Empresarial, Chomer Héctor y Sicoli Jorge (Dir), Erreius, p. 320.

¹² ORFILA, Bartolomé, *El Contrato de locación en el Código Civil y Comercial*, Suplemento Especial Contratos en particular, primera parte, Erreius, p. 32 estima que de convenirse que el contrato no se transfiera se vulnerarían normas legales de orden público, como sería el plazo mínimo, lo que carecería de validez.

DECONOMI

quienes habiten en un inmueble locado se prevé que en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento (art. 1190 CCyC)¹³.

En el contrato debe fijarse el destino que no puede ser modificado (art. 1194 CCyC) previéndose que a falta de esto se estará al destino a darse a cosas análogas y si fuera para uso mixto se aplican las normas correspondientes a la locación habitacional. Ésta, en función de su trascendencia social antes indicada, posee regulaciones especiales en el art. 1196 CCyC al disponerse que en estos casos no pueden requerirse del locatario: a) el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes; b) depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado y c) el pago de valor llave o equivalentes.

La reforma modificó el inc. 2 al disponer que “b) Depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente al primer mes de alquiler. El depósito de garantía será devuelto mediante la entrega de una suma equivalente al precio del último mes de la locación, o la parte proporcional en caso de haberse efectuado un depósito inferior a un mes de alquiler. El reintegro deberá hacerse efectivo en el momento de la restitución del inmueble. En el caso de existir alguna deuda por servicios públicos domiciliarios o expensas, correspondientes al período contractual y que al momento de la entrega del inmueble no hubiese sido facturada, puede acordarse su pago tomando al efecto los valores del último servicio o expensas abonado, o bien el locador puede retener una suma equivalente a dichos montos como garantía de pago. En este último caso, una vez que el locatario abone las facturas remanentes, debe presentar las constancias al locador, quien debe restituir de manera inmediata las sumas retenidas...”.

Como se advierte se ha mejorado la situación del locatario evitando que se lo obligue a suscribir uno o más pagaré en blanco para afianzar el pago

¹³ Con esta previsión se amplió el espectro de aplicación al eliminar la mención de “convivencia” que exigía la ley 23091.

DECONOMI

de los alquileres futuros, o que le sea devuelta la garantía al mismo valor que él entregó (ahora luego de tres años como veremos en el párrafo siguiente) y con demoras, entre otras.

El contrato tendrá una duración de 3 años, en su redacción actual (originalmente el art. 1198 CCyC preveía un plazo bienal al igual que la “ley de alquileres”, norma ésta que no obstante establecía un plazo trienal para las locaciones comerciales), debiendo contarse desde que principia efectivamente el uso y goce de la cosa locada¹⁴, y como máximo 20 años para el destino habitacional y 50 para los restantes (art. 1197 CCyC)¹⁵.

Entre las obligaciones del locador se destaca entregar la cosa (art. 1200 CCyC), conservarla con aptitud para el uso convenido (art. 1201 CCyC), pagar las mejoras necesarias hechas por el locatario a la cosa locada, aunque no lo haya convenido, si el contrato se resuelve sin culpa del locatario, excepto que sea por destrucción de la cosa.

La nueva redacción dada al art. 1201 regula sobre una situación que ha provocado controversias entre las partes. En efecto, cuando se habla de mantener la aptitud de la cosa locada puede acontecer que exista la necesidad de efectuar reparaciones urgentes que afecten la cosa, en estos casos el locatario debería intimar fehacientemente al locador para que las efectúe en el plazo de 24 hs. corridas, y de no hacerlo el locatario puede realizarla por sí, con cargo al locador. No siendo urgentes las reparaciones el locatario debe intimar al locador para que realice las mismas dentro de un plazo que no podrá ser inferior a diez (10) días corridos, contados a partir de la recepción de la intimación, cumplido el cual podrá hacerlas él con cargo al locador; en todos los casos la notificación remitida al domicilio denunciado por el locador en el contrato

¹⁴ ARIAS CAU, Esteban Javier y NIETO, Matías Leonardo, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rivera Julio Cesar y Medina Graciela (Dir), Ed. La Ley, t. III, p. 948.

¹⁵ El plazo mínimo puede ser reducido en los supuestos del art. 1199 CCyC que originalmente disponía la excepción para: a) sede de embajada, consulado u organismo internacional, y el destinado a habitación de su personal extranjero diplomático o consular; b) habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares. Si el plazo del contrato supera los tres meses, se presume que no fue hecho con esos fines; c) guarda de cosas; d) exposición u oferta de cosas o servicios en un predio ferial. Tampoco se aplica el plazo mínimo legal a los contratos que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debe normalmente cumplirse en el plazo menor pactado. La Ley 27551 agregó en el inc. b que “si el plazo del contrato o los contratos consecutivos...” finalidad evidente de celebrar “contratos por plazos breves” pero sucesivos, evadiendo así la previsión legal.

DECONOMI

se tendrá por válida, aun si el locador se negara a recibirla o no pudiese perfeccionarse por motivos imputables al mismo. Conforme el art. 1204 incorporado al CCyC los pagos que hiciere el locatario podrá compensarlos contra los canones locativos adeudados. Estimamos que si bien la intención es loable, se producirán controversias respecto de que debe considerarse como “reparaciones urgentes”, al respecto estimamos que lo serán cuando afecten directamente la habitabilidad del inmueble (v.gr una rotura del techo, filtraciones de agua, defectos eléctricos de envergadura, entre otros).

Además, el nuevo art. 1203 amplía los supuestos de frustración de uso o goce la cosa al incorporar el supuesto de “causa no imputable al locatario” lo cual permite englobar situaciones que en ocasiones resulta dudosa su inclusión como fuerza mayor¹⁶, como sería concretamente el caso actual de la pandemia de Covid 19 que obligue al cierre del establecimiento situado en el inmueble.

El locatario por su parte tiene prohibido variar el destino de la cosa (art. 1205 CCyC), debe conservarla y mantenerla en buen estado (arts. 1206 y 1207 CCyC), pagar el canon convenido que debe estar fijado en moneda nacional (art. 765 CCyC)¹⁷ y a falta de convención, el pago debe ser hecho por anticipado: si la cosa es mueble, de contado; y si es inmueble, por período mensual (art. 1208 CCyC), pagar cargas y contribuciones por la actividad que se originen en el destino que dé a la cosa locada (art. 1209 CCyC) pero no las que graven la cosa (cfme la reforma al art. 1209) y restituir la cosa al concluir el contrato (art. 1210 CCyC). Se ha sostenido¹⁸ que la nueva redacción al art. 1209 al hacer referencia a que el inquilino solo puede llegar a soportar las expensas

¹⁶ PERCIAVALLE, Marcelo, *Nueva ley de alquileres (L. 27551. BO 30/6/2020) Análisis de la reforma*, Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor, Erreius, Agosto 2020, p. 649.

¹⁷ El art. 765 CCyC dispone que “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal” por lo que se impide pactar el canon locativo en moneda extranjera, por lo cual podrá recurrirse a fijar alquileres escalonados, lo cual será lícito siempre que tenga por causa una actualización contra la inflación y no sea abusivo, Cfme. ARIAS CAU, Esteban Javier y NIETO, Matías Leonardo, op. cit., p. 973; empero el proyecto de reforma ya citado prevé que, en los contratos de locación de inmuebles destinados a uso habitacional, solo se podrán realizar ajustes utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (Ripte), que deberá ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

¹⁸ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M, *La nueva ley de alquileres N° 27.551*, MJ-DOC-15431-AR.

DECONOMI

que deriven de gastos habituales y define que ellas son las que se vinculan a los servicios normales y permanentes a disposición del locatario, producirá controversias en lo atinente al fondo de reserva (de estar previsto en el Reglamento pertinente) por cuanto podrá rehusar abonar la parte de las expensas correspondiente al fondo de reserva o a los importes que deriven de obras o mejoras nuevas referentes a las referidas en la norma precedentemente citada.

En principio el locatario puede realizar mejoras en la cosa locada, excepto que esté prohibido en el contrato, alteren la substancia o forma de la misma, o haya sido interpelado a restituirla, pero no tiene derecho a reclamar el pago de mejoras útiles y de mero lujo o suntuarias, pero, si son mejoras necesarias puede reclamar su valor al locador (art. 1211 CCyC).

Del juego armónico de los arts. 1213 y 1636 CCyC se regula que el locatario sólo puede ceder su posición contractual si el locador presta conformidad con ello. Respecto de la sublocación se dispone que la misma es viable, salvo pacto en contrario (art. 1214 CCyC).

Conforme el art. 1217 CCyC son modos especiales de extinción de la locación el cumplimiento del plazo convenido, o requerimiento previsto en el artículo 1218 CCyC, según el caso y también la resolución anticipada¹⁹. El art. 1218 CCyC prevé que *“Si vence el plazo convenido o el plazo mínimo legal en ausencia de convención, y el locatario continúa en la tenencia de la cosa, no hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación en los mismos términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente. La recepción de pagos durante la continuación de la locación no altera lo dispuesto en el primer párrafo”*²⁰.

También se produce la resolución (art 1219 CCyC), como facultad del locador a) por cambio de destino o uso irregular en los términos del artículo 1205 CCyC es decir la prohibición de variar el destino; b) por falta de conservación de

¹⁹ El proyecto de reforma dispone que, en las locaciones habitacionales prorrogadas, cuando la notificación al locador se hiciese con una anticipación de tres meses o más de la fecha de finalización del contrato, no corresponderá el pago de indemnización alguna.

²⁰ Es decir que no hay un nuevo contrato, ni hay nuevos plazos, sino que el contrato original continua por inercia, hasta que el locador reclama la restitución de la tenencia, ALTERINI, Jorge H, (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, t. VI, p. 238.

DECONOMI

la cosa locada, o su abandono y c) por falta de pago de la prestación dineraria convenida, durante dos períodos consecutivos.

Será imputable al locador la resolución si incumple: a) la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido; b) la garantía de evicción o la de vicios redhibitorios (art. 1220 CCyC).

También puede ser resuelto en forma anticipada por el locatario conforme el nuevo art. 1221 “Si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis (6) meses de contrato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador con al menos un (1) mes de anticipación. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un (1) mes y medio de alquiler al momento de desocupar el inmueble y la de un (1) mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso” sin embargo “En los contratos de inmuebles destinados a vivienda, cuando la notificación al locador se realiza con una anticipación de tres (3) meses o más, transcurridos al menos seis (6) meses de contrato, no corresponde el pago de indemnización alguna por dicho concepto”, en los casos del artículo 1.199, debiendo abonar al locador el equivalente a dos (2) meses de alquiler. Es decir que se consagra una excepción para el locatario que evitará el pago de la multa, si preavisa.

A su vez la reforma incorporó el art. 1.221 bis al CCyC previendo la situación de la renovación del contrato de inmuebles destinados a vivienda, donde dentro de los tres (3) últimos meses de la relación locativa, cualquiera de las partes puede convocar a la otra, notificándola en forma fehaciente, a efectos de acordar la renovación del contrato, en un plazo no mayor a quince (15) días corridos. En caso de silencio del locador o frente a su negativa de llegar a un acuerdo, estando debidamente notificado, el locatario puede resolver el contrato de manera anticipada sin pagar la indemnización correspondiente.

Al extinguirse la locación debe restituirse la tenencia de la cosa locada (art. 1223 CCyC), empero el nuevo art. 1.222 reformado prevé la situación de falta de pago de los canones locativos estableciéndose que en caso de alquiler con destino a casa habitación, previo a la demanda de desalojo por falta de pago de alquileres, el locador deberá intimar fehacientemente al locatario al pago de

DECONOMI

la cantidad debida, otorgando para ello un plazo que nunca debe ser inferior a diez (10) días corridos contados a partir de la recepción de la intimación, especificando el lugar de pago. La notificación remitida al domicilio denunciado en el contrato por el locatario se tiene por válida, aun si éste se negara a recibirla o no pudiese perfeccionarse por motivos imputables al mismo. Cumplido tal plazo o habiéndose verificado la extinción de la locación por cualquier motivo, el locatario debe restituir la tenencia del inmueble locado; estableciéndose además que el locador no puede negarse a recibir las llaves del inmueble o condicionar la misma, sin perjuicio de la reserva por las obligaciones pendientes a cargo del locatario y en caso de negativa o silencio frente al requerimiento por parte del inquilino a efectos de que se le reciba la llave del inmueble, éste puede realizar la consignación judicial de las mismas, siendo los gastos y costas a cargo del locador.

En la reforma al art. 1351 se estableció concretamente que la intermediación de locaciones de inmuebles solo podrá estar a cargo de un profesional matriculado para ejercer el corretaje inmobiliario.

Con referencia a la fianza, 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 (1225 CCyC).

Por fuera de CCyC se ha establecido en el art. 13 de la ley 27551 que, siempre en el supuesto de locaciones habitacionales, en el caso de requerirse una garantía, el locatario debe proponer al locador al menos dos (2) de las siguientes garantías: a) Título de propiedad inmueble; b) Aval bancario; c) Seguro de caución; d) Garantía de fianza o fiador solidario; o e) Garantía personal del locatario, que se documenta con recibo de sueldo, certificado de ingresos o cualquier otro medio fehaciente. En caso de ser más de un locatario, deben sumarse los ingresos de cada uno de ellos a los efectos de este artículo y no se puede requerir una garantía que supere el equivalente a cinco (5) veces el valor mensual de la locación, salvo que se trate del supuesto previsto en el inciso e), en el cual puede elevarse dicho valor hasta un máximo de diez (10) veces; bajo tales condiciones, el locador debe aceptar una de las garantías propuestas por el locatario.

DECONOMI

Otra reforma importante y sobre la cual albergamos dudas respecto a sus bondades prácticas, se encuentra en el art. 14 que dispone que los contratos de locación, cualquiera sea su destino, están exceptuados de la prohibición de actualización y concretamente con referencia a los contratos de locación de inmuebles destinados a uso habitacional se dispone que el precio del alquiler debe fijarse como valor único y por períodos mensuales, sobre el cual solo pueden realizarse ajustes anuales; se añade que en ningún caso se pueden establecer bonificaciones ni otras metodologías que induzcan a error al locatario. En estos casos los ajustes deben efectuarse utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE), que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

En nuestra opinión la reforma es loable, por cuanto viene a poner coto a las actualizaciones encubiertas, consistentes en fijar alquileres escalonados con incrementos semestrales o por períodos menores, que pretendían acompañar una inflación “esperada” y garantizar así la rentabilidad de los inmuebles locados. Empero vemos cuanto menos peligroso que se comience a permitir la actualización de los contratos, mediante índices inflacionarios, lo que en definitiva es abrir la puerta a su utilización en otros instrumentos.

El art. 15 de la ley establece la forma en que se efectuará la consignación judicial en caso de negativa del locador a percibir el alquiler y que en ese supuesto los gastos y costas correspondientes serán a cargo del locador.

Asimismo se prevé (art. 16), que los contratos de locación de inmueble deben ser declarados por el locador ante la Administración Federal de Ingresos Públicos de la Nación (AFIP), en una norma que aun ha sido reglamentada, fruto con seguridad de la pandemia de Covid 19, y que busca lograr una especie de “sinceramiento o blanqueo” fiscal de los contratos que, cuando se trata de locaciones para vivienda, se encuentran exentos del IVA pero tributan ganancias.

Adicionalmente se crea el “Programa Nacional de Alquiler Social” destinado a la adopción de medidas que tiendan a facilitar el acceso a una

vivienda digna en alquiler mediante una contratación formal y a partir del art. 21 se establece la vigencia de “Métodos alternativos de resolución de conflictos” para fomentar el desarrollo de ámbitos de mediación y arbitraje, gratuitos o de bajo costo, aplicando métodos específicos para la resolución de conflictos derivados de la relación locativa estableciéndose además la aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía.

V. El derecho de emergencia en materia de locaciones.

Como ya l indicado se trata de normas que tienen a paliar los efectos de la situación económica producida por el APSO dispuesto mediante dos DNU.

a. Inmuebles alcanzados

El ámbito de aplicación de los DNU se efectuó teniendo en miras el objeto del contrato y no a las partes, lo cual fue criticado en doctrina²¹ ya que no todos los locatarios se encuentran en las mismas condiciones ante la emergencia derivada de la pandemia y hubiera sido más justa y equitativa si resultaba de aplicación únicamente a los contratos de locación en los que los locatarios revistan tal carácter de damnificados directos del aislamiento social preventivo y obligatorio²². Si bien estas afirmaciones son correctas cabe indicar que como ut infra analizaremos, las partes (*rectius* las condiciones del locador) sí son tomadas en consideración a fin de determinar las excepciones.

En definitiva los contratos alcanzados por esta norma de emergencia son detallados en el art. 9 del DNU y son:

1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural.

²¹ BILVAO ARANDA, Facundo M, *Otros medios de negociación o terminación de los contratos comerciales en el medio de la pandemia (a propósito del Decreto 320/2020)*, 7-abr-2020, MJ-DOC-15270-AR | MJD15270.

²² BILVAO ARANDA, Facundo M, *El DNU 320/2020, los alquileres y la vigencia de otros medios de negociación o terminación de los contratos*, en la obra colectiva “Covid 19 Impactos Jurídicos y Económicos”, Erreius, p. 26.

DECONOMI

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, destinados 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 N° 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).

Como se advierte no se trata únicamente de viviendas familiares las alcanzadas, sino también las de tipo profesional.

El DNU se refiere a “pequeñas producciones familiares” y “pequeñas producciones agropecuarias” con lo cual podría suponerse que se trata de la “unidad económica” mencionada por el CCyC²³ y reglamentada en cada jurisdicción según la productividad que pudiera tener –con la finalidad de evitar el minifundismo consecuencia de la excesiva división de los predios rurales-, sin embargo, estimamos que ello no es así, sino que quedará al prudente arbitrio judicial –fracasada la negociación entre las partes- determinar si un contrato encuadra en estos conceptos o no, sin que obviamente pueda quedar fuera del objeto del DNU las unidades económicas definidas por las legislaciones locales. En síntesis, estimamos que, de existir contratos por unidades de menor superficie a las unidades económicas definidas para la jurisdicción, éstos quedan encuadrados en la norma, pero no necesariamente una unidad de mayor

²³ Arts. 256, 499, 2330, 2332, 2333 y 2380 CCyC.

superficie queda excluida, sino que dependerá de las circunstancias concretas del caso.

b. Suspensión temporaria de los desalojos.

Se ha expresado²⁴ que la intención del PEN al dictar el analizado DNU se encuentra fuera de toda duda, conforme surge de los considerandos y es la salvaguarda de la vivienda de la población que debe recurrir al alquiler como modo de procurársela; pero es muy importante destacar y advertir que las suspensiones de los desalojos dispuesta lo es solo por la causal de falta de pago y no otras que puedan producirse por otros incumplimientos del locatario, sea los previstos en el CCyC o en el contrato.

Concretamente el art. 2 de DNU dispone que se suspenden en todo el territorio nacional, 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 artículo 9° del decreto. Por el art. 1 del DNU 766/20 se prorrogó la suspensión hasta el 31/01/2021.

Como se adelantó, para que resulte aplicable la suspensión debe cumplirse como condición no solo que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de locación (y no otros remarcamos), sino también que la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras -en los términos del artículo 1190 del CCyC-, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere.

Asimismo, se suspenden los desalojos, aun contándose con sentencia que disponga el lanzamiento, siempre que no se hubiera realizado a la entrada en vigencia del DNU.

Paralelamente y brindando protección al locador que se ve inhibido de accionar ante la falta de pago, se dispone que hasta el día 30 de septiembre de

²⁴ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., *Alquileres y la emergencia del COVID 19*, 13-abr-2020, MJ-DOC-15280-AR - MJD15280

este año quedan suspendidos los plazos de prescripción en los procesos de ejecución de sentencia respectivos.

Finalmente es de resaltar que no se prohíbe iniciar juicios de desalojo, sino que se suspende la ejecución de las sentencias²⁵, procesos que por lo tanto podrán iniciarse, más allá de la vigencia de la emergencia.

c. Prorroga de los contratos.

El art. 3 del DNU por su parte, dispone que se prorroga hasta el día 30 de septiembre del corriente año, luego prorrogada hasta el 31-01-21 por DNU 766/20, la vigencia de los contratos de locación de los inmuebles individualizados en el artículo 9º, cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo próximo pasado, siempre que la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras -en los términos del artículo 1190 CCyC-, 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.

Se aclara que la referida prórroga también regirá para los contratos alcanzados por el artículo 1218 del CCyC, es decir los contratos continuados, como ya expusiéramos brevemente en el capítulo II.

La parte locataria podrá optar por mantener la fecha del vencimiento pactado por las partes o por prorrogar dicho plazo por un término menor al autorizado en este artículo, empero, el ejercicio de cualquiera de estas opciones deberá notificarse en forma fehaciente a la parte locadora con antelación suficiente que deberá ser, por lo menos, de quince (15) días de anticipación a la fecha de vencimiento pactada, si ello fuere posible. Es decir que, si bien las previsiones del DNU son de orden público, en este supuesto, es una prerrogativa a favor del locatario acogerse al beneficio, quien entonces no debe indefectiblemente aguardar al 30/9 para concluir el contrato, si ello lo beneficia, esta podría ser la situación de un contrato comercial cuya actividad no se

²⁵ BILVAO ARANDA, Facundo M, *El DNU 320/2020, los alquileres y la vigencia de otros medios de negociación o terminación de los contratos*, en la obra colectiva “Covid 19 Impactos Jurídicos y Económicos” Erreius, p. 31.

DECONOMI

encuentra exceptuada, que venza en este periodo y le resulte preferible al locador entregar el inmueble al vencimiento original y así dejar de abonar los respectivos alquileres.

Con referencia a las garantías, esta extensión del plazo contractual implicará la prórroga, por el mismo período, de las obligaciones de la parte fiadora. El art. 5 aclara que no resultarán de aplicación, hasta el 30 de septiembre del año en curso o hasta que venza la prórroga opcional prevista en el artículo 3° tercer párrafo, el artículo 1225 del CCyC –referente a la extinción de la fianza al vencer el plazo contractual- ni las causales de extinción previstas en los incisos b) y d) del artículo 1596 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁶.

En doctrina se ha entendido²⁷ que en estos supuestos sería prudente notificar al locador el ejercicio de la opción de prórroga del mismo haciendo aplicación del principio de buena fe contractual que consagra el artículo 961 del CCyC²⁸, notificación que debería hacerse extensiva también a los garantes o fiadores, ya que su garantía subsiste hasta el vencimiento del plazo que ha establecido, concretamente hasta el 30 de septiembre.

d. Congelamiento de los alquileres (rectius diferimiento de los aumentos).

El art. 4 del DNU dispone el “congelamiento” -que ya veremos que no es total y es tal-, nuevamente hasta el 30 de septiembre del año en curso, y también prorrogada por el DNU 766/20 –art. 3- hasta el 31/01/2021 del precio de las locaciones de los contratos de locación de inmuebles contemplados en el artículo 9°, plazo durante el cual se deberá abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo del corriente año.

²⁶ Art. 1596.- Causales de extinción. La fianza se extingue por las siguientes causales especiales: ... b) si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador... d) si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia.

²⁷ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., *Alquileres y la emergencia del COVID 19*, 13-abr-2020, MJ-DOC-15280-AR - MJD15280.

²⁸ Art. 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

DECONOMI

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

Sin embargo, como adelantásemos el “congelamiento” dispuesto no es total, por cuanto en primer lugar las demás prestaciones de pago periódico asumidas convencionalmente por la parte locataria se regirán conforme lo acordado por las partes, es decir que pueden incrementarse.

Además el mentado “congelamiento” como ya fue expuesto dista de serlo, por cuanto conforme el art. 6 del DNU, la diferencia que resultare entre el monto pactado contractualmente y el que corresponda pagar por la aplicación del artículo 4°, deberá ser abonada por la parte locataria en, al menos tres (3) cuotas y como máximo seis (6), mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente corresponda al mes de febrero de 2021 (Cfme. Art. 5 DNU 766/2020) y junto con este. Las restantes cuotas vencerán en el mismo día de los meses consecutivos. Es decir que más que congelamiento estamos ante un diferimiento o postergación del pago²⁹ de los aumentos.

Este procedimiento para el pago en cuotas de las diferencias resultantes será de aplicación aun cuando hubiere operado el vencimiento del contrato, situación que vislumbramos redundará en juicios, por cuanto el locatario debe abonar el nuevo alquiler y las deudas provenientes del anterior contrato, lo cual se tornará sumamente gravoso.

Con referencia a los intereses se dispone que no podrán aplicarse intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni ninguna otra penalidad prevista en el contrato, y las obligaciones de la parte fiadora permanecerán vigentes hasta su total cancelación.

Finalmente se faculta a las partes para pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en la norma, es decir que podrán pactarse mas de 6 cuotas (y sin intereses conforme nuestra interpretación) pero no menos de 3.

²⁹ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., *Alquileres y la emergencia del COVID 19*, 13-abr-2020, MJ-DOC-15280-AR - MJD15280.

DECONOMI

Advertimos que el DNU refiere en este aspecto al “acuerdo de partes” para cancelar las diferencias entre lo pagado y lo que debía abonarse, sin indicar que acontecerá si las partes no acuerdan la cantidad de cuotas en que se abonara esa “deuda acumulada”. Para estos supuestos se ha entendido que la opción se consagra a favor del deudor³⁰, es decir el locatario, siendo potestad de éste indicar en cuantas cuotas lo abonará, pero siempre entre 3 y 6. El argumento de esta postura radica en las previsiones del CCyC para las obligaciones facultativas (arts. 786 a 789), atento que este último artículo dispone expresamente que “Opción entre modalidades y circunstancias. Si en la obligación se autoriza la opción respecto de sus modalidades o circunstancias, se aplican las reglas precedentes” es decir los arts. 786 a 788 que consagran a favor del deudor la facultad de elección. Comentando el citado art. 789 CCyC se ha expuesto³¹ que puede ocurrir que a pesar de que no cambie el objeto de la obligación (en este caso pagar el canon locativo), la potestad facultativa del deudor se refiera a modalidades o a circunstancias de la obligación, ejemplificándose que tal sería el caso de poder optar por el lugar de pago o la posibilidad de efectuarlo al contado o financiado en cuotas³², en estos casos al igual que cuando se puede elegir el objeto, la facultad de opción solo correspondería al deudor.

Resultaría conveniente que la elección que efectúe el deudor sea comunicada al locador por medio fehaciente.

e. Refinanciación de las deudas por falta de pago.

Conforme el art. 7 del DNU las deudas que pudieren generarse desde la fecha de entrada en vigencia del decreto y hasta el 31 de enero de 2021 (Cfme. Art. 6 DNU 766/2020), originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados o en pagos parciales, deberán abonarse en, al menos, tres (3) cuotas y como máximo seis (6), mensuales, iguales y

³⁰ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., *Alquileres y la emergencia del COVID 19*, 13-abr-2020, MJ-DOC-15280-AR - MJD15280.

³¹ CAÍA, Maximiliano L. en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, www.saij.gob.ar, T. III, p. 83.

³² Si bien el autor expresa añade que en caso de ser en cuotas se hará con los correspondientes intereses, los mismos aquí no se adeudan como fue indicado, lo cual no emepe la conclusión arribada.

DECONOMI

consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año.

A diferencia del supuesto anterior de “congelamiento” aquí se prevé que 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, empero 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 artículos 1225 y 1596 incisos b) y d) del CCyC y que ya fueran analizados.

Se faculta a las partes para pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en el artículo.

Durante el período previsto en el primer párrafo del presente artículo no será de aplicación el inciso c) del artículo 1219 del CCyC, es decir que no podrá resolverse el contrato por motivos imputables al locatario.

Respecto a esta norma si bien el carácter tuitivo es innegable, estimamos que podrá generar deudas cuantiosas ya que, podrá ocuparse el inmueble durante 6 meses (de abril a septiembre) sin que pueda iniciarse desalojo y luego pretender que esa deuda se pague con sus intereses moratorios, conjuntamente con los nuevos alquileres y con los aumentos suspendidos (art. 6 DNU) resulta conforme nuestra interpretación, una quimera. En tal senda se ha criticado³³ que subyace en el art. 7 del DNU 320 una peligrosidad ínsita, en tanto y en cuanto prohíbe al locador resolver el contrato por falta de pago de la prestación dineraria convenida durante dos períodos consecutivos, por cuanto en el contexto humano y económico que estamos atravesando resulta muy peligroso atendiendo a las enormes contingencias y perjuicios que puede traer aparejada, tanto para el locador como para las garantías o fiadores que hayan firmado los contratos de locación al incrementarse la deuda avalada.

³³ BILVAO ARANDA, Facundo M, *Otros medios de negociación o terminación de los contratos comerciales en el medio de la pandemia (a propósito del Decreto 320/2020)*, 7-abr-2020, MJ-DOC-15270-AR | MJD15270

DECONOMI

El mismo DNU estipula que no adeudan intereses moratorios (art. 768 CCyC)³⁴ ni punitivos³⁵ (art. 769)³⁶ ni tampoco ninguna otra penalidad, por lo que tampoco se adeuda “cláusula penal”³⁷ alguna (art. 790 y sig CCyC)³⁸.

f. Bancarización de los pagos.

Se prevé en el art. 8 del DNU que el locador, dentro de los veinte (20) días de entrada en vigencia del decreto, deberá comunicar al locatario los datos necesarios para que este pueda, si así lo quisiera, realizar transferencias bancarias o depósitos por cajero automático para efectuar los pagos a los que esté obligado.

En la práctica se vio que el momento de abonar los alquileres del mes de abril, que generalmente se hace por mes adelantado, es decir que vencían cuando ya habían transcurrido los primeros días del aislamiento social obligatorio, muchos locatarios se encontraron con las inmobiliarias cerradas y no podían efectuar los pagos respectivos o bien tenían vedado el traslado al domicilio del locador, problemas que la bancarización vienen a solucionar. Esta forma de pago además protegerá a aquellas personas que se encuentran en grupos de riesgo, sea por edad u otras circunstancias.

Entonces el DNU establece una obligación para el locador (“Deberá comunicar”) y una facultad para el locatario (“si así lo quisiera”); siendo entonces una obligación del locador, el locatario podrá intimar a aquel a que le brinde los datos de referencia a fin de abonar por este medio el alquiler. Se ha expresado³⁹ que en caso que el locador no cumpla con dicha obligación, ello no habilitaría al

³⁴ Art. 768 CCyC: Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes...”

³⁵ Estos no son más que los intereses moratorios pactados por las partes, Cfme CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rivera Julio Cesar y Medina Graciela (Dir) Ed. La Ley, t. III p. 96.

³⁶ Art. 769.- Intereses punitivos. Los intereses punitivos convencionales se rigen por las normas que regulan la cláusula penal.

³⁷ Se trata de una estipulación accesoria por la cual una persona se compromete a una prestación indemnizatoria, para el caso de incumplimiento de una obligación o de no cumplirse en debida forma, cfme Alterini Jorge H, (Dir. Gral.) *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, t. IV pag.240.

³⁸ Art. 790 CCyC. Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.

³⁹ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., *Alquileres y la emergencia del COVID 19*, 13-abr-2020, MJ-DOC-15280-AR - MJD15280

DECONOMI

inquilino a no pagar, sino a intimarlo al cumplimiento de esta obligación, bajo apercibimiento de recurrir a los mecanismos de pago por consignación que prevé el CCyC (arts. 904 a 913).

Ahora bien, en nuestra opinión en estos supuestos resultará conveniente recurrir a la novedosa figura de la consignación extrajudicial prevista en los arts. 910 a 913 CCyC, normas que recordemos prevén la posibilidad, ante la existencia de obligaciones de dar sumas de dinero, de depositar la misma ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, previa notificación fehaciente al acreedor del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito; luego de efectuado será notificado, también fehacientemente, al acreedor (locador en este caso) por el escribano dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado (art. 910 CCyC).

Conforme el art. 911 CCyC el acreedor (locador), podrá

a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano⁴⁰;

b) rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano; en este supuesto (art. 912 CCyC) puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas, empero en el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito; para iniciar la demanda tiene un término de caducidad de treinta días computados a partir del recibo con reserva.

c) rechazar el procedimiento y el depósito,

d) no expedirse.

En estos dos últimos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente.

⁴⁰ En doctrina no existe unanimidad respecto de la bondad de colocar en cabeza del deudor los gastos y honorarios en estos supuestos, por nuestra parte concordamos que es una solución injusta.

g. Excepción al diferimiento de los aumentos de los alquileres por la situación del locador.

La aplicación de esta normativa de emergencia no resulta de aplicación a todo el universo abarcado por los inmuebles descriptos en el art. 9, sino que el art. 10 del DNU dispone que quedan excluidos de lo dispuesto en el art. 4° del DNU (el mentado diferimiento de los aumentos de los alquileres) los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos.

Se ha sostenido⁴¹ que en estos casos la parte locadora deberá comunicar al inquilino que se encuentra dentro de la excepción prevista por el DNU exigiéndole el pago del precio pactado en forma completa, empero esta declaración puede ser refutada por el locatario pretendiendo pagar el canon vigente a marzo 2020; añadiéndose que en este supuesto resultaría de aplicación el art. 869⁴² del CCyC pudiendo entonces el locador rehusarse de recibir el pago. Sin embargo esto será contradictorio con su anterior declaración de que necesita ese ingreso de manera imperiosa; ante ello y la situación de necesidad que llevará sin duda a aceptar el pago del monto pretendido por el locatario, vislumbramos desde nuestro punto de vista, como la opción más viable recibir el pago, dejando constancia en el recibo que se lo recibe como pago a cuenta y con expresa reserva de los intereses correspondientes (argumento a contrario artículo 899 incisos c y d del CCyC)⁴³. Decimos solo intereses ya que la diferencia entre lo adeudado y cobrado debería ser siempre cancelada, a partir de octubre de 2020 (postura del locatario) o con el alquiler del mes (postura del locador).

⁴¹ NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., *Alquileres y la emergencia del COVID 19*, 13-abr-2020, MJ-DOC-15280-AR - MJD15280.

⁴² Art. 869.- Integridad. El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida.

⁴³ Art. 899 CCyC.- Presunciones relativas al pago. Se presume, excepto prueba en contrario que: ... c) si se extiende recibo por el pago de la prestación principal, sin los accesorios del crédito, y no se hace reserva, éstos quedan extinguidos; d) si se debe daño moratorio, y al recibir el pago el acreedor no hace reserva a su respecto, la deuda por ese daño está extinguida.

DECONOMI

Si la cuestión no lograra dirimirse entre las partes, necesariamente deberá ser realizada en un proceso judicial, y acreditado el estado del locador, el locatario adeudará los intereses moratorios y punitivos pactados, además claro esta de la diferencia entre lo convenido y pagado, que no obstante estimamos ya debería haber sido abonada, por cuanto hasta la dilucidación de la cuestión ya habrán transcurrido mas de seis meses desde septiembre 2020 (máximo en que puede “financiarse” las diferencias adeudadas).

h. Contratos excluidos por poseer un objeto particular.

Paralelamente quedan excluidos del régimen de emergencia instaurados los contratos de arrendamiento y aparcería rural contemplados en la Ley N° 13.246⁴⁴ con las excepciones previstas en el artículo 9° inciso 4, que recordemos son las “pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias” que se encuentran alcanzadas por esta legislación de emergencia.

Asimismo, se excluyen los contratos de locación temporarios previstos en el artículo 1199 del CCyC que son los que se exceptúan, como ya hemos reseñado, del plazo mínimo legal y en lo que aquí interesa incluiría los incisos b al d y el párrafo final:

b) habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares, salvo que supere los tres meses, donde se presume que no fue hecho con esos fines, es el llamado contrato de temporada⁴⁵;

c) guarda de cosas;

d) exposición u oferta de cosas o servicios en un predio ferial

e) que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debe normalmente cumplirse en el plazo menor pactado.

⁴⁴ Conforme el art. 2 de esta ley, habrá arrendamiento rural cuando una de las partes se obligue a conceder el uso y goce de un predio, ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualesquiera de sus especializaciones y la otra a pagar por ese uso y goce de un precio en dinero.

⁴⁵ ALTERINI, Jorge H, (Dir. Gral.) *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, t. VI, p. 286.

DECONOMI

Estimamos que la excepción no se aplica a los locales alquilados en shopping ni galerías comerciales, que se encontrarían por lo tanto amparadas por las normas de emergencia⁴⁶.

i. Mediación obligatoria.

Finalmente se disponen ambos DNU la suspensión primero por un año a partir de su entrada en vigencia de la primer norma y luego prorrogada por seis meses a partir del 30-03-21, la aplicación del artículo 6° de la Ley N° 26.589, para los procesos de ejecución y desalojos regulados en este decreto, invitándose a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a establecer la mediación previa y obligatoria, en forma gratuita o a muy bajo costo, para controversias vinculadas con la aplicación del presente decreto.

Recordemos que el art. 6 de dicha ley prevé la aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en los casos de ejecución y desalojos.

En concreto, la mediación será obligatoria durante un año para los desalojos.

j. Nuevos contratos.

Si bien no lo dice en forma expresa, las normas antes analizadas, estimamos que no se aplican a los contratos que se firmen durante el plazo de vigencias de los decretos.

Con una salvedad: se debe mantener el mismo precio de la locación hasta el mes de enero de 2021, o el plazo de nuevas prórrogas que se dicten en el futuro, no porque lo digan los DNU expresamente, porque en puridad no lo

⁴⁶ Dable es mencionar que analizando este artículo del CCyC ARIAS CAU, Esteban Javier y NIETO, Matías Leonardo, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rivera Julio Cesar y Medina Graciela (Dir) Ed. La Ley, t. III, p. 953 postulan que el art. 1199 se aplica también a distintos centros de compras tales como Shopping y galerías comerciales, entendiendo que predio se caracteriza por la ubicación de numerosos puestos comerciales en idéntico inmueble y que colaboran con expensas comunes adjuntándose a pautas de coordinación como horarios; por lo que entrarían en la excepción al DNU no obstante en nuestra opinión a esta definición estaría omitiendo considerar el requisito de “temporalidad limitada” que diferencia un predio ferial de una galería o shopping y que hace estimemos no corresponde la excepción consagrada en el DNU.

DECONOMI

hace, sino porque ello resulta de la aplicación de elementales estándares de razonabilidad y buena fe contractual en el actual contexto humano, social y económico⁴⁷.

VI. Colofón.

El mundo ha cambiado, la llamada “nueva normalidad” ha modificado nuestra vida hasta límites insospechados, y con seguridad deberán transcurrir años para retomar las actividades al nivel que tenía a comienzo del presente año.

Todos los instrumentos jurídicos han sido afectados y entre ellos los contratos de locación, y todos deberán adaptarse a los nuevos vientos que soplarán, máxime si en plena pandemia se modifica la normativa de fondo (bien que con proyectos ya en trámite) y está en los juristas buscar soluciones tratando de mitigar los efectos devastadores que tendrá esta crisis.

⁴⁷ Bilvao Aranda, Facundo M, Otros medios de negociación o terminación de los contratos comerciales en el medio de la pandemia (a propósito del Decreto 320/2020), 7-abr-2020, MJ-DOC-15270-AR | MJD15270

“El conflicto contractual en el marco de la pandemia”

por Iván G. Di Chiazza⁴⁸

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.

De modo tal que lo primero que debemos asumir es que no hay soluciones perfectas y completas para cada conflicto contractual al que las

⁴⁸ 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.

DECONOMI

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.

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

DECONOMI

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

DECONOMI

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

DECONOMI

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 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

DECONOMI

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.

DECONOMI

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.

DECONOMI

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

DECONOMI

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

DECONOMI

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.

DECONOMI

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.

DECONOMI

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

DECONOMI

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 descripto 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

DECONOMI

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.

DECONOMI

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

DECONOMI

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

DECONOMI

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

DECONOMI

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).

DECONOMI

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

DECONOMI

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

DECONOMI

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 assimilar 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).

DECONOMI

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?

DECONOMI

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.

DECONOMI

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.

DECONOMI

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.

DECONOMI

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)

DECONOMI

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

DECONOMI

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...”

DECONOMI

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 habilite 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).

DECONOMI

¿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?

DECONOMI

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.

DECONOMI

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.

DECONOMI

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

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.

“La renegociación y la revisión contractual frente a la pandemia COVID-19”

por Germán E. Gerbaudo⁴⁹

I. Introducción.

La crisis extrema que atravesamos ha provocado una alteración extraordinaria de las circunstancias tenidas en mira por las partes contratantes al momento de celebrar el contrato. Las partes tienen en cuenta una serie de circunstancias fácticas, económicas y jurídicas que constituyen el contexto o marco del contrato. La pandemia COVID-19 como acontecimiento extraordinario, imprevisto e inevitable ha alterado esas circunstancias.

El mundo ha cambiado e impera la incertidumbre dado que no sabemos cuándo se superará la crisis. Atravesamos una crisis diferente a las anteriores porque esta se manifiesta de manera global y no solo es una crisis económica, sino también sanitaria.

Acertadamente se indica que “nada ha escapado a la pandemia provocada por el COVID-19. Ni siquiera el Derecho de los contratos”⁵⁰. Los contratos en curso de ejecución se han visto sensiblemente afectados. Maximiliano Calderón sostiene que “es indudable que el coronavirus y las medidas gubernamentales dictadas para paliarlo inciden severamente sobre los contratos en curso de ejecución. Pero no lo hacen, en todos ellos, de la misma manera: (i) en algunos casos, impiden el cumplimiento o postergan el interés del acreedor de manera temporaria; (ii) en otros, obstan de manera definitiva al cumplimiento o aniquilan el interés del acreedor; (iii) también puede ocurrir que alteren la ecuación económica del contrato”⁵¹.

⁴⁹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor Titular Ordinario –por concurso- de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Secretario del Área Académica y de Aprendizaje (Facultad de Derecho, UNR).

⁵⁰ GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, *El impacto del Covid-19 en el Derecho de los contratos español*, en “Anuario de Derecho Civil”, Madrid, Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado Español, Vol 73, Nro. 2, 2020, p. 455.

⁵¹ CALDERÓN, Maximiliano R., *Suspensión, revisión y extinción del contrato*, en “Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado”, 13/04/2020, cita IJ-CMXV-458, https://ar.lejister.com/index.php#indice_2

DECONOMI

La consecuencia es desbastadora para las relaciones contractuales; al romperse por la fuerza mayor el equilibrio contractual, coloca frente a la imposibilidad de cumplimiento. A partir de allí surge la necesidad de recomponer el equilibrio contractual, conservando el contrato y evitar así su extinción.

Diversas son las herramientas que nos brinda el derecho privado para enfrentar los conflictos jurídicos que se presentan en el ámbito de los contratos frente a la pandemia Covid-19.

Debemos partir del aforismo romano “pacta sunt servanda rebus sin stantibus” que significa que los pactos deben cumplirse mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien⁵².

En este trabajo analizamos la revisión y renegociación contractual como herramienta que procura conservar el contrato. Haremos previamente una referencia a la fuerza mayor y a la imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de las obligaciones. Luego analizaremos las alternativas de revisión y renegociación contractual. Abordaremos así institutos como la frustración de la finalidad, la teoría de la imprevisión y el deber de renegociación previsto en los contratos de duración.

II. La pandemia COVID-19 y las medidas de aislamiento como fuerza mayor.

La pandemia COVID-19 y las medidas dictadas por los gobiernos para evitar la propagación del virus constituyen una situación de fuerza mayor.

El caso fortuito y la fuerza mayor son “fenómenos dañosos irresistibles”, a los que el sistema jurídico argentino les brinda idéntico

⁵² Roberto Brebbia refiriéndose al “Rebus sic stantibus” expresa que “este brocardo constituye tal vez el intento de explicación más antiguo de la razón por la cual el cambio de las circunstancias imperantes en el momento de la celebración del contrato puede decidir su revisión o terminación” (BREBBIA, Roberto A., *La frustración del fin del contrato*, en L.L. 1991-B, p. 876)

tratamiento⁵³. Se trata de “eventos de distinto origen pero con los mismos efectos”⁵⁴.

El caso fortuito se refiere a hechos de la naturaleza y la fuerza mayor se vincula a actos humanos⁵⁵.

El art. 1730 del Código Civil y Comercial asimila la noción y los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor, asumiendo que “tienen en común las características de ser imprevisibles e inevitables”⁵⁶. El precepto dispone que “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. Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y fuerza mayor’ como sinónimos”.

El concepto del caso fortuito se remonta al derecho romano⁵⁷. En este derecho se distinguía el caso fortuito y la fuerza mayor, distinción que pasó a los antiguos derechos español y francés. A partir del Código de Napoleón se

⁵³ En el Código Civil derogado el art. 514 definía al “caso fortuito como “el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. No definía a la fuerza mayor pero en la nota al precepto Vélez siguiendo a Troplong acepta la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor atendiendo a la causa generadora de lo imprevisible e inevitable.

Del recorrido del articulado del Código Civil derogado se advierte que algunas normas referían al caso fortuito, otras a la fuerza mayor y otras mencionaban indistintamente a uno como a otro. Se referían al “caso fortuito” los arts. 287, inc. 3o, 789, 892, 1517, 1521, 1557, 1630, 1854, 2118, 2143, 2294, 2295, 3175, 3803, 3426 del Código Civil derogado; en cambio, aludían exclusivamente a la “fuerza mayor” los arts. 1526 y 1529. Por su parte, mencionaban al “caso fortuito o fuerza mayor” los arts. 513, 604, 889, 1522, 1568, 1570, 1914, 1915, 3059 y 3837 del Código Civil derogado.

Sin perjuicio de esta distinción la doctrina y la jurisprudencia equiparaban en sus efectos al caso fortuito y la fuerza mayor.

El Código Civil y Comercial de 2014 suministra un tratamiento unitario al caso fortuito y a la fuerza mayor.

⁵⁴ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis D. y DI CHIAZZA, Iván, *Contratos. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 506; MEDINA, Graciela, *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*, en L.L. 22/04/2020, p. 2.

⁵⁵ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *La relación de causalidad*, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019-II, p. 15.

Otro sector de la doctrina con un criterio romanista sostiene que la distinción reside en que el caso fortuito acontece inesperadamente –imprevisible- y la fuerza mayor alude a lo irresistible –inevitable- (Véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 315). No obstante, se señala que esta distinción tenía un valor meramente teórico por cuanto los acontecimientos que no se podían prever, como aquellos que previstos no podían ser evitados, liberaban al deudor del vínculo obligacional (Véase: ARGUELLO, Luis R., *Manual de Derecho Romano*, 3º ed., Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 369).

⁵⁶ ALFERILLO, Pascual, *Comentario al art. 1710 del Código Civil y Comercial* en “Código Civil y Comercial”, Garrido Cordobera, Lidia, Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual –Directores-, Krieger, Walter –Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. II, 2015, p. 1053.

⁵⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo, *Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial*, en L.L. 2015-B, p. 1108; CALVO COSTA, Carlos A., *Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia*, en L.L. 28/04/2020, p. 1.

DECONOMI

asimilaron sus consecuencias prácticas, al asignarle un único y mismo efecto. El Código Civil y Comercial de la Nación –como indicamos- asimila ambos conceptos⁵⁸.

El caso fortuito y la fuerza mayor se producen por una amplitud de supuestos que incluyen actos bélicos, huelgas, epidemias, enfermedades, catástrofes naturales (incendios, terremotos, inundaciones, etc.) o incluso actos de autoridad pública (emergencias, limitaciones, etc.)⁵⁹.

Se trata de “acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o inevitables, no imputables al deudor, que impiden el cumplimiento de la obligación”⁶⁰. De esta manera implicará que exime de responsabilidad al deudor cuando se conecta en una relación de causa efecto con el incumplimiento⁶¹.

Para que se configure el caso fortuito o la fuerza mayor se deben reunir una serie de elementos básicos, a saber:

- el acontecimiento o el suceso: se trata del elemento objetivo.
- el acontecimiento o suceso debe ser "imprevisible": ello significa que "no ha podido ser previsto". Así se expresa que “debe ser imposible de pronosticar, de saber que ocurrirá porque es un hecho sumamente extraño”⁶².
- el acontecimiento debe ser “inevitable”: debe ser irresistible. Se trata de un elemento central o clave en la configuración de esta noción⁶³.

Al respecto se expresa que “resulta sustancial que el deudor, aun cuando haya sido precavido, no haya podido contrarrestar el evento, creando así la imposibilidad de cumplir con la obligación comprometida”⁶⁴. Debe tratarse de

⁵⁸ HERRERA, Enrique y GUIBADO, Héctor C., *Extinción de la relación de trabajo*, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 530.

⁵⁹ MOLINA SANDOVAL, C., op. cit., p. 15.

⁶⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 192.

⁶¹ VENEGAS, Patricia P., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 52.

⁶² LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *comentario al art. 1730 del Código Civil y Comercial en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”*, Rivera, Julio César y Medina, Graciela –Directores-, Esper, Mariano –Coord.-, Buenos Aires, La Ley, t. IV, 2014, p. 1046.

⁶³ En la doctrina se expresa que en materia de caso fortuito era relevante que este fuera imprevisible. Sin embargo, se indica que hoy lo que es clave es que sea inevitable. La irresistibilidad constituye el verdadero fundamento (Véase: VENEGAS, Patricia P., op. cit., p. 51).

⁶⁴ LANUSSE, Francisco, *El caso fortuito y fuerza mayor en la legislación y jurisprudencia argentina*, en SJA 26/12/2018, JA 2018-IV.

DECONOMI

un “acontecimiento que el hombre no puede resistir”⁶⁵. Agregando que “esta imposibilidad debe darse con un cierto criterio generalizador, es decir, para todos aquellos que se puedan encontrar en circunstancias similares”⁶⁶.

En el caso de la pandemia COVID-19 aun cuando podría pensarse que se podía prever porque ya venía ocurriendo en otros países –en otras partes del mundo- resulta inevitable e irresistible.

- el acontecimiento debe ser “actual”: se indica que ello significa que “se trate de un hecho que se presenta al momento del incumplimiento, no bastando su inminencia ni la simple amenaza de su ocurrencia”⁶⁷. En otros términos, se sostiene que “ha de ocurrir al tiempo en que correspondía cumplirse la obligación, no bastando la sola amenaza”⁶⁸. Asimismo, se dice que significa que “el hecho debe ocurrir contemporáneamente al momento del cumplimiento, y es menester que se trate de un hecho presente y no de una simple amenaza o de una imposibilidad eventual”⁶⁹.

De igual manera, se indica que “no sería posible alegar un hecho futuro, o que pueda ocurrir como una mera amenaza, o pasado que carezca de incidencia en el presente”⁷⁰.

- debe ser “extraño” o “inimputable” al deudor.

- debe ser “sobreviniente”: se expresa que “el hecho se haya configurado con posterioridad al nacimiento de la obligación, y debe provocar un obstáculo absoluto e insuperable para su cumplimiento”⁷¹.

- debe ser “extraordinario”: entendido ello como que excede el orden natural. Se indica “que sale del orden común, se trata de un suceso eventual que altera el orden natural de las cosas”⁷². En tal sentido se expresa que “la ley ha querido comprender a aquellos sucesos que escapan a toda ponderación, o por

⁶⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, R., *Manual...*, op. cit., p. 194.

⁶⁶ Id., p. 194.

⁶⁷ LANUSSE, F., *El caso fortuito...*, op. cit.

⁶⁸ LÓPEZ MEZA, Marcelo, *Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código*, en L.L. 2015-C, p. 933.

⁶⁹ NEGRI, Nicolás, *Responsabilidad civil contractual*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2017, p. 468.

⁷⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, R., *Manual...*, op. cit., p. 194.

⁷¹ LANUSSE, F., *El caso fortuito...*, op. cit.

⁷² GHERSI, Carlos A., *Teoría general de la reparación de daños*, 3° ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 108.

DECONOMI

lo menos a toda ponderación acertada o razonable, y que por ocurrir y manifestarse con posterioridad al tiempo de concertación del negocio, nunca podrían ser considerados, ni aun bajo la forma de condición para su cumplimiento”⁷³.

El deudor que alega el caso fortuito o la fuerza mayor carga con su prueba (conf. art. 1736 del Código Civil y Comercial)⁷⁴.

La pandemia COVID-19 como las medias dictadas por el gobierno “son objetivamente hechos imprevisibles, inevitables y ajenos a las partes”⁷⁵.

En síntesis, atravesamos una crisis extrema, imprevisible e inevitable, que obliga a una renegociación contractual derivada del principio de buena fe.

III. La imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de las obligaciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula a la imposibilidad de cumplimiento como un modo extintivo de las obligaciones⁷⁶.

En la concepción moderna la obligación es entendida como “la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor”⁷⁷.

El Código Civil y Comercial de la Nación innova con respecto al Código Civil de 1869 en cuanto contiene en su articulado una definición de la obligación. En efecto, el art. 495 del Código Civil derogado sólo nombraba los distintos tipos de obligaciones e indicaba que eran de dar, hacer y no hacer. Asimismo, Vélez en la nota al mismo art. 495 señalaba que no la define porque siguiendo a Augusto Texeira de Freitas considera que las definiciones son impropias de un código de leyes.

⁷³ LÓPEZ MEZA, M., *Requisitos...*, op. cit., p. 933.

⁷⁴ El art. 1736 del Código Civil Comercial en su parte final expresa que “La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

⁷⁵ RIVERA, Julio César, *Los contratos frente a la pandemia*, en L.L. 22/04/2020, p. 8.

⁷⁶ Abordamos este tópico en un trabajo anterior, véase: GERBAUDO, Germán E., *La imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de las obligaciones*, en Diario Comercial, Económico y Empresarial, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, Nro. 268, 18/08/2020.

⁷⁷ LLAMBÍAS, Jorge J., RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 9º ed., Buenos Aires, Perrot, 1991, p. 9.

DECONOMI

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se aparta de ello y en el art. 724 trae una definición en los siguientes términos: “la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito, y ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Rubén Compacnucci de Caso nos dice que la fuente del mismo no es precisa, pero indica que es corriente que en muchos códigos y textos de doctrina se brinden una definición similar a la que enuncia el art. 724⁷⁸.

La imposibilidad de cumplimiento es un modo extintivo de las obligaciones, que libera al deudor sin responsabilidad, siempre que aquella sea sobrevenida, objetiva y absoluta.

El art. 955 del Código Civil y Comercial dispone en su primera parte que “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”. Por su parte, el art. 956 del Código Civil y Comercial refiere a la imposibilidad temporaria indicando que “La imposibilidad sobrevenida, 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”.

El primero de los casos la imposibilidad sobrevenida de la prestación con carácter definitivo extingue la obligación sin responsabilidad. Por lo tanto, no se va a cumplir con los contratos cuando sobreviene una causa de imposibilidad. El incumplimiento es una causa generadora de responsabilidad. Sin embargo, se excepciona la responsabilidad del deudor si la prestación se vuelve imposible sin su culpa y sin que este haya asumido el riesgo de la imposibilidad. En doctrina se da el ejemplo de medidas dictadas por el gobierno como consecuencia del COVID-19 que tornan imposible el cumplimiento de la prestación, lo que ocurriría con la entrega de elementos para ambientar una fiesta cuando su transporte está prohibido. Lo mismo en el caso que a una fábrica de respiradores se le prohíbe su exportación, en ese caso no puede cumplir con la prestación de los contratos acordados, sin responsabilidad. En estos casos, ante una imposibilidad

⁷⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *comentario al art. 724* en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Directores Julio César Rivera y Graciela Medina; Coord. Mariano Esper, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2014, t. III, p. 8.

DECONOMI

sobrevenida, absoluta y definitiva de la prestación, que extingue la obligación sin responsabilidad⁷⁹.

La imposibilidad de cumplir es la que libera –sin responsabilidad- al deudor.

Ahora bien, para que la imposibilidad de cumplimiento extinga la obligación deben darse las siguientes condiciones:

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;

d) Debe ser definitiva, por cuanto si refiriese 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 (conf. art. 1732 *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación)⁸⁰.

El deudor que pretenda librarse de la prestación sin responsabilidad deberá alegar la fuerza mayor, y especialmente, acreditar que la pandemia o las medidas del gobierno dictadas en su consecuencia afectan la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones causadas en el contrato. En definitiva, habrá que analizar en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al caso, si la causa de imposibilidad sobrevenida es suficiente y, a su vez, si es acreditada para extinguir la obligación.

⁷⁹ MEDINA, G., op. cit., p. 2.

⁸⁰ GARCÍA FUENTES, Mateo, *Soluciones contractuales en situaciones excepcionales*, en L.L. 22/04/2020, p. 23.

DECONOMI

Acertadamente, la doctrina sostiene que deben vincularse las normas de la imposibilidad de cumplimiento con el instituto de enriquecimiento sin causa. Así se expresa que “cabe señalar que una interpretación coherente y armónica de los arts. 955 y 956 con los arts. 1794 a 1796 que regulen el enriquecimiento sin causa el pago indebido lleva a señalar lo obvio: la extinción por imposibilidad no genera el deber de reparar daños, pero sí el de restituir lo percibido de la otra parte, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa”⁸¹.

Atravesamos una crisis extrema que ha alterado profundamente todas las relaciones jurídicas preexistentes.

Sin dudas que las normas que analizamos se tornan frente a la crisis del COVID-19 más actuales que nunca.

IV. La frustración de la finalidad.

1. Introducción.

La terminación de un contrato puede suceder por dos tipos de causas: (i) causas normales, por ejemplo, por vencimiento de un plazo; (ii) causas anormales, por ejemplo, por la frustración de la finalidad⁸².

Este supuesto de terminación anormal del contrato por una causa sobrevenida es la que analizamos en el presente acápite.

La figura de la frustración del fin del contrato es receptada por el art. 1090 del Código Civil y Comercial bajo la designación de “frustración de la finalidad” y constituye una excepción a la regla del art. 959 del Código Civil y Comercial de que los contratos deben cumplirse. En tal sentido, el art. 1090 del Código Civil y Comercial dispone que “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

⁸¹ KRIEGER, Walter F., *El Derecho del Consumidor en la pandemia: aportes para la crisis y para el después*, en L.L. 17/04/2020, p. 8.

⁸² TORRILLO, María Paula, *Rescisión unilateral de contratos de larga duración*, en “Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios”, Buenos Aires, N° 15, mayo 2016, 16/05/2016, cita IJ-XCVIII-286.

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"⁸³.

La norma que analizamos se inserta en el capítulo correspondiente a la "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

Se sostiene que la recepción normativa de la figura es positiva. Así se señala que se trata de "una consagración legal positiva con vasto campo de aplicación"⁸⁴.

Sin dudas que el instituto que estudiamos es aplicable en el ámbito de los contratos frente a la pandemia COVID-19. Se presenta un acontecimiento sobreviniente, anormal y ajeno a la voluntad de las partes que es la pandemia covid-19 y que da lugar a la aplicación de esta figura.

2. Noción.

Alejandro Freytes dice que "es un supuesto específico de ineficacia producido a consecuencia de la variación de las circunstancias objetivas presupuestas por las partes al celebrar un contrato válido, que impide la realización del propósito práctico, básico o elemental que el acreedor aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado o presupuesto por éste, provocando que aquél pierda interés en el cumplimiento del contrato al quedar desprovisto de su sentido originario"⁸⁵.

Por su parte, José María Gastaldi señala que la frustración del fin del contrato en un modo descriptivo acontece "cuando en un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada (en alguna de las modalidades de esta

⁸³ En un trabajos anteriores analizamos la frustración del fin del contrato, véase: GERBAUDO, Germán E., *La frustración del fin del contrato en el Código Civil y Comercial del la Nación, Parte I*, en DPI, Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial, N° 189, 5/12/2019, GERBAUDO, Germán E., *La frustración del fin del contrato en el Código Civil y Comercial del la Nación, Parte I*, en DPI, Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial, N° 190, 12/12/2019,

⁸⁴ GREGORINI CLUESELLAS, Eduardo L., *La frustración de la causa fin del contrato*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 272, p. 763.

⁸⁵ FREYTES, Alejandro, *Frustración del fin, condición y resolución por incumplimiento. Una acertada diferenciación jurisprudencial*, en L.L. 2016-E, p. 155.

DECONOMI

clasificación), la finalidad relevante –razón de ser– y conocida, aceptada expresa o tácitamente por las partes, no puede lograrse –se ve frustrada– por razones sobrevinientes ajenas –externas– a su voluntad y sin que medie culpa”⁸⁶.

Julio César Rivera, Luis D. Crovi e Iván Di Chiazza sostienen “es una causal específica de extinción de los contratos, que 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”⁸⁷.

Alfredo Rovira expresa que “es un modo de resolver los desajustes que se producen en una relación jurídica por afectarse a la causa fin y puede constituirse así en un modo no previsto originalmente de terminación de la relación contractual”⁸⁸.

Carlos Gherzi dice que “hablar de frustración del fin conduce a la idea de una pérdida de utilidad de la prestación, por lo menos, para el interés del acreedor; esto supone hablar de un contrato válido, con sus elementos esenciales, pero cuya ejecución deviene económicamente estéril por una alteración en las circunstancias que constituían las bases del negocio”⁸⁹.

En definitiva, en los casos en que se aplica el instituto que analizamos nos encontramos con que la prestación resulta materialmente posible; sin embargo, ha desaparecido –al menos para una de las partes- el interés por el cual se contrató. Es decir, se frustra la finalidad del contrato debido a que con el cambio imprevisto y extraordinario de las circunstancias una o las dos partes ya no tienen interés en el cumplimiento del contrato.

⁸⁶ GASTALDI, José María, *La frustración del fin del contrato*, en “Estudios del Derecho privado: comentarios al nuevo código civil y comercial de la Nación”, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires, www.derecho.uba.ar/docentes/asociacion_docentes_publicaciones.php.

⁸⁷ RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 537.

La misma definición encontramos en el siguiente trabajo: RIVERA, Julio César, *La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión. Nota a fallo*, en E.D. 29/10/1998, t. 179, p. 60.

⁸⁸ ROVIRA, Alfredo, *La causa, los considerandos y la fuerza vinculante de los contratos*, en “Revista del Notariado”, N° 933, 1/09/2018, cita: IJ-DCCXL-596, legister, <https://ar.lejister.com/index.php>

⁸⁹ GHERSI, Carlos A., *Obligaciones civiles y comerciales*, 2° ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 310.

DECONOMI

Se trata de un instituto que se asienta sobre la teoría de la causa fin del contrato⁹⁰. Así se expresa que “la causa del fin del contrato es la voluntad motora que llevó a cada parte a celebrar el contrato, el fin último por el cual la parte asumió determinadas obligaciones en busca de satisfacer su voluntad motriz”⁹¹.

3. Antecedentes.

El instituto que analizamos tiene su origen jurisprudencial, siendo posteriormente admitido en la doctrina y estando presente en diversos proyectos de reforma de nuestro derecho privado⁹².

La figura aparece en la jurisprudencia inglesa. Si bien en materia contractual se sigue una orientación romanista la figura que analizamos tiene su origen en la jurisprudencia inglesa de principios del siglo XX con los conocidos casos de la coronación. En ellos se presentó la locación de balcones y ventanas para presenciar la coronación del Rey Eduardo VII en 1902⁹³. Sin embargo, el Rey se enfermó y se postergó la coronación y con ello algunas locaciones lograron acomodarse y otras no⁹⁴.

En el derecho comparado la doctrina de la frustración del fin del contrato tuvo una importante elaboración en doctrinaria

⁹⁰ MASSA, Héctor, *La revisión del contrato en tiempos de pandemia*, en “Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado”, 14/04/2020, en Legister, cita IJ-CMXV-468.

⁹¹ MASSA, H., *La revisión...*, op. cit.

⁹² GREGORINI CLUESELLAS, E., op. cit., p. 763; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *comentario al art. 1090 del Código Civil y Comercial*, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rivera, Julio C.-Medina, Graciela –Directores-, Esper, Mariano –Coord.-, Buenos Aires, Thomson Reuters, t. III, 2014, E-Book; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *La frustración de la causa fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en L.L. Suplemento Especial “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos”, 2015 (febrero), p. 283; RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 539; PADÍN MARCHIOLI, Matías A., *La frustración de la finalidad del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en IJ Editores, 30/04/2015, cita IJ-LXXVI-489; ROVIRA, Alfredo, *La causa, los considerandos y la fuerza vinculante de los contratos*, en “Revista del Notariado”, N° 933, 1/09/2018, cita: IJ-DCCXL-596, legister, <https://ar.legister.com/index.php>; MEDINA, G., op. cit., p. 2.

⁹³ Había un gran interés en presenciar la Coronación dado que hacía 64 años que no se producía una ceremonia de coronación.

⁹⁴ BREBBIA, Roberto H., *La frustración del fin del contrato*, en L.L. 1991-B, p. 876; LEIVA FERNÁNDEZ, L., *La locación en el Proyecto de Código*, en L.L. 2013-A, p. 751; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Las modificaciones al contrato de locación en el Código Civil y Comercial*, en L.L. Supl. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular”, 2015 (abril), p. 71; GREGORINI CLUESELLAS, E., op. cit., p. 763.

DECONOMI

en el derecho alemán, primeramente con los estudios Windscheid, con su teoría de la presuposición y, posteriormente con los trabajos de Oertman y Lenel, entre otros, los que abrieron paso a la elaboración más perfecta de la doctrina por parte de Larenz, en su ya clásica obra sobre la base del negocio jurídico⁹⁵.

En nuestro país, antes de su recepción normativa en el actual art. 1090 del Código Civil y Comercial, la figura era invocada y aplicada por la doctrina en base a la teoría de la causa fin contenida en los arts. 500 a 502 del Código Civil y en el ámbito de los contratos de locación a través de los arts. 1522 y 1604 del Código Civil⁹⁶.

Asimismo, fue propiciada su incorporación legislativa por las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1991⁹⁷.

En la jurisprudencia se presentó la aplicación de este instituto en un caso de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil en la cual se consideró frustrada la finalidad en un contrato de locación de un campo para la realización de actividad pecuaria, al no tener el campo provisión de agua necesaria por la insuficiencia de la provisión proveniente de un canal⁹⁸.

Por ello, en la doctrina existía consenso en la necesidad de su recepción normativa y así se afirmó que constituye una singular innovación respecto de la visión imperante bajo el actual Código Civil⁹⁹.

4. Vinculación la con imprevisión.

La frustración de la finalidad se vincula con la imprevisión en que ambas figuras encuentran el mismo fundamento. En la doctrina, se expresa que “ambos institutos se inspiran, en última instancia, en la idea de que el contrato obliga rebus sic stantibus. Suponen entonces que el contrato tiene ciertas

⁹⁵ BREBBIA, R., *La frustración...*, op. cit., p. 876.

⁹⁶ LEIVA FERNÁNDEZ, L., *comentario al art. 1090 del Código Civil y Comercial...*, t. III; RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 539; RIVERA, Julio César, *La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión. Nota a fallo*, en E.D. 29/10/1998, t. 179, p. 60.

⁹⁷ BORDA, Alejandro, *La frustración del fin del contrato*, en L.L. 1991-E, p. 1450.

⁹⁸ CNCiv., sala F, 25.4.96, en E.D., t. 169, p. 345, fallo citado por RIVERA, J., *La relación...*, op. cit., p. 60.

⁹⁹ ROVIRA, A., op. cit., p. 323.

circunstancias que lo rodean en la etapa genética, cuya modificación o desaparición en la etapa funcional, pueden causar su extinción o revisión”¹⁰⁰.

5. Regulación del art. 1090 del Código Civil y Comercial.

En este acápite analizamos que requisitos deben concurrir para que resulte aplicable la teoría de la frustración de la finalidad y el funcionamiento del instituto en la letra del art. que analizamos.

a) Requisitos.

(i) *Los contratos a los que se va a aplicar deben ser bilaterales, onerosos y conmutativos.*

Ello debido a que este instituto –al igual que el de la excesiva onerosidad sobreviniente- afrontan el desequilibrio o el quiebre de la base objetiva del contrato.

El ámbito contractual de mayor aplicación de este instituto es el del contrato de locación de cosas¹⁰¹.

(ii) *Frustración de la finalidad común.*

La finalidad que se frustra debe ser común a ambas partes. La determinación de que la finalidad que se frustró es común no resulta una tarea sencilla.

¹⁰⁰ RIVERA, J., *La relación...*, op. cit., p. 60.

¹⁰¹ Id., p. 60.

La doctrina señala que en la jurisprudencia alemana se registran diversos casos de aplicación del instituto a los contratos de locación de cosas, como así también en la locación de obras o de servicios. Así se expresa que “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: 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” (RIVERA, J., *La relación...*, op. cit., p. 60).

DECONOMI

Debe tratarse de la finalidad relevante del acuerdo, “entendiéndose por tal el propósito básico de la parte cumplidora, conocido y aceptado por la otra”¹⁰².

(iii) *Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias.*

El hecho que da lugar a la resolución del contrato debe ser sobreviniente e imprevisible. Estas circunstancias deben haber podido afectar a cualquier persona que se hubiere encontrado en la misma situación de las partes del negocio¹⁰³.

Sin embargo, se señala que “no es necesario que genere imposibilidad definitiva de la prestación como se exige en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor”¹⁰⁴. En tal sentido, se indica que “en el caso fortuito o fuerza mayor se verifica una imposibilidad de cumplimiento y en la frustración del fin el cumplimiento es posible pero inútil para el acreedor, por desaparición del interés previsto en el contrato”¹⁰⁵. Asimismo, se señala que “lo que se frustra es la finalidad no la posibilidad de cumplir con la prestación pactada (de allí la diferencia con el *casus*)”¹⁰⁶. También se indica que “la finalidad común debe resultar inalcanzable, aun cuando la prestación sea posible”¹⁰⁷.

Atento a que se trata de alteraciones extraordinarias e imprevisibles campea una interpretación restrictiva.

(iv) *Alteración ajena a las partes.*

Esto significa que no ha sido producida por ellas. Asimismo, implica que no está comprendida en el riesgo asumido por el afectado.

Debe tratarse de circunstancias no conocidas –ni conocibles- como tampoco provocadas por la parte que invoca la resolución del contrato.

b) Invocación por parte interesada.

¹⁰² MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 177.

¹⁰³ ILLANES, Carlos L., *Interpretación evolutiva de los contratos*, en L.L.B.A. 2012 (abril), p. 246.

¹⁰⁴ MUGUILLO, R., op. cit., p. 178.

¹⁰⁵ GREGORINI CLUESELLAS, E., op. cit., p. 763.

¹⁰⁶ ILLANES, C., op. cit., p. 246.

¹⁰⁷ BREBBIA, R., *La frustración...*, op. cit., p. 876.

DECONOMI

Opera el instituto siempre que sea invocada por la parte afectada. En tal sentido, al afectado le bastará con comunicar la resolución a la otra parte. En tanto que esta última si pretende resistir la resolución deberá promover una acción por cumplimiento del contrato.

Alguna doctrina critica ello. Así comentando el art. 1090 se expresa que “deja la extinción del contrato al exclusivo arbitrio y apreciación de la parte que se considere perjudicada, lo cual supondrá confusión e inseguridad en los contratantes y, en consecuencia, mayor litigiosidad”¹⁰⁸.

c) Resolución del contrato.

Esta nota marca la diferencia con la excesiva onerosidad sobreviniente. En este último caso el principio de conservación de los actos jurídicos conlleva a que la reacción sea el reajuste de las prestaciones. En cambio en el instituto que analizamos la consecuencia es la resolución del contrato¹⁰⁹.

d) Ausencia de resarcimiento.

La frustración de la finalidad no trae consigo un resarcimiento. Se señala que “esta consecuencia se sigue a la ajenidad del evento frustrante”¹¹⁰. Asimismo, se sostiene que “ello es consecuencia del carácter objetivo y ajeno a las partes del hecho determinante. Hay semejanza en este aspecto con el caso fortuito”¹¹¹.

V. La necesidad de revisión y renegociación contractual

¹⁰⁸ BARBÓN LACAMBRA, José Antonio, *La imposibilidad teórica de la “frustración del fin” en los contratos*, en J.A. 2014-III, p. 10.

¹⁰⁹ En la doctrina durante mucho tiempo se debatió si la frustración del fin del contrato es un supuesto de resolución –doctrina mayoritaria- o de rescisión –criterio minoritario-.

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se consideró que la frustración de la finalidad del contrato, en tanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. Este el criterio que adopta el Código Civil y Comercial de la Nación al señalar que “la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución”.

¹¹⁰ LEIVA FERNÁNDEZ, L., *comentario al art. 1090 del Código Civil y Comercial...*, op. cit.

¹¹¹ GREGORINI CLUESELLAS, E, op. cit., p. 763.

DECONOMI

Frente a la crisis y ante la ruptura del equilibrio contractual deben pensarse alternativas para evitar la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones y conservar el contrato. La clave pasa por la revisión y renegociación contractual.

La revisión del contrato cuando sobrevienen circunstancias excepcionales consiste “en someterlo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo, atendiendo a esas nuevas circunstancias”¹¹². En otros términos, “procura desgravar la posición del deudor; recomponer el contenido de la relación contractual; la vuelta al relativo equilibrio originario”¹¹³. Es en definitiva un “volver a ver”¹¹⁴.

El Código Civil y Comercial no refiere expresamente a la revisión o a la renegociación contractual, sino que en el Capítulo 13 del Título II referido a la “contratos en general” alude a la “Extinción, modificación y adecuación del contrato” –arts. 1076 a 1091-.

La adecuación del contrato significa adecuarlo a las nuevas circunstancias y lleva implícita la idea de revisión.

La readecuación de los contratos para recomponer el equilibrio contractual puede tener su fuente en un proceso de renegociación acordado por las partes o puede ser dispuesta por una ley que imponga la modificación coactiva de los términos del contrato o finalmente puede ser ordenada por un juez a pedido de parte¹¹⁵.

En relación a las fuentes de la revisión contractual se expresa que “cualquiera de las cuales se basa en el mantenimiento de las precitadas bases del negocio jurídico, por lo que la alteración de las circunstancias ha de ser sustancial o relevante, debiendo tener un impacto decisivo en la economía del contrato que afecte el interés de una o ambas partes contratantes”¹¹⁶.

¹¹² NICOLAU, Noemí L., *La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas*, en J.A. cita on line 0003/009167

¹¹³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Sobre una supuesta “herejía” jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198 (el Derecho como Religión, como Ciencia y como Arte)*, en L.L. 1983-D, p. 805.

¹¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, 1º ed., Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 311.

¹¹⁵ VERGARA, Leandro, *La readecuación contractual*, en L.L. 10/08/2020, p. 1.

¹¹⁶ QUAGLIA, Marcelo C. y RASCETTI, Franco, *Herramientas jurídicas para la pandemia y pospandemia: la renegociación del contrato*, en L.L. 6/07/2020, p. 8.

DECONOMI

En la concepción clásica del contrato no había demasiado margen para la revisión o renegociación contractual. El derecho decimonónico exhibía el imperio de la regla “pacta sunt servanda”. En el derecho clásico se pensaba al contrato como inmodificable¹¹⁷.

Esta tesis empieza a cambiar a principios del siglo XX y empieza a pensarse en el “rebus sic stantibus”.

Frente a la crisis extrema que atravesamos, imprevista e inevitable, surge la necesidad de adecuación contractual para evitar la extinción. Existe en definitiva un deber legal de adecuación contractual para evitar un daño crediticio. Se debe buscar “el salvataje del negocio jurídico, expulsando su extinción”¹¹⁸.

No debe perderse de vista el principio de conservación del contrato, el que debe primar por sobre la extinción del negocio contractual¹¹⁹.

Acertadamente se expresa 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 acarrear los fracasos negociales”¹²⁰.

VI. El deber de renegociación como derivación del principio de la buena fe.

¹¹⁷ En el derecho clásico la apertura a la revisión contractual estaba en el instituto de la conversión del acto nulo. Este es un supuesto de revisión, cuando el juez decide la conversión de un acto nulo en otro válido realiza un revisión. Está implícita la revisión.

Roberto Brebbia expresa que “la conversión constituye un recurso técnico que trata de remediar los efectos negativos absolutos que produciría la declaración de nulidad, obligando a realizar al juez, mediante un proceso de interpretación y calificación del negocio, la determinación de una eventual existencia de otro acto, con todos los caracteres del tipo, reconociendo eficacia a este último” (BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, t. II, 1995, p. 676).

La revisión contractual en el Código de Vélez estaba acotada a supuestos específicos (arts. 2174, 2056, 953, Cód. Civil), y la ley 17.771 amplió el catálogo de casos: lesión objetiva-subjetiva (art. 954), imprevisión contractual (art. 1198), morigeración de cláusulas penales abusivas (art. 656) (GALDÓS, Jorge M., *El deber legal de renegociar y la prevención del daño negocial*, en L.L. 10/08/2020, p. 1).

¹¹⁸ GALDÓS, J., op. cit., p. 1.

¹¹⁹ Se expresa que “en la contratación moderna se tiende a la conservación del contrato” (ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial*, en L.L. 1991-D, p. 815).

¹²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión*, en L.L. 2006-A, p. 647.

DECONOMI

El deber de renegociación se deriva del principio de buena fe.

La buena fe está llamada a jugar un papel relevante en el contexto de la pandemia COVID-19¹²¹.

Raúl A. Etcheverry señala que “la buena fe es un *standard* para el derecho privado y de ella puede decirse que es uno de los ejes éticos del ordenamiento tomado en conjunto; en tanto éste regula los deberes jurídicos de la parte o partes intervinientes en la relación, utiliza el modelo de conducta leal que la sociedad espera de cada individuo”¹²². En las Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1987 se caracterizó a la buena fe expresando que “constituye un elemento informador de la juridicidad erigiéndose como un principio general”¹²³. Se indica que se trata de “la honestidad llevada al terreno jurídico”¹²⁴, que “como principio rector del Derecho obliga a una honesta actuación”¹²⁵ o que constituye “un punto de conexión entre lo ético y lo jurídico”¹²⁶ y que es una directriz en la que “están interesados no sólo partes, sino también la comunidad”¹²⁷. La incorporación por parte de la ley 17.711 de la buena fe como criterio orientador procura “mitigar la filosofía individualista que trasuntaba el Código de Vélez, acorde a la época en que fue redactado”¹²⁸.

El deber de renegociar los contratos como derivación del principio de la buena fe procura sujetar al negocio a una renegociación permanente, que permita de ese modo dejar de lado la extinción o superar la revisión forzosa judicial del acuerdo.

Asimismo, la renegociación contractual derivada del principio de la buena fe es una forma de mitigar el daño.

¹²¹ GREGORACI FERNÁNDEZ, B., op. cit., p. 455.

¹²² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *El standard de la buena fe en el derecho mercantil*, en L.L. 1987-E, p. 897.

¹²³ Conclusiones de las “Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Comisión 8 “Buena Fe en el Derecho Patrimonial”.

¹²⁴ LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., *El principio de la buena fe*, en L.L. 24/08/2004, p. 1.

¹²⁵ WOLKOWICZ, Pedro, *Apuntes sobre la buena fe contractual*, en Zeus 3, Secc. Doc. p. 45.

¹²⁶ TAMANTINI, Carlos A. y ZAPATA DE TAMANTINI, María E., *El principio general de la buena fe*, en J.A. 1987-IV, p. 924.

¹²⁷ VIGO (h), Rodolfo L., *Interpretación jurídica de los contratos civiles*, en L.L. 1986-A, p. 795.

¹²⁸ RABBI-BALBI CABANILLAS, Renato y SOLÁ, Ernesto, *comentario al art. 9 del Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Directores Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Coord. Esper, Mariano, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, t. I, 2014, p. 84.

DECONOMI

La renegociación y en su caso la revisión del contrato se erigen como pilares fundamentales para recomponer el sinalagma contractual afectado en estos tiempos de COVID-19 y ASPO (Aislamiento, Social, Preventivo y Obligatorio).

VII. El deber de renegociación en los contratos de duración

Los contratos pueden clasificarse en las siguientes categorías: contratos de ejecución instantánea, ejecución diferida o de ejecución continuada.

Los contratos de ejecución instantánea “son aquellos en que la obligación o prestación pactada se produce en el mismo acto de su celebración”¹²⁹. En los contratos de ejecución diferida la ejecución se encuentra diferida a un plazo. En los contratos de ejecución continuada o contratos de duración la ejecución se continúa en el tiempo.

Los contratos de duración se caracterizan en que su cumplimiento – prestaciones- debe prolongarse en el tiempo ¹³⁰. En otros términos, las prestaciones no se llevan a cabo de una sola vez, sino que se extienden en el tiempo¹³¹. En los contratos de duración “su funcionalidad en el tiempo es esencial para el desarrollo y cumplimiento del objeto”¹³². En efecto, el art. 1011 del Código Civil y Comercial en su primera parte expresa que “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar”.

En esta clase de contratos el deber de renegociación tiene recepción normativa expresa. En efecto, la última parte del art. 1011 del Código Civil y Comercial referido a los contratos de larga duración expresa que “La parte que

¹²⁹ MUGUILLO, R., op. cit., p. 8.

¹³⁰ RAMELLA, Anteo, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 226.

¹³¹ FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther y ROCHA, Daniela, *Derecho del consumidor en la contratación bancaria*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 282.

¹³² MUGUILLO, R., op. cit., p. 8.

DECONOMI

decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”¹³³.

En tal sentido, comentando el precepto se expresa que “del texto transcrito puede deducirse una regla interpretativa: en todo contrato (de larga duración) existe una cláusula que impone a las partes la obligación de renegociar cuando ello es posible. No se trata de una obligación natural o de buena voluntad; es una obligación cuyo incumplimiento, si no estuviera justificado, podría ser penalizado severamente”¹³⁴.

Se trata de una norma que encuentra su fundamento en que en los contratos de duración las partes requieren un tiempo considerable para amortizar los gastos de inversión¹³⁵.

Conforme a la norma transcrita toda parte de un contrato, obrando de buena fe, antes de rescindirlo debe intentar un renegociación a fin de alcanzar una readecuación del contrato.

VIII. La teoría de la imprevisión.

1. Introducción.

Los efectos de la pandemia COVID-19 y las medidas gubernamentales dictadas para evitar la propagación del virus en algunos casos no tornan imposible el cumplimiento de la prestación; pero generan una alteración en la ecuación económica del contrato, tornando excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes. En otros términos, las medidas dictadas por el gobierno para enfrentar la pandemia permiten –en muchos contratos- el cumplimiento, pero tornan excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes.

¹³³ Analizamos este precepto anteriormente, véase: GERBAUDO, Germán E., *El deber de renegociación en los contratos de duración*, en Diario Comercial, Económico y Empresarial, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, Nro. 271, 11/09/2020.

¹³⁴ VERGARA, L., op. cit. p. 1.

Se discute en la doctrina si el deber de renegociar que emerge de la norma debe ser interpretado como un deber formal o un deber sustancial. Véase las diferentes posiciones en el siguiente trabajo: PITASNY, Jonatan, *Análisis interpretativo del art. 1011 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2020 (mayo), p. 183.

¹³⁵ FERRER DE FERNÁNDEZ, E. y ROCHA, D., op. cit., p. 282.

DECONOMI

En este caso, salvo que una de las partes, hubiera asumido contractualmente el riesgo de pandemias, la parte afectada podrá articular los mecanismos de renegociación contractual si los hubiere o en su caso invocar la teoría de la imprevisión¹³⁶.

La figura se encuentra prevista en el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación.

No hay grandes cambios en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación con respecto al régimen previsto en el art. 1090 del Código Civil derogado –en la regulación posterior a la ley 17.771-.

2. Antecedentes.

La teoría de la imprevisión que oportunamente se receptara en el art. 1198 del Código Civil –luego de la reforma de la ley 17.711- reconoce su antecedente en la Recomendación Nro. 15 aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 que bajo el acápite de “El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines. (Tema n° 10)”, expresó “Incorporar al Código Civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto: “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al alea propia del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

¹³⁶ CALDERÓN, Maximiliano R., *Suspensión, revisión y extinción del contrato*, en “Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado”, 13/04/2020, cita IJ-CMXV-458, https://ar.lejister.com/index.php#indice_2

DECONOMI

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

También se reconocen como antecedentes los arts. 1467 a 1469 del Código Civil de Italia¹³⁷. Asimismo, antes de la reforma de 1968 esta tesis era propiciada por autores como Spota o Rezzonico y era sustentada por la jurisprudencia¹³⁸. En este último ámbito cabe recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1966 en la causa “Oks Hnos. y Cía. c/ Gobierno Nacional” donde expresó que “... el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado a costa de sacrificios: *pacta sunt servanda*”, agregando que “solo cuando se ha alterado la base del negocio jurídico y de ello deriva un perjuicio grave y esencial, esta doctrina propugna la intervención de los jueces para impedir que se consume una injusticia que hiere el sentimiento jurídico”¹³⁹.

La reforma de 1968 dada por la ley 17.771, siguiendo literalmente la ya citada Recomendación del Tercer Congreso de Derecho Civil, consagró la teoría de la imprevisión en el art. 1198 del Código Civil que expresaba “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

¹³⁷ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos...*, op. cit., p. 517; FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Zavalia, t. 2 “Doctrina general de los contratos comerciales”, 1997, p. 115; QUIRÓS, Pablo O., *La revisión del contrato por imprevisión: la cuestión en el derecho argentino*, en “Anales de la Legislación Argentina” 2019-10, p. 165.

¹³⁸ En la doctrina cabe recordar la obra de Luis M. Rezzónico, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, 2º ed., Buenos Aires, Perrot, 1954.

¹³⁹ CSJN, “Oks Hnos. y Cía S.A. c/ Gobierno Nacional”, 19/10/1966, Fallos 266:72, citado por HERNÁNDEZ, Carlos A., *Imprevisión y protección del consumidor*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019 (octubre), p. 35.

DECONOMI

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

3. Régimen legal del Código Civil y Comercial.

a) Introducción.

Según el art. 1091 del Código Civil y Comercial "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, esta 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".

El precepto vigente reproduce –sin grandes cambios- la solución que traía el art. 1198 del Código Civil–con las reformas de la ley 17.771-, recogiendo la jurisprudencia y la doctrina elaborada en aproximadamente cincuenta años.

Asimismo, como antecedente normativo inmediato el art. 1091 del Código Civil y Comercial se indica el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 –arts. 1060 a 1062-.

b) Ámbito de aplicación.

Cuando se habla de imprevisión es necesario un transcurso del tiempo para que pueda observarse una alteración de las circunstancias. Se expresa que “lo esencial es pues la presencia de la impronta del tiempo en la vida del contrato puesto que durante ese tiempo habrán de ocurrir los eventos extraordinarios e imprevisibles que son presupuestos fácticos de la revisión”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, J., Contratos..., op. cit., p. 319.

DECONOMI

Debe tratarse de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente.

Quedan excluidos los contratos de ejecución instantánea “pues es obvio que no quedan sometidos a futuros cambios de las circunstancias”¹⁴¹.

En ámbito de aplicación natural de la teoría de la imprevisión es el de los contratos onerosos, donde la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración causó excesivamente onerosa la prestación debida por una de las partes. Pero cabe preguntarse: ¿Se aplica a los contratos gratuitos?

Es una discusión que si bien ya estaba en el régimen del Código Civil se intensifica frente a la nueva redacción del art. 1091 del Código Civil y Comercial. La doctrina expresa que “en principio parecería que la doctrina de la imprevisión está pensada para los contratos onerosos; el art. 1198 del Código derogado aludía a los contratos bilaterales y a los unilaterales onerosos. La omisión de toda referencia a la onerosidad en el texto del art. 1091 hace que algunos autores sostengan que ahora la doctrina de la imprevisión es invocable también por quien haya celebrado un contrato gratuito cuando él deba ser cumplido en condiciones distintas que llevan su prestación a un valor excesivo (Leiva Fernández); quedarían entonces incluidos contratos tales como la renta vitalicia gratuita, la fianza, el depósito gratuito, el comodato”¹⁴².

c) Requisitos.

- la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.
- que como consecuencia de la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa.

No caben dudas que la pandemia provocada por el COVID-19 se presenta como un acontecimiento extraordinario e imprevisible que provocó una alteración de las circunstancias que las partes tuvieron en mira al momento de

¹⁴¹ RIVERA, J., CROVI, L.. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 525.

¹⁴² Id., p. 526.

DECONOMI

la celebración contractual¹⁴³. Esta alteración genera que la prestación de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa. De esa manera, el mantenimiento de la obligación importa la consumación de una flagrante injusticia¹⁴⁴.

Hay una relación causal entre los requisitos mencionados. De este modo, el acontecimiento extraordinario e imprevisible –la pandemia COVID-19- provoca la alteración de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al momento de la celebración del contrato convirtiendo excesivamente onerosa la prestación de una de las partes.

Además, para que opere la imprevisión será necesario que el perjudicado no haya asumido el riesgo y que el afectado opte por el régimen de la imprevisión.

IX. Conclusiones.

Frente a la crisis derivada de la pandemia COVID-19 y de las medidas gubernamentales que impusieron el aislamiento, surge la necesidad de buscar soluciones que permitan conservar los contratos, imponiendo el deber de renegociación.

La pandemia COVID-19 ha agravado la crisis que ya venía atravesando nuestro país que había declarado la emergencia en diciembre de 2019.

El contexto actual afecta profundamente a numerosas relaciones contractuales en las cuales el acontecimiento imprevisto e inevitable provocó una alteración de las circunstancias que las partes tuvieron en mira al momento de celebrar el contrato.

Frente a ello, pensamos que las partes tienen el deber de renegociar y buscar la autocomposición contractual. En tal sentido se expresa que “en los

¹⁴³ Uno de los tópicos que más debate genera en la teoría de la imprevisión es determinar si hay un acontecimiento extraordinario e imprevisible. En el contexto actual, entiendo que la pandemia COVID-19 y las medidas del gobierno –ASPO- adoptadas para evitar la propagación del virus califican en este extremo y no deja margen alguno de discusión.

¹⁴⁴ CORNET, Manuel y TINTI, Guillermo, *Los contratos frente a la emergencia del COVID-19*, en EBook-TR-2020 (Andruet), 20, Thomson Reuters, cita online AR/DOC/1770/2020

DECONOMI

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”¹⁴⁵.

El deber de renegociar se encuentra expresamente establecido para los contratos de duración en el art. 1011 del Código Civil y Comercial, sin perjuicio que el mismo como derivación del principio de buena fe resulta de aplicación en todo el campo contractual.

La renegociación contractual se presenta así como una forma de mitigar los daños que la pandemia COVID-19 produce a las relaciones contractuales.

¹⁴⁵ MEDINA, G., op. cit., p. 2.

“¿La pandemia trajo cambios en materia de ejecución de títulos valores y créditos?”

por Nicolás Malumión¹⁴⁶ y Mariana Scrofina¹⁴⁷

INTRODUCCIÓN

Partimos de un hecho de público y notorio, esto es, la excepcional intensidad y duración de las restricciones a la circulación y al desarrollo de la vida económica y social, así como el acelerado impulso al desarrollo tecnológico al que estamos asistiendo. Es una obviedad que esta situación, ha conllevado muchos cambios drásticos, algunos pasajeros pero otros que no tendrán vuelta atrás.¹⁴⁸

Desde ya, el quehacer del Derecho no fue una excepción. Hemos visto como el derecho procesal y las formas de los contratos sufrieron una transformación que en algunos casos los hizo casi irreconocibles. Estos cambios fueron tanto con sustento en Acordadas de la Corte Suprema como en creaciones de cada Juzgado buscando permitir la prestación del servicio de Justicia preservando la salubridad pública. Basta citar los distintos mecanismos creados para permitir la verificación de créditos en un concurso (por mail o en forma mixta mail y Lex100 por citar los dos más usados), la forma de confeccionar oficios (los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual, vía DEOX), audiencias de mediación o conciliación por medios no presenciales, y un largo etcétera.

¿Estos cambios también llegaron al Derecho de fondo, sea en forma transitoria o permanente? Para responder a esta pregunta nos permitimos comentar fallos muy recientes en la materia, y luego esbozar breves conclusiones. Comenzamos por el más rígido y formal de los regímenes, el concerniente a los títulos valores representados en papel (cartulares), luego

¹⁴⁶ Abogado y Doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del leasing, fideicomisos y securitización, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

¹⁴⁷ Abogada y Docente de la UBA. Especialista en Mercado de Capitales.

¹⁴⁸ Para un análisis de estas tendencias nos remitimos a nuestro trabajo: *Digitalización del financiamiento empresarial y de consumo por el Covid-19* en la obra “Efectos del covid-19 sobre los contratos civiles y comerciales”, Director Pablo D. Frick, Coordinadores Rodrigo E. Jaime y Juan A. Gasparini, Editorial elDial.com, Tomo II, Buenos Aires, 2020.

veremos el caso del requisito de la firma en títulos valores electrónicos, y terminaremos con un ámbito de amplia libertad de apreciación judicial como es el caso fortuito. En todos los casos, nos referimos a sentencias dictada durante la pandemia y que tuvieron a la misma en consideración.

I. ¿Se modificó el régimen de los cartulares?

Para responder a esta pregunta nos remitimos a un muy interesante fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires del 13 de octubre de 2020 en la causa “*Fideicomiso Justicia y Verdad c. Robles Berlanga, María del Rosario y otro s/ Proceso de ejecución*”.

En este caso la parte actora inicia demanda ejecutiva contra quien dice es su deudor en virtud de un pagaré, pero sin adjuntar el cartular del título valor. Ante la intimación del Juzgado para la presentación del cartular, la actora manifiesta que el requerimiento es de imposible cumplimiento en el plazo fijado, dado que el pagaré original, se encontraría depositado en una caja fuerte en la Provincia de San Luis, una de las más severas en lo que atañe a los protocolos sanitarios para prevenir el contagio del Covid-19 y solicitó una prórroga para su presentación en original, quedando la copia presentada oportunamente en el expediente.

El Tribunal consideró que su primera tarea era evaluar la procedencia formal de la pretensión, explicando que lo dicho implica, entre otros puntos, examinar las condiciones de admisibilidad extrínsecas de la ejecución. De un análisis totalmente objetivo, la norma es clara: es requisito de la demanda ejecutiva, la presentación del título ejecutivo que trae aparejada la ejecución. La ausencia del mismo, por el motivo que fuera, conlleva necesariamente el rechazo *in limine* de la acción intentada.

En esta línea, el Tribunal sostiene: “*Existe un correlato entre esa exigencia y el carácter del título de crédito conocido como “necesidad” por el cual sólo el propietario del título (o su poseedor) es la persona habilitada para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en él (Vivante, César, Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Reus, Madrid, 1936, traducción de Miguel Cabeza y*

DECONOMI

*Anido, Vol. III, ps. 135/136; Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, EJEA, 1979, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo VI, p. 232).*¹⁴⁹ El Tribunal concluye que “*En ese documento hay una declaración de voluntad constitutiva del derecho cartular inseparable de él (cfr. Messineo, ob. y lug. cit., p. 232; Cámara, Héctor, Letra de cambio y vale o pagaré, Buenos Aires, Ediar, 1980, tomo I, p. 193; Legón, Fernando A., Letra de cambio y pagaré, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, ps. 12 y 13).*”

La Sala, con este criterio basado en el principio “sin título no hay ejecución”, explica que la tenencia y presentación de los cartulares es necesaria justamente para el ejercicio de todo derecho a él incorporado. Asimismo, justifica la postura del Código de Procedimiento en la exigencia del cartular original, enumerando algunas de las complicaciones procesales que podría implicar la aceptación de una copia simple del mismo: Desde la multiplicidad de procesos con el mismo objeto, hasta la vulneración del derecho de defensa del presunto deudor, toda vez que ante una alteración de la copia del cartular, una pericia resultaría compleja, por no decir imposible.

En síntesis, vemos como la pandemia, por más de haber sido imprevista y haber generado restricciones y hasta la imposibilidad de transitar y acceder a documentos, no conmueve el principio general en materia de cartulares sobre la necesidad de su tenencia para ejercer los derechos en él contenidos. Cabe destacar que este principio vigente en el Derecho comercial por Siglos está receptado en nuestro Código Civil y Comercial que entró en vigencia en agosto de 2015, esto significa que nuestro legislador tuvo la oportunidad de revisar el punto y optó por el rigor formal de la necesidad del título cartular para ejercer el derecho. De hecho, destacamos que la Argentina no tuvo una definición legal de título valor hasta la entrada del actual Código, por lo que el legislador no se limitó a revisar o transcribir normas existentes, sino que debió

¹⁴⁹ Es extraordinaria la vigencia del jurista italiano Césare Vivante ([Venecia, 6 de enero de 1855 - Siena, 5 de mayo de 1944](#)) y su definición de “título valor” como el “[documento](#) necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo título”. Esta definición está en su obra *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 3. (Madrid, Editorial Reus, 1936, 135-136), esto es, la primera de las obras que cita el fallo, pero su lógica general se puede ver con gran claridad en el *Manual*, la segunda de las obras citadas. Cabe destacar que el *Manual* es de una claridad asombrosa y de muy amena lectura, lo que explica el motivo por el cual al día de hoy se lo considera un gran maestro del derecho.

generar nuevas normas, con lo que más razón todavía asiste a quienes creen que la necesidad del cartular es un principio indiscutiblemente vigente en la actualidad. ¿Fue este principio modificado en forma alguna por la pandemia? A juzgar por lo que hemos visto, parecería que no, el principio sigue en pie: Si el título valor ha nacido en forma cartular, se deberá contar con la tenencia del mismo y acreditar dicho extremo mediante su exhibición para poder ejercer los derechos contenidos en el mismo.

II. ¿Se flexibilizó el requisito de la firma para la ejecución de créditos otorgados en forma electrónica?

Ya hemos visto que los principios que rigen los títulos valores cartulares no se han visto conmovidos por la pandemia. Pero cabría preguntarse si el requisito de la firma ológrafa o digital para la ejecución de créditos electrónicos se ha visto modificada. Previo a la pandemia la jurisprudencia no se mostró proclive a abrir la vía ejecutiva ante la falta de firma ológrafa o digital,¹⁵⁰ ¿la pandemia y el desarrollo de los medios electrónicos cambió este criterio?

Para responder a esta segunda pregunta veremos el fallo de Cámara “*Banco de la Provincia de Buenos Aries c/ Spindola, Sabrina Lorena s/Cobro de Ejecutivo*”¹⁵¹ en el cual en primera instancia se rechazó la preparación de la vía ejecutiva con costas a la actora sobre la base de considerar que la documentación aportada, esto es, impresiones de pantallas, movimientos de cuentas y un contrato electrónico de mutuo sin firma ológrafa ni firma digital, no permitía habilitar la preparación de la vía ejecutiva. Frente a esta sentencia el actor apela y se agravia explicando la operatoria de los créditos electrónicos y sostiene que la firma electrónica es válida para la preparación de la vía ejecutiva, dado que únicamente restaría citar al firmante para el reconocimiento de la misma con base en el Art. 523 y ss. del Código de Procedimiento.

¹⁵⁰ Para un comentario a la situación antes de la pandemia nos remitimos a nuestro artículo: *Fintech, firma electrónica, digital y vía ejecutiva*, comentario al fallo del Juzgado Nacional Comercial. Nro. 23, del 14/02/2020, in re *Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo*, publicado en el Diario La Ley del 15 de julio de 2020.

¹⁵¹ Fallo de la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de la Plata, del 29 de Septiembre de 2020. El fallo de primera instancia es del Juzgado Civil y Comercial Nro. 10 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Causa 126798.

DECONOMI

La Cámara inicia su análisis destacando que el tema central es la *“ejecución de créditos/préstamos otorgados informáticamente y por eso, dentro de un diseño procesal que no ha tenido en cuenta las nuevas tecnologías a las que se enfrentan los justiciables al concertar vínculos jurídicos y reclamar derechos derivados de esas relaciones, hoy reconocidas expresamente en el Código Civil y Comercial (arts. 288, 1378 ss. y ccs), y en diversas leyes especiales como la Ley de Firma Digital, N° 25.506 (arts. 3 y 5) y ciertas comunicaciones del B.C.R.A. (A-6068, 6071, 6072 y 6112).”*

Establecido el punto medular, la Cámara explica que *“cabe analizar, entonces, si las impresiones de pantalla, movimientos de cuentas y contrato no firmado en forma ológrafa ni digital permiten la preparación de la vía ejecutiva pretendida.”* Queda en el aire una interesantísima pregunta, ¿se puede recurrir a la vía ejecutiva con estos elementos? El Tribunal destaca que *“el art. 518 del C.P.C.C. prevee que se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución, se demandare por obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero, o fácilmente liquidables. El fundamento de la idoneidad ejecutiva del título, radica en la certidumbre de la existencia del crédito que del mismo resulta (Lascano, cit. por Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos...”, Ed. Platense, 1994, t. VI-A, pág. 258). Es que el juicio ejecutivo es un medio de ejecución forzada -compulsoria- que reposa en la presunción de la existencia de un derecho que se constata y debe emanar del instrumento mismo. El crédito – obligación de dar sumas de dinero, líquida o fácilmente liquidable- debe ser exigible, no condicional ni pendiente de plazo. De tal forma, el título debe bastarse a sí mismo, sin necesidad de recurrir a otros medios de prueba que lo complementen.”* En otras palabras, la vía ejecutiva está reservada a casos en que existe un cierto nivel de certeza sobre la existencia del crédito, nivel de certeza basado en las formas que por ende no puede ser dejadas de lado.

El Tribunal continúa explicando que *“si bien nuestro ordenamiento admite la preparación de la vía ejecutiva, pidiendo previamente que sean reconocidos los documentos que por sí solos no traigan aparejada ejecución (art. 523, inc. 1, C.P.C.C.), se trata de situaciones que han sido delimitadas por la ley, ya que los títulos ejecutivos tienen origen legal. Por ello es que únicamente resulta procedente citar a reconocer documentos para preparar la vía ejecutiva*

DECONOMI

de conformidad con lo que dispone el art. 523 inc. 1 del C.P.C.C., por lo que si el documento -tal como sucede en el caso de autos- no es de aquellos comprendidos en el art. 518 precitado, no es procedente la diligencia preparatoria pretendida. De esta manera, un documento que no es autosuficiente ni contiene una deuda líquida y exigible, la indicación precisa del acreedor y deudor de la obligación, no puede adquirir fuerza ejecutiva por más que se lo someta a la preparación de la vía, por lo que el reclamo del cobro de ese crédito debe tramitarse por otra vía.” Lo que el Tribunal explica es que sólo en ciertos casos se puede aplicar la preparación de la vía ejecutiva.

En el caso concreto la Cámara entiende que los elementos son “afirmaciones unilaterales del banco” dejando constancia que no estamos frente a un certificado de deuda expedido conforme los artículos 1378, 1384 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (que sí es un título ejecutivo previsto en la legislación). Cabe mencionar que esta aclaración del Tribunal no es menor, el Banco en su calidad de tal podría haber generado un título ejecutivo.

En particular, y ya sobre la imposibilidad de asimilar a un documento electrónico con firma electrónica (no digital) a un título ejecutivo el fallo explica que: *“la pretendida justificación dada por el apelante en torno a la ejecutividad de las deudas en la existencia de contratos electrónicos y su consecuente firma electrónica, que se habría materializado con la aceptación de los términos y condiciones preacordados por la deudora mediante el consentimiento que para perfeccionar cada uno de los contratos reviste las características propias de una firma electrónica (Ley 25.506) solo revela la falta de autosuficiencia del título, en tanto calidad indispensable para que un crédito pueda ser cobrado por una vía que, como la presente, es en principio resistente a toda indagación causa (arts. 518, 521 inc. 2 y ccs. del C.P.C.C.)”*

Continuando con este análisis, la Sala correctamente realiza una diferencia crucial para la resolución del presente caso: La diferencia entre una firma electrónica en sentido amplio y en sentido estricto. Normalmente, se utiliza la denominación “firma electrónica”, para agrupar todas las firmas no ológrafas, pero para el análisis de este caso particular, una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento, configura la clasificación

DECONOMI

de firma en los términos del artículo 288 del CCCN. Por el contrario, cualquier otra firma no ológrafa que no pueda asegurar estos extremos, será considerada, en los términos de la Ley de Firma Digital como una firma electrónica, definida como el *“...conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.”* Sentado esto, es que el Tribunal correctamente concluye que no toda firma generada por medios electrónicos, es firma digital y por ende no toda firma generada electrónicamente equivale a firma ológrafa. En otras palabras, al no contar con firma ológrafa o firma digital, la documentación presentada sería un instrumento particular no firmado a los efectos de la vía ejecutiva. Es decir, no basta la firma electrónica para generar un título ejecutivo.

Lo dicho no conlleva que el crédito sea inexigible, sino que lo será en el marco de un juicio de conocimiento y no en juicio ejecutivo. El fallo es claro al afirmar que: *“el valor de las impresiones de pantalla acompañadas, consulta de saldos y movimiento de cuentas, requiere la posibilidad de comprobar la autoría e integridad de lo allí exteriorizado, adjuntando el soporte digital correspondiente. Ello sin perjuicio de que la voluntad expresada electrónicamente pueda ser validada y/o acreditada por los pertinentes medios técnicos en el marco de un proceso de conocimiento.”*

Este fallo deja claro el contraste que deseamos mostrar, la fundamentación y tramitación fue electrónica (esto es, hay un claro cambio en materia procedimental que fue profundizado por la pandemia) pero la sentencia muestra que en materia de fondo las formas siguen siendo requisitos ineludibles.

III. ¿La pandemia cambia las reglas del caso fortuito?

Finalizamos nuestro análisis preguntando, ¿Es tan excepcional la pandemia como para cambiar las reglas del caso fortuito disculpante en casos de incumplimiento del deudor? Para responder a esta consulta recurrimos a dos fallos similares: *“Toledo, Victoria Andrea c. Línea de Microómnibus 47 SACFEI y otros s/daños y perjuicios (Acc. Tran. c/les. o muerte)”* ante la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 30 de Julio de 2020 y *“Elastom*

DECONOMI

Ingeniería SA C/Servicios Vertua SA s/Ejecutivo” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, del 9 de octubre de 2020.

En ambos casos, los condenados al pago de una obligación solicitan se considere a la pandemia como una situación de caso fortuito o de fuerza mayor que los exima total o parcialmente del cumplimiento de sus obligaciones.

En el primer caso, ante la Excma. Cámara Civil, una aseguradora solicitó una suspensión y diferimiento de pago de una condena de daños hasta tanto finalicen los efectos comerciales de la pandemia, tomando a la misma como un caso fortuito o de fuerza mayor. En primer lugar, la Excma. Cámara analizó los requisitos de los institutos de caso fortuito y de fuerza mayor: imprevisibilidad, inevitabilidad, ajenidad y contemporaneidad. Sentado esto, concluyó que la pandemia de coronavirus no puede ser calificada como un evento de fuerza mayor o caso fortuito en sí misma, dado que no en todos los casos puede calificarse como una situación irresistible, como en el caso de autos en donde el caso fortuito o de fuerza mayor no fue contemporáneo al nacimiento de la obligación a cargo de la aseguradora. El hecho de que la aseguradora se encontrara en mora meses antes del inicio de la pandemia, bastó para que la Cámara confirme la sentencia de primera instancia, rechazando el planteo de la aseguradora con costas.

Con igual resultado, ante la Excma. Cámara Comercial apeló la ejecutada la resolución de primera instancia que rechazó su oposición a que continuara el trámite durante la feria por la pandemia y su solicitud de suspender de sus obligaciones por la pandemia. La ejecutada se agravia de que la sentencia apelada *“no contempló la pandemia COVID-19 como un caso fortuito ni tuvo en cuenta el contexto de crisis nacional, que afecta tanto al sector público como privado”* fruto de la pandemia. Sostiene que la pandemia configura un caso fortuito o fuerza mayor, explicando que durante la pandemia no percibió ingresos que le permita siquiera sustentar los gastos fijos incluyendo el pago de los salarios de sus trabajadores.

Sin embargo, el Tribunal consideró que *“el 19/03/20 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU N° 297/2020 que dispuso el ASPO a “fin de proteger la salud pública” en razón de que el 11/03/20 la Organización Mundial de la Salud*

DECONOMI

había declarado pandemia al Covid-19 (art 1°).2 Por lo que “es indubitable que la apelante se encontraba en mora al declararse el ASPO, hecho que obstaculiza la procedencia de la aplicación del eximente de responsabilidad invocado; caso fortuito. Ello en tanto el CCyC 1733 señala que aunque ocurra el caso fortuito (lo que aquí no se analizará por ser inaplicable) el deudor es responsable (inc. c) si está en mora.”

En síntesis, incluso considerando que la pandemia configura un caso fortuito o fuerza mayor, no lo es en sí mismo, sino que se debe analizar cada relación jurídica en particular para evitar cualquier perjuicio a las partes o a terceros. En estas situaciones, la pandemia, no tiene un nivel de excepcionalidad que permita dejar de lado la regla general de que si el caso fortuito o fuerza mayor ocurre cuando ya se está en mora, no se lo puede alegar para fundamentar un incumplimiento no culpable.

IV. Comentarios finales

Como hemos visto en este relevamiento de fallos resolviendo situaciones surgidas durante la pandemia, ha sido amplia la aceptación de los cambios formales, pero se han mantenido los principios sustanciales. La actualización y modernización forzosa y necesaria que requirió el Poder Judicial y todos los que nos encontramos vinculados al mismo, favoreció la posibilidad de continuar con la labor diaria del servicio de Justicia, buscando siempre que dichas modificaciones formales, no implicaran la vulneración de derechos de partes o de terceros. El expediente totalmente digital, las pruebas por medios electrónicos, las audiencias a distancia, el sistema de turnos, el sistema DEOX de oficios, fueron modificaciones necesarias para convivir con esta realidad que trajo la pandemia.

Terminamos destacando que no es que los Magistrados no conozcan las nuevas realidades ni la situación tan especial que se atraviesa, por el contrario, demuestran en sus fallos el conocimiento de los cambios en el mundo, pero mantienen los principios que deben resistir incólumes a los embates del tiempo para que así el Derecho dé la debida certeza.

“El contrato de seguro frente a la pandemia”

por Miguel Piedecabras¹⁵²

1. Introducción.¹⁵³¹⁵⁴

El presente ensayo abordará algunas de las cuestiones generales que relacionan al seguro como sistema económico, financiero y jurídico y al contrato que permite el ingreso al mismo; con la situación que puede ser calificada como de fuerza mayor o su equivalente jurídico en nuestro sistema, el caso fortuito (conforme lo ha establecido el artículo 1730 del CCC).

Los extremos en análisis serán la base normativa; el tratamiento y gestión profesional del riesgo; las posibles vicisitudes propias del contrato de seguro y la fuerza mayor y la posibilidad de aplicación de algunos institutos previstos en el CCC.

La pandemia de Covid-19 y el ASPO deben considerarse circunstancias públicas y notorias respecto de las cuáles ninguna de las partes del contrato puede alegar desconocimiento sobre su existencia, independientemente de la consideración individual y efectos en particular para las partes del caso concreto.

A ello se suma la especial y diferente calidad de las partes involucradas en este análisis; por un lado la empresa de seguros (organización/persona jurídica)¹⁵⁵ y la contraparte que puede tener diferente entidad y caracterización (estado, empresa, consumidor, persona en condición de vulnerabilidad) según la clase de seguro de que se trate y asimismo la

¹⁵² Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesor titular FCJS-UNL Derecho Comercial; miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho; Ex Presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación (períodos 2016 y 2018)

¹⁵³ Puede consultarse de nuestra autoría, un trabajo complementario y de mayor extensión sobre esta temática “El contrato de seguro y la fuerza mayor” en la obra “Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19” Tomo II, obra colectiva dirigida por Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2020.

¹⁵⁴ Se utilizarán las siguientes siglas: CN (Constitución Nacional); CCC (Código Civil y Comercial); LDC (ley de defensa de los consumidores 24.240); LCS (Ley de contrato de seguro, 17.418); ES (empresa de seguros); RGA (Reglamento General de la actividad aseguradora); ASPO (Aislamiento social, preventivo y obligatorio) entre otras.

¹⁵⁵ Puede verse el desarrollo de esta noción en “Teoría de la organización” de James G. March y Herbert A. Simón; Editorial Ariel, España, 1977

categoría especial de contrato de seguro al que se refiere¹⁵⁶ (paritario o de consumo; de daños o de personas; voluntarios u obligatorios; individuales o colectivos; de grandes riesgos o microseguros u otra categoría diferente); que han de intensificar o relativizar la incidencia de la fuerza mayor y sus efectos sobre el vínculo jurídico y sus consecuencias.

La situación de fuerza mayor generada por la pandemia y el aislamiento pone en juego el negocio del seguro; su idoneidad técnica frente a esta clase de riesgos; la “centralidad” de la empresa aseguradora y el carácter virtuoso y socialmente útil del sistema en relación a la situación de excepción que vive la humanidad.¹⁵⁷

2. Bases normativas.

La primera de las cuestiones que entendemos se debe analizar, es la base normativa de la fuerza mayor y el seguro, de manera tal que nos permita luego establecer las relaciones posibles y consecuentemente los efectos que esta interpretación y aplicación de las normas determinadas producen o regulan en la situación en concreto.

En relación a la primera de las cuestiones, señalamos que se ubica a estas contingencias (Covid-19/ASPO) en el ámbito de los supuestos de fuerza mayor (definición contenida en el art. 1730 CCC, que comprende como sinónimo legal al caso fortuito¹⁵⁸), que inciden sobre el cumplimiento de las obligaciones y la eventual responsabilidad de las partes por daños derivados de su incumplimiento.

Las normas aplicables al contrato de seguro en virtud del carácter de ley complementaria del CCC (en referencia a la ley 17.418), conforme lo

¹⁵⁶ Para ampliar sobre la caracterización del contrato en relación al mercado, puede verse la obra “Contrato y Mercado” de Fulvio G. Santarelli; Editorial La Ley; Buenos Aires, Argentina, 2018.

¹⁵⁷ Sobre el rol del seguro en la sociedad moderna, puede profundizarse en la obra SHILLER, Robert J., *El nuevo orden financiero – El riesgo en el siglo XXI*, Editorial Turner Publicaciones SL, traducción al español, Madrid, España, 2004.

¹⁵⁸ El art. 1730 del CCC establece que “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.

Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.”

DECONOMI

dispuesto por el art. 5º de la ley 26.994; y en base a lo reglado por el art. 963 CCC¹⁵⁹ serían :

a) las normas indisponibles de la ley especial (17.418 en virtud de su art. 158, las que correspondan de la ley 20.091 y 22.400 para todos los contratos de seguro; la ley 24.240¹⁶⁰ para los seguros de consumo) y las del mismo carácter del CCC (en particular las referidas a los contratos de adhesión , 984 CCC y siguientes para todos los seguros) y las referidas a los contratos de consumo (1092 y siguientes del CCC, para los seguros de consumo) y en todos los casos las que deriven de la CN y de los tratados de derechos humanos de los que la República sea parte (por remisión directa del art. 1º del CCC);

b) en segundo orden las normas particulares del contrato de seguro (las que surjan de la autonomía de la voluntad de las partes);

c) las normas supletorias de la ley especial (17.418, que no sean inmodificables o parcialmente inmodificables);

d) las normas supletorias del CCC, aplicables a los contratos.

Este orden de prelación es esencial al momento de resolver las cuestiones de conflicto que se pueden plantear en virtud de la causal de fuerza mayor antes señalada.

A ello se le debe adicionar la caracterización de las partes (empresa/empresa; empresa/estado; empresa/consumidor; empresa/persona en condiciones de vulnerabilidad) y del contrato de seguro celebrado (paritario o de consumo y en ambos casos celebrado por adhesión, en principio).

Así, la aseguradora será calificada como una empresa profesional, experta, especializada, de objeto exclusivo, que administra grandes masas de capital, gestiona los riesgos y oportunamente paga las prestaciones económicas que se encuentran a su cargo ante el acaecimiento de los siniestros; siendo depositaria de la confianza individual y pública que las personas, la sociedad y

¹⁵⁹ El art. 963 establece que “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”

¹⁶⁰ Que se integra en virtud de su art. 3º, con la ley 27.442 de defensa de la competencia y con el decreto 274/19 sobre lealtad comercial.

DECONOMI

el estado han depositado en ella y en el sistema de seguros y por la cual se encuentra sujeta a una estricta regulación legal y control estatal (art. 320 CCC; ley 20.091; CSJN en Fallos 295:552; 313:929, LL 1997-E-1028, entre otros; art. 1725 siguientes y ccs CCC).

El tomador/asegurado, puede ser también una empresa (art. 320 CCC, sea de estructura individual o colectiva); el estado; o un consumidor (queda enmarcado en el art. 42 CN, ley 24.240, y arts. 1092 y siguientes CCC) y en esta última calidad, ser, además, una persona en condiciones de vulnerabilidad (ver definición de las 100 Reglas de Brasilia CJI, versión actualizada 2018, para el concepto).¹⁶¹

En el primer caso (contraparte empresa), la resolución del contrato afectado por la fuerza mayor, será resuelto en base a las normas del contrato de seguro y del CCC, en principio aplicables a los contratos denominados paritarios, incluyendo las reglas para los contratos celebrados por adhesión, que se aplican a todas las categorías contractuales, según haya existido ese particular modo de formación del consentimiento.¹⁶²

Cuando la contraparte es el estado, se debe articular la normativa de derecho administrativo con la regulación especial del denominado derecho de seguros; sin perjuicio de acudir en forma complementaria al CCC. Ejemplo de ello puede serlo el contrato de seguro de caución relacionado con una obra pública, donde la figura encuentra regulación en la ley 13.064; ley 17.804 y decreto reglamentario 411/69, articulada con la ley 17.418 y a su vez complementada por el CCC; lo que se patentiza cuando se trata de determinar los efectos que la fuerza mayor provoca sobre las obligaciones de la empresa contratista y en forma refleja sobre las obligaciones de la aseguradora.

En el tercer supuesto (consumidor/persona vulnerable como tomadora/asegurada), el conflicto será resuelto a través de las normas del art. 42 CN; ley 24.240; ley 17.418 (normas inmodificables); y en caso de personas en condiciones de vulnerabilidad cobran especial relevancia los tratados de

¹⁶¹ El proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en tratamiento en el Congreso Nacional, lo conceptualiza bajo la denominación de “hipervulnerable”

¹⁶² Se tornan aplicables los artículos 984 y siguientes del CCC y 23 segunda parte siguientes y concordantes de la ley 20.091 y correspondientes del RGA.

DECONOMI

derechos humanos en los que la República sea parte, que se relacionen con la condición o condiciones de vulnerabilidad de que se trate (niños/as; adultos mayores; discapacidad; pobreza; género, entre tantas otras) y aquí deben adicionarse en la consideración, las normas que existan en la materia en el orden nacional y provincial, que constituyen un núcleo de orden público de la vulnerabilidad, que no puede ser soslayado.¹⁶³¹⁶⁴

Este “sistema de normatividad” se completa con las normas de emergencia que se han dictado (leyes, decretos, resoluciones) y que se autocalifican como de orden público, de manera tal que se incorporan en el primer orden de prelación y en algunos supuestos, en virtud del estado de excepción al que da origen una situación generalizada de fuerza mayor; pretenden (aunque no siempre corresponde) desplazar aún a las normas indisponibles del primer segmento en la escala del orden de prelación en materia contractual.¹⁶⁵¹⁶⁶

En esta ecuación que contrapone a una organización/empresa/aseguradora, con una persona consumidora y en condición de vulnerabilidad; es lógico y jurídicamente sustentable que en la distribución (razonable y posible) de esfuerzos para soportar la incidencia distorsiva de la fuerza mayor sobre el contrato y sus efectos, sea la organización y no la persona vulnerable la que lleve el mayor peso de las consecuencias, que las diversas figuras jurídicas aplicables al caso puedan implicar (revisión y adecuación del contrato; eximición de la mora; frustración del fin del contrato; imposibilidad objetiva de cumplimiento; suspensión de los efectos; caducidades;

¹⁶³ En este apartado cabe tener en cuenta a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, texto actualizado 2018, de la CJI, que brinda un concepto general sobre las mismas y en relación a la situación de fuerza mayor provocada por la pandemia; en lo que sea atinente, la resolución CIDH 1/20

¹⁶⁴ Debe recordarse que en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial, se señala que las leyes especiales no pueden vulnerar esos “pisos mínimos” que en materia de relación y contrato de consumo establece el CCC.

¹⁶⁵ Sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia en materia de seguros, deberán considerarse los precedentes que en general ha dictado la CSJN y los específicos en relación a esta materia; entre otros; Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16/09/2008 • Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional • 331:2006; Corte Suprema de Justicia de la Nación • 03/03/2009 • Álvarez, Raquel v. Siembra Seguros de Retiro S.A. • SJA 27/5/2009 • 70051883

¹⁶⁶ También en relación a las normas de emergencia y su basamento constitucional en relación a esta particular situación de excepción, puede verse BARRERA BUTELER, Guillermo E., *Emergencia sanitaria y Constitución*, Ebook-TR 2020 (andruet), 20/08/20; 101.

prescripción; excesiva onerosidad sobreviniente; o cualquier otra que resulte potencialmente aplicable al caso).

3. El riesgo y su tratamiento profesional.

Como secuela de la conclusión manifestada en el primer punto, nos parece interesante realizar algunas reflexiones que guardan vinculación con lo expuesto y refiere al tratamiento empresarial, experto y profesional del riesgo por parte de la aseguradora.¹⁶⁷

El contrato de seguro se supone aleatorio (968 CCC; 2,3,60 siguientes y concordantes de la ley 17.418), donde la empresa de seguros (concebida para ello; ley 20.091) asume los riesgos que la masa de asegurados le transfiere, los gestiona técnicamente (a través de diversos procedimientos de dilución y relacionamiento económico, financiero, interno y externo), con el resguardo jurídico que supone conocer siempre el verdadero estado del riesgo (lo que es protegido en la celebración por el instituto de la reticencia/falsa declaración y en la etapa de desarrollo del contrato por la figura de la agravación, entre otras) y paga cuando ocurre el siniestro, las cantidades de dinero a las que se había obligado, dentro de los límites establecidos (prestación convenida; daño efectivamente sufrido; suma asegurada; arts. 61,65,68, 77 siguientes y ccs de la ley 17.418).

El detalle a considerar es que estamos en presencia de una organización ideada y de objeto exclusivo para el tratamiento profesional del riesgo y ello hace que en determinados supuestos no sea invocable por la aseguradora la causal de fuerza mayor provocada por el Covid-19/ASPO, ya que justamente podemos estar en presencia de un riesgo que ha sido asumido; porque integra el objeto profesional de la empresa; o bien porque conforme su particular estructura y fin hace que los rasgos caracterizantes de la misma (inevitable, irresistible; imprevisible), no se configuren o sus efectos se diluyan, sin impactar sustancialmente en el contrato ni en el sistema de seguros, que la aseguradora, administra y gestiona.

¹⁶⁷ Puede verse un amplio desarrollo técnico de la gestión del riesgo en relación a las empresas de seguro en la obra de Mark R. Greene “Riesgo y Seguro”, editorial MAPFRE, Madrid, España, 1979

DECONOMI

En este sentido, nos permitimos considerar dos normas (sin perjuicio de las demás existentes y que pueden ser aplicadas), que se encuentran en el CCC y se relacionan directamente con las ideas que se exponen en este ensayo.

La primera es la contenida en el artículo 1733 CCC, inciso e), donde la aseguradora puede ser considerada igualmente responsable por constituir estas situaciones de fuerza mayor, “contingencias propias del riesgo de la actividad”, ya que estamos frente a un contrato/sistema, donde la ES “pide” (invita a ofertar) que le transfieran riesgos y primas, con la obligación correspondiente de absorber ese alea (a través de una específica organización empresarial y procedimientos económicos, financieros, actuariales y jurídicos) que hace a la eventual ocurrencia del siniestro y los consecuentes efectos económicos negativos del mismo.

El alea que implica en relación al contrato de seguro de que se trate (que adquiere particular relevancia, según la rama a la que se encuentre autorizada a operar la aseguradora, art. 23 ley 20.091), la pandemia y el aislamiento; puede ser justamente uno de los riesgos que potencialmente el asegurado ha transferido (o por lo menos consideró que así lo estaba haciendo), a una organización que está estructurada para asumirlo y eventualmente pagar o cumplir las prestaciones convenidas ante la ocurrencia del siniestro.

La asunción de riesgos es un rasgo propio de la actividad de la aseguradora (arts. 1,2,60 siguientes y ccs ley 17.418), teniendo por objeto exclusivo la misma (art. 7º inciso b, ley 20.091) y por ello, en muchos de los supuestos de que se trate quedará comprendido en la excepción a la liberación de responsabilidad por fuerza mayor, conforme lo estipula el art. 1733, inciso e) del CCC y sin perjuicio, claro está, de los supuestos comprendidos directamente en los incisos a) y b) de la misma norma, o sea aquellos casos donde contractual o legalmente está obligado a cumplir sin liberarse, porque así se comprometió o la norma legal se lo impone.

La aseguradora tiene la posibilidad de delimitar el riesgo que ha de asumir, y lo debe hacer de manera clara, precisa y fundada e informar debidamente a la contraparte de la existencia de una expresa cláusula de exclusión de cobertura; la que estará sujeta a las condiciones establecidas para

DECONOMI

esta clase de formulaciones contractuales en tanto el contrato de seguro es casi siempre celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas (con. Art. 984 y siguientes del CCC) y en su caso lo que se establece para los seguros de consumo (1117 siguientes y ccs del CCC y 37 y ccs de la ley 24.240).¹⁶⁸

La segunda norma a la que nos referimos es el artículo 1725 del CCC, ya que entendemos que al tratarse de una organización empresarial (320 CCC; ley 20.091) profesional, experta, de objeto exclusivo, concebida para el tratamiento del riesgo; tiene una mayor capacidad de previsibilidad que la contraparte que en el caso más extremo de diferencia estructural, será una persona consumidora y en condiciones de vulnerabilidad.

A ello se adiciona la confianza especial que se deposita en la aseguradora y en el sistema de seguros cómo instrumento idóneo para asumir los riesgos y pagar los siniestros y de esa manera neutralizar sus efectos negativos sobre la persona, el patrimonio, los bienes colectivos o sobre aquello respecto de lo cual exista interés económico lícito en que un siniestro no ocurra (art. 2 y 60 LS).

La empresa de seguros tiene una condición especial generadora de confianza en ella, ya que es la organización habilitada para absorber riesgos y cobrar por ello, sometida a una estricta regulación estatal y control de funcionamiento y actuación por parte de la SSN (art. 8 ley 20.091).

Donati, le atribuye a las empresas de seguros la función esencial de “crear seguridad” y “captar capital”. “La seguridad contra el riesgo implica, tanto en el aspecto individual como colectivo, la primordial utilidad del seguro, porque libera a la humanidad de la inquietud derivada del riesgo y le impulsa a toda clase de iniciativas económicas. La percepción de las primas convierte a las instituciones aseguradoras en importantes y frecuentemente colosales centros de captación de capitales que, invertidos en bienes existentes, ya en la producción de bienes futuros, constituyen en otro aspecto, fuente de desenvolvimiento económico”¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Respecto del contenido del contrato de seguro y las exclusiones, ampliar con la obra de STIGLITZ, Ruben S., *Derecho de Seguros*, 6ª edición actualizada y ampliada; Tomo I; Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016.

¹⁶⁹ DONATI, Antígono, *Los seguros privados*, Librería Bosch, Barcelona, España, 1960, p. 12.

DECONOMI

Agrega Halperin que “El control estatal se justifica , pues por la necesidad de la confianza pública en la institución, la protección del público contra la incompetencia y la deshonestidad y la necesidad de restablecer el equilibrio jurídico de las partes en un contrato de condiciones generales uniformes, en el cual la contraparte muchas veces ignora el alcance de las cláusulas que acepta”¹⁷⁰

Siempre recordando que “El fin perseguido con el seguro es la traslación de un riesgo a un tercero, para que sus eventuales consecuencias graviten sobre éste, que lo asume mediante el pago de una prima o cotización, siempre que exista interés asegurable” ¹⁷¹

Esta caracterización fue expuesta por la CSJN, en diversos precedentes, en relación a determinadas modalidades de seguro: “En consecuencia, no es razonable ni justo que esa protección pactada por ambos contratantes pretenda incumplirse, aún cuando la devaluación del signo monetario ocasiona una mayor onerosidad de la prestación a la aseguradora, pues no resulta admisible trasladar las secuelas del riesgo empresario que ésta asumió sobre la parte más débil del contrato.

En efecto, por un lado los extremos atinentes a la excesiva onerosidad que se alega, en parte, se encuentran ínsitos entre las contingencias inherentes a la entidad del contrato y, por ende, no pudieron ser desconocidos por una empresa que desarrolla su actividad en el campo del seguro, en tanto en ese proceder rige la profesionalidad que impone el manejo de los fondos destinados a la satisfacción del beneficio de índole previsional, que se caracteriza por ser de tracto sucesivo...no es admisible soslayar la indudable naturaleza previsional de la materia en debate y, por otra parte el carácter aleatorio del contrato en examen, con la consiguiente responsabilidad asumida por la entidad aseguradora, por lo que resulta razonable que esta última deba soportar las consecuencias del contrato en su condición original.”¹⁷²

¹⁷⁰ HALPERÍN, Isaac, *Seguros*, segunda edición actualizada por Juan C. F. Morandi; Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina 1986, p. 136.

¹⁷¹ HALPERÍN, op. cit., p. 52.

¹⁷² CS “Benedetti, Estela Sara C/ Poder Ejecutivo Nacional” LL 01-10-2008, 1 y en el mismo sentido “Favero, Viviana Ramona C/ SMG Life Compañía de Seguro de Retiro SA” en DJ 15/04/2009,959; “Alvarez, Raquel C/ Siembra Seguros de Retiro SA” DJ 25/03/2009,737; “Coralini, Osvaldo C/ PEN”

DECONOMI

La condición especial de la aseguradora (organización empresarial, experta, profesional, de objeto exclusivo); la confianza pública e individual que se tiene respecto de ella y el sistema (justamente por ser las únicas autorizadas a este negocio, bajo estricta regulación y control estatal); la transferencia del riesgo en virtud de esa confianza, para que lo gestione y a la vez administre los capitales consecuentes; para que desaparezca el temor, la incertidumbre y el impacto económico negativo en caso de siniestro; hace que al momento de juzgar su responsabilidad, se le exija el cumplimiento en base a los estándares de mayor diligencia y previsibilidad, que establece el art. 1725 del CCC.

De manera tal que la base normativa aplicable al caso y la especial consideración que merece el riesgo como objeto propio de la empresa de seguros, son aspectos que cobran especial relevancia en relación a los conflictos que se puedan plantear en materia de seguros relacionados con la especial situación de fuerza mayor que pueda afectar al contrato y sus efectos.

Igualmente debe señalarse que la empresa de seguros tiene una relevancia y centralidad notoria en el esquema de “funcionamiento/solución”, que el seguro representa para la problemática generada por la pandemia y es por ello que no debe dejar de advertirse que al igual que en otras situaciones de crisis generalizadas, aunque de otra naturaleza y características, la estructura misma de la ES, su solvencia, liquidez, funcionamiento y eficiencia en sus respuestas, puede verse conmovida por la propia situación generalizada de fuerza mayor.¹⁷³¹⁷⁴

En este sentido se ha sostenido que “A grandes rasgos, la producción del sector asegurador argentino (de 186 aseguradoras) es de poco menos del 3% del PBI y los seguros más relevantes son los obligatorios, entre los cuales, los de mayor volumen son el de la responsabilidad civil automotor y el de riesgos del trabajo (concentran el 74% de la producción de los ramos patrimoniales y el 62% del total de las primas emitidas por toda la industria). El primer impacto que

01/12/2009, en LL on line y concordante CNCom Sala C “La Rocca, Antonia C/ Metlife Seguros de Retiro SA” 20/05/14 LL on line; CNCom Sala C, “Lozano, Ederlinda C/ Estado nacional S/ Amparo” LL on line.

¹⁷³ Es interesante observar el comportamiento del mercado asegurador argentino luego de la crisis de 2001/2 y la internacional de 2008; en “Diagnóstico sobre el mercado argentino de seguros”, de Jorge García Rapp y Guillermo J. Collich; documento de debate del Banco Interamericano de Desarrollo; www.iadb.org; 2011.

¹⁷⁴ Resulta de sumo interés, repasar en este sentido las apreciaciones de ALEGRÍA, Héctor en relación a la empresa como valor, en *La empresa como valor y el sistema jurídico*, LL 2006-D-1172.

se ha hecho notar en ambos riesgos es su disminución producto de la cuarentena obligatoria.

Desde otra perspectiva, no debe dejar de advertirse que la crisis ha afectado severamente las inversiones de las aseguradoras, fundamentalmente por la caída en el valor de los activos financieros y no financieros. Precisamente, la industria del seguro en forma directa o indirecta es tenedora de casi el 70% de los títulos públicos del país.”¹⁷⁵¹⁷⁶

4. Normas y alternativas contractuales propias del contrato de seguro.

La fuerza mayor que hemos identificado, nos puede colocar frente a determinadas situaciones que deben ser enmarcadas en el ámbito legal y contractual propio del contrato de seguro (conforme leyes 17.418, 20.091 y RGA); sin perjuicio de articular con las normas del CCC y en el supuesto de los seguros de consumo, con las de la ley 24.240 (entre otras normas).

Es por ello, que a los fines de tratar la fuerza mayor y los efectos que eventualmente puede producir sobre las obligaciones de las partes en el contrato de seguro, es que debemos indagar en la regulación específica y su posible contención normativa, a los fines de valorar si la respuesta que se brinda ante la hipótesis de conflicto que se ha planteado, resulta ser una justa y razonable solución para el caso.

En este desarrollo genérico, podemos encontrarnos, en la etapa correspondiente a la celebración del contrato, con la configuración hipotética de la reticencia o falsa declaración, conceptualizadas legalmente en los artículos 5 y siguientes de la LCS. En este sentido y con posterioridad a la declaración de pandemia por parte de la OMS (11 de marzo de 2020; ya que antes de esa fecha, pocos meses –desde Diciembre de 2019- la humanidad no tenía conocimiento de la existencia de esta enfermedad), pudo o puede ocurrir, que el tomador, al momento de la celebración del contrato haya omitido manifestar padecer o haber

¹⁷⁵ COMPIANI, María Fabiana, *Panorama de la pandemia por COVID-19 en el seguro*; SJA 01/07/2020; AR/DOC/1958/2020

DECONOMI

padecido Covid-19 y ello llevar a la aplicación del instituto de la nulidad o adecuación contractual que se prevé para estos casos en los artículos citados y otras normas correspondientes de la propia LCS. Sin embargo, cierto es que dependerá su incidencia de la clase de contrato respecto del cual se pretenda aplicar el instituto en cuestión, la buena fe con la que hayan actuado las partes y sustancialmente considerar que la ES como organización profesional, experta, y de objeto exclusivo, debió ante esta circunstancia notoria y pública, que no podía ignorar -y menos por tratarse de una empresa especializada (320 CCC y ley 20.091)- la existencia de esta posible circunstancia y evaluar su incidencia en relación al estado del riesgo y actuar en consecuencia con la diligencia que se le exige atento a su calidad y adoptar las medidas de indagación necesarias para la identificación de esta variable, si la consideraba relevante para la celebración del contrato.

El artículo 15 de la LCS contiene un principio esencial en la materia y el mismo refiere al “conocimiento del asegurador”, que cobra relevancia sustancial en relación a nuestro tema de análisis. Esta norma señala que el asegurador no puede invocar las consecuencias desventajosas de la omisión o del retardo de una declaración, denuncia o notificación, si a la época en que debió realizarse tenía conocimiento de las circunstancias a las que ellas se refieren. La pandemia de Covid-19 y el ASPO, son circunstancias relevantes que pueden considerarse conocidas por todo el mundo, más aún por las organizaciones especializadas en gestión profesional del riesgo, como lo son las aseguradoras y por ende, en todo caso deberá considerarse este conocimiento en relación a los efectos que establece el citado artículo 15 LCS.¹⁷⁷

El artículo 18 de la LCS, norma modificable solo a favor del asegurado (conforme el artículo 158 LCS), consagra la posibilidad de que no obstante el plazo estipulado y con excepción de los seguros de vida, podrá convenirse que cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato sin expresar causa. Esta cláusula, si es predispuesta, en contratos celebrados por adhesión y más aún en los de consumo, debería adecuarse en su aplicación y efectos a lo

¹⁷⁷ Es dable observar en fallos diversos de diferentes materias, la consideración de la pandemia y la consecuente medida gubernamental del ASPO como hechos públicos y notorios, ajenos a las partes del contrato y cuyo desconocimiento no resulta invocable.

DECONOMI

establecido en el CCC para esta modalidad de celebración de contratos, particularmente por su posible carácter abusivo, que puede configurarse en relación al estado de excepción generalizado (Covid-19/ASPO) y posible fuerza mayor respecto del contrato en particular (conforme artículos 988; 963; 1094;1095 1011, siguientes y concordantes del CCC y 37 siguientes y ccs de la LDC).¹⁷⁸

La fuerza mayor identificada tiene o puede tener incidencia sobre la prima (precio del seguro, artículos 27 siguientes y concordantes LCS; y correspondientes del RGA) y más allá de la consideración macro (en sus aspectos económicos, financieros y jurídicos) sobre la adecuación de la misma en relación a la baja en la secuencia de siniestros e intensidad del riesgo en determinadas ramas y la respuesta del análisis estructural que refleje la “suficiencia” de la prima exigida por la técnica actuarial y además por la solvencia del sistema y el cumplimiento del imperativo legal que así lo establece (art. 26 ley 20.091); la problemática se ha dado en relación al lugar y forma de pago y a la eventual mora en hacerla efectiva.

En relación al primer supuesto y siguiendo lo establecido por el artículo 29 LCS la prima debe abonarse en el domicilio del asegurador o en el lugar convenido por las partes; sin perjuicio que hace tiempo ya se instrumentan los canales alternativos que reemplazan el lugar físico por la transferencia electrónica de fondos (EFT) en sus diversas modalidades, por lo que puede afirmarse que teniendo en cuenta las consideraciones generales antes realizadas sobre el sistema, las partes y el contrato, podría concluirse que el asegurador ante la existencia de esta causal de fuerza mayor, debe poner a disposición de los obligados al pago, ámbitos virtuales adecuados para suplir el traslado físico para efectivizar el mismo, máxime cuando ello es una práctica generalizada y alternativa, aún antes de la existencia de la fuerza mayor y debidamente contemplada en la segunda parte del artículo 29 LCS, que

¹⁷⁸ Sin perjuicio de las normas de emergencia que puedan imponer la subsistencia de la relación, a pesar de la falta de pago y en los contratos paritarios, la observancia de la regla consagrada en el artículo 1011 del CCC, que establece la oportunidad razonable de renegociar de buena fe y sin abuso del derecho, en los contratos de larga duración.

DECONOMI

establece con claridad que el lugar de pago se juzgará cambiado por una práctica distinta, establecida sin mora del tomador.¹⁷⁹

La segunda de las cuestiones, relativa a la mora del pago de la prima y delimitando el estudio a la falta de pago de la primera prima o de la prima única y las eventuales consecuencias establecidas en el artículo 31 de la LCS que pueden desembocar en que el asegurador no sea responsable del siniestro ocurrido antes del pago; llevan a analizar la posibilidad de invocar la dispensa de la mora por parte del obligado al pago, por aplicación del artículo 888 del CCC, que le permite al deudor eximirse de las consecuencias jurídicas probando que la misma no le es imputable; en cuyo caso y en consecuencia, si ello resulta acreditado, la mora en el pago de la prima quedaría eximida por provenir de una causal de fuerza mayor que no le es imputable y por ende la aseguradora sería igualmente responsable del siniestro ocurrido antes del pago y ello sin perjuicio de la posible aplicación de otros institutos previstos en la legislación de fondo.

La agravación del riesgo prevista en los artículos 37 y siguientes LCS, nos colocaría en la situación de aquellos eventos que tienen origen en el “hecho ajeno” de la pandemia y del aislamiento y que según los casos pueden derivar en la rescisión o la adecuación del contrato; sin perjuicio de que no sería alegable el desconocimiento por parte de la aseguradora, en virtud de lo claramente establecido en el art. 40 segunda parte inciso b) y el art. 15 LCS, por lo que sí desde la declaración de pandemia por la OMS y del ASPO por el gobierno nacional, se dejaron transcurrir los plazos legales y contractuales, no podrá luego activarse la consecuencia prevista de suspensión de cobertura, rescisión o liberación de las prestaciones a cargo de la ES en caso de siniestro (según el caso); independientemente de que el tomador/asegurado no lo haya puesto en conocimiento dentro de los plazos legales o contractuales.

A ello se suma en el ámbito de los seguros de vida, la clara norma limitante del art. 132 LCS, por la cual solo deben denunciarse las agravantes que expresamente se encuentren previstas en el contrato, y por ello si esa referencia

¹⁷⁹ Estas nuevas situaciones se han de ampliar en el ámbito del seguro, con el desarrollo de las denominadas “Insurtech”. Puede verse un desarrollo inicial de esta incidencia en ZAPIOLA GUERRICO, Martín, *Insurtech. El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora*, LL 2019-E-1011 y en la resolución SSN 733/2019.

DECONOMI

expresa al Covid-19 no existe, tampoco será exigible su puesta en conocimiento respecto del asegurador

La falta de denuncia del siniestro en el plazo legal o contractual (art. 46 LCS), habiendo probado que ello tuvo su origen/causa en el supuesto de fuerza mayor/caso fortuito/imposibilidad de hecho del Covid-19/ASPO, no produce la caducidad del derecho del asegurado ni la liberación de la aseguradora de las prestaciones a su cargo, ya que así se encuentra expresamente previsto en el art. 47 LCS. Ello se hace extensivo en lo relativo a la aplicación del art. 115 LCS, en el ámbito del seguro de la responsabilidad civil.

Una situación que resulta de problemática resolución se configura cuando la fuerza mayor afecta el pronunciamiento del asegurador, establecido en el artículo 56 LCS (norma inmodificable por su letra y naturaleza, art. 158 LCS) y hace operativa la sanción de caducidad por el no cumplimiento de la carga en tiempo y forma. No existe ninguna norma que habilite a utilizar a la fuerza mayor como justificación del plazo de pronunciamiento (el 888 CCC refiere a la mora en el cumplimiento de las obligaciones y no de las cargas) y siendo aplicables las reglas para las caducidades legales, los plazos no se suspenden ni interrumpen (art. 2567 CCC) siendo materia sustraída a la disponibilidad de las partes (art. 2572 del CCC). Además la aseguradora debe verificar que la notificación del pronunciamiento llegue a efectivo conocimiento del asegurado y ello ofrece sus complejidades en la situación de cuarentena, aislamiento, paralización de actividades, que hacen de obstáculos al desplazamiento y normalidad de las comunicaciones, lo que deberá ser considerado por el intérprete al momento de estimar cumplida (razonablemente) la carga de la aseguradora.

La mora en el pago del siniestro es inexcusable y opera por el mero vencimiento de los plazos, conforme la clara letra de los artículos 50 y 51 de la LCS y en caso de configurarse debería cargar la aseguradora con los intereses moratorios, punitivos, daños causados por el incumplimiento y eventualmente la aplicación de daño punitivo en los seguros de consumo (arts. 768,769,1082,1716 CCC y 52 bis LDC); sin perjuicio de que pueda invocarse el art. 888 CCC, el que para el supuesto de admitirse su aplicabilidad, deberá serlo con carácter restrictivo, atendiendo a las especiales calidades que reúne la ES y

DECONOMI

que han sido recogidas en apartados anteriores de este desarrollo y hacen a su grado de diligencia, previsibilidad y profesional gestión del riesgo, aún ante estas circunstancias que para la persona común tendrían otro sentido e intensidad.

El instituto de la prescripción en relación a las acciones derivadas del contrato de seguro es afectado por la misma problemática que en los demás supuestos en general, sin que la regla del artículo 58 LCS o las normas que se consideren aplicables para los seguros de consumo¹⁸⁰, tengan una incidencia particular. El curso de la prescripción no se suspende ni interrumpe en principio y salvo que se dicte una norma legal que así lo establezca, y solo queda entonces, ante esta situación generalizada de fuerza mayor, demostrar que la obligación no era exigible o bien solicitar la dispensa de la prescripción cumplida, conforme lo contempla el artículo 2550 CCC, en virtud de que las circunstancias de hecho, que son públicas, notorias y generalizadas, ajenas al titular de la acción, le han impedido su ejercicio y luego de superadas las mismas, en el plazo de seis meses posteriores a su desaparición hace valer sus derechos.

Debe considerarse que en determinados seguros, como aquellos que se vinculan con la operatoria de comercio exterior, se asumen riesgos ordinarios (de incumplimiento contractual), así como riesgos extraordinarios, sea por cuenta propia o del estado, donde podría quedar comprendida la pandemia y el ASPO.

Asimismo, en base a la estructura técnica y jurídica del seguro y en los casos que tenga relevancia en relación al riesgo y su cobertura, se puede establecer la asunción expresa del riesgo de Covid-19 y las posibles consecuencias del ASPO o bien por el contrario excluirlos expresamente, quedando en este último supuesto la posibilidad de analizar la sustentabilidad técnica, económica y jurídica de la cláusula y de plantear su calidad de abusiva,

¹⁸⁰ Se deja constancia del debate doctrinario y jurisprudencial sobre el plazo de prescripción aplicable a los seguros de consumo, que sostienen posturas diversas que van desde la aplicación del artículo 58 LS a todas las acciones derivadas del contrato de seguro; a otra que considera aplicable el plazo de 5 años previsto en el art. 2560 del CCC y también otra variante que aplica el plazo de 1 año del 58 LCS a las acciones de cumplimiento en los seguros paritarios, el de 5 años para las que correspondan a seguros de consumo; de 3 años, conforme el art. 2561 del CCC para el reclamo de daños generados por el incumplimiento, sean contratos de seguro, paritarios o de consumo y de 3 años para el reclamo de daño punitivo en los seguros de consumo conforme lo previsto en los arts. 50 y 52 bis de la ley 24.240.

intentando la nulidad de la misma y la integración del contrato, conforme lo habilita el art. 964 del CCC.

5. Institutos del CCC que podrían resultar aplicables.

El CCC regula diversos institutos relacionados con los contratos que pueden resultar aplicables directamente o bien complementar los efectos especialmente regulados por la ley 17.418 o por las cláusulas que han elaborado las partes en virtud de su autonomía material a los fines de conformar el contenido contractual.

Se trata entonces de analizar los posibles efectos que podrían generarse en virtud de la aplicación de normas expresas del CCC, sea articuladas con las que correspondan a la ley 17.418 o bien en forma autónoma respecto de estas y en tanto que el CCC constituye la estructura normativa principal y la LCS una ley complementaria de la misma.¹⁸¹¹⁸²

En lo referido a la mora del deudor, que bien vale aclararlo, puede serlo el obligado al pago de la prima, tomador/asegurado y en base a las reglas que correspondan según sea el seguro por cuenta propia o ajena (artículo 31° LCS) o de las prestaciones que se derivan siniestro por parte del asegurador (49 y 50 LCS). La norma del CCC con la que articula en principio es el artículo 888 del CCC; o sea la posibilidad que tiene el deudor de eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, probando que la misma no le es imputable.

En este aspecto, se debe probar que la mora se originó por la fuerza mayor (COVID19/ASPO); pero la incidencia será diferente, en nuestra apreciación según se trate del pago de la prima o la obligación de pago del asegurador y si estamos en presencia de un seguro de consumo o paritario.

La mora en el pago de la prima, en un contrato de consumo podría activar la excepción del 888 CCC y más aún si estamos en presencia de seguros

¹⁸¹ Conforme lo establece el artículo 5° de la ley 26.994.

¹⁸² Bien se ha señalado por autores del proyecto y se extrae de sus fundamentos, la calidad de “eje articulador” del CCC, lo que se denota en el lenguaje común; en los pisos mínimos; en la consideración de las fuentes del derecho; interpretación de la ley y orden de prelación de normas (arts. 1°,2°, 963 del CCC)

DECONOMI

emparentados con finalidades sociales y de consumidores que puedan ser considerados personas en condición de vulnerabilidad.

Diferente puede ser la cuestión en los seguros paritarios y más aún si el tomador/asegurado es una persona jurídica con estructura de empresa o bien el estado, en cuyo caso deberá analizarse la eximente de la mora con toda estrictez.

En relación a la mora del asegurador en el cumplimiento de la obligación de pago que deriva del siniestro (daño efectivamente sufrido o la prestación convenida con el límite de la suma asegurada), el artículo 50 LCS considera nulo el convenio que exonere al asegurador de la responsabilidad por su mora, por lo que la eximición del 888 CCC sería inaplicable; sin perjuicio de que la prueba de su existencia e incidencia en relación al incumplimiento que se le imputa, podría evitarle las consecuencias de responder por los mayores daños o bien la imposición de la multa civil que contempla el art. 52 bis de la LDC, en los supuesto de seguros de consumo.

Respecto de la imposibilidad de cumplimiento, definitiva (955 CCC) o temporaria (956 CCC), podría ser invocada por una u otra parte del contrato de seguro. Sin embargo, entendemos que si la aseguradora la invoca y prueba la incidencia de tal magnitud de la fuerza mayor que la lleva a la imposibilidad de cumplir, estaríamos en un supuesto de disminución de la capacidad económica o financiera, o manifiesta desproporción entre ésta y los riesgos retenidos o déficit en cobertura de los compromisos asumidos con los asegurados; dificultad de liquidez que haya determinado demora o incumplimiento de sus pagos y por ende podrían activarse las medidas y acciones que llevan a la suspensión o revocación de la autorización para operar en seguros (artículo 86 siguientes y concordantes de la ley 20.091), ya que el sistema de seguros no concibe que la aseguradora no pague (sea cual fuere la causa, comercial ordinaria o de fuerza mayor)

En cambio el tomador (según quién sea el obligado al pago de la prima) puede invocar y demostrar la aplicabilidad del artículo 888 CCC, para no pagar la prima y no tener responsabilidad por ello.

La situación que se genera tiene su complejidad.

DECONOMI

Sino paga la prima por imposibilidad de cumplimiento fundado en la causal de fuerza mayor; esta obligación se extingue sin responsabilidad. O sea no hay una deuda exigible con el asegurador.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurre con la cobertura del riesgo; mantiene su vigencia o se suspende primero y fenece después por falta de pago de la prima (aunque esta no sea reclamable).

El principio legal específico establece que el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago como lo señala la regla del artículo 31 LCS; pero el mismo puede ser excepcionado en virtud de considerar a la mora excusada por la fuerza mayor e interpretar que sus obligaciones permanecen vigentes y más aún cuando estamos en presencia de seguros de consumo, con tomadores o asegurados en condiciones de vulnerabilidad y seguros con finalidades sociales.

Una respuesta posible sería que en estos casos de seguros de consumo, la obligación del asegurador subsiste por el plazo que dure la fuerza mayor (atendiendo a la situación de mora excusada por la fuerza mayor); respuesta que guarda coherencia con lo establecido en relación a otras materias, como los mutuos con garantía hipotecaria donde se encuentra afectada una vivienda familiar y donde la normativa de emergencia recogió los principios de orden público protectorio de las personas en condiciones de vulnerabilidad (decreto 319/20) y enervó temporalmente los efectos de la mora en el cumplimiento de sus obligaciones de pago, sin que se afectaren sus derechos.

En los seguros negociados o paritarios seguirían rigiendo las reglas y principios comunes, con la variante que el tomador que probare esa imposibilidad definitiva o temporaria para pagar la prima en virtud de la fuerza mayor, igualmente vería suspendida su cobertura conforme el art. 31 LDC, pero no le sería reclamable el pago de los accesorios de la prima devengada y no abonada.

La suspensión de cumplimiento que regula el artículo 1031 del CCC resulta de difícil aplicación, en virtud del requisito que refiere al cumplimiento simultáneo de las partes. Pero además, la falta de pago de la prima da lugar a la suspensión de la cobertura y eventual rescisión del contrato; o sea que la propia LCS establece una regulación específica en este caso (art. 31 LCS). Respecto

DECONOMI

de la obligación del asegurador, mientras se encuentre paga la prima debe (si ocurre el siniestro) abonar las prestaciones comprometidas, caso contrario ingresará en situaciones que hacen a su posibilidad (o no) de seguir operando en el negocio del seguro (ley 20.091, artículo 86 siguientes y concordantes) y si el siniestro no ha acontecido nada deberá abonar, por lo que entendemos que el instituto de la suspensión por incumplimiento tiene regulación propia en las leyes vinculadas al seguro.

La tutela preventiva, regulada en el artículo 1032 del CCC, aunque no requiere la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones, como lo hace el artículo anterior; también se encuentra reglada en los artículos señalados de la LCS y de ES.

La frustración de la finalidad del contrato se encuentra establecida en el artículo 1090 del CCC y tiene como presupuesto 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. El supuesto de fuerza mayor que nos ocupa podría encuadrar (según el caso concreto) en esta configuración. Ahora bien, en materia de contrato de seguro, la agravación del riesgo tiene su tratamiento específico y ese el primer canal que se debe utilizar o por lo menos analizar (37 a 45 y 35 LCS), ya que son mecanismos que permiten revisar, adecuar y/o rescindir el contrato; sin perjuicio de su articulación con la regulación que trae el CCC en este sentido.

El instituto de la imprevisión, reglado en el artículo 1091 del CCC, refiere a los contratos conmutativos y no a los aleatorios, por lo que en principio, no resultaría aplicable al contrato de seguro. Ciertamente es que en otras oportunidades se ha pretendido blandir la teoría de la imprevisión cuando se ha dado una legislación específica que se aplicó a toda clase de contrato (pesificación de las obligaciones en moneda extranjera) y allí se brindó desde la jurisdicción la respuesta fundada en la particularidad del negocio y de la empresa de seguros como organización profesional: “Siendo que la normativa de emergencia presupone por parte del legislador la aplicación genérica de la teoría de la impresión contemplada en el art. 1198 del Cód. Civil, y que para la aplicación de la citada teoría es menester la presencia de dos elementos: el carácter imprevisible o extraordinario del hecho sobreviniente y la excesiva

DECONOMI

onerosidad que para una de las partes resulta como efecto de ese hecho, esto no es aplicable a un contrato de seguro de vida pactado en dólares, porque al pactarse en esta moneda, pudiendo contratarse en pesos, la variación monetaria fue prevista, ya que si bien el riesgo de la devaluación no es propio del contrato de seguro, lo es cuando este fue convenido en dólares, por lo que corresponde pagar el rescate solicitado por los actores en dicha moneda.”¹⁸³

La revisión judicial de los intereses se encuentra establecida en el artículo 771 CCC y podría resultar aplicable a la prima devengada y no abonada y a las prestaciones del asegurador no cumplidas en tiempo y forma, (la falta de pago en término debería serlo a consecuencia de la fuerza mayor del COVID19/ASPO). Consecuentemente no existe obstáculo alguno para que se active la posibilidad de revisión judicial de los intereses para el supuesto de que los mismos excedan el costo medio del dinero en forma injustificada y desproporcionada.

Las sanciones conminatorias establecidas en el artículo 804 del CCC, de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial, pueden graduarse y aún dejarse sin efecto, cuando el deudor invoque y pruebe que la causal de fuerza mayor (COVID 19/ASPO) es la que ha impedido el cumplimiento, en forma total o parcial, definitiva o temporaria; del mandato judicial y en base a ello “justificar su proceder” (conforme criterio expuesto en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 13/11/2007, “Banco Credicoop Coop. Ltda. v. Gherpelli, Luis A. y otros”, 70042366), cuando el cumplimiento devino imposible por un hecho ajeno al deudor).

La posibilidad de revisión del contrato (960 CCC a pedido de parte o de oficio), en virtud de la incidencia de la causal de fuerza mayor, resulta aplicable al seguro, como a cualquier otro contrato. Esto no significa que sea procedente, ya que como se observa, no es lo mismo que la revisión la plantee un consumidor vulnerable o la empresa de seguros; sin perjuicio de que entendemos que no existe obstáculo para intentarlo, con otra particularidad que

¹⁸³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 03/10/2005, “Zimmerman, Sergio A. c. Nationale Nederlanden Compañía de Seguros de Vida N.V.”, JA 2006-I, 841, AR/JUR/6490/2005.

DECONOMI

es la de aplicar las normas propias de adecuación que en relación al riesgo, prima y suma asegurada establece la propia LCS.

La responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de una obligación (1716 CCC), que resulta posible en este contrato al igual que en cualquier otro (1082 CCC), nos coloca en el supuesto de hecho que por la fuerza mayor no se hubiera cumplido con las obligaciones a cargo de las partes y que ello generó un daño cuyo resarcimiento se pretende.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, en los supuestos de daños derivados del incumplimiento contractual, cobra importancia la consideración del artículo 1725 CCC, ya que la empresa de seguros, en tanto organización profesional de objeto exclusivo y capacidad técnica, económica y financiera para absorber los riesgos y pagar oportunamente los siniestros, es depositaria de una confianza especial, en virtud de tales calidades y por ende carga con la obligación de actuar con mayor deber de prudencia, pleno conocimiento de las cosas, se incrementa la diligencia exigible y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. De hecho posee los elementos técnicos para evitar consecuencias negativas a través de la delimitación del riesgo (objetiva y subjetiva) y plantear las exclusiones de cobertura que entienda procedentes (económica, actuarial y jurídicamente); aún frente a la pandemia y el consecuente aislamiento, ya que no son hechos que no hayan ocurrido (peste de Justiniano; peste negra; viruela; sarampión; gripe española; gripe asiática; gripe de Hong Kong; virus de inmunodeficiencia adquirida) y es más, ello fue alertado por la OMS en Septiembre de 2019, de que era probable la producción de una nueva pandemia: “el pasado septiembre la Organización Mundial de la Salud publicó un informe en el que alertaba de que el riesgo de que se produjera una pandemia global estaba creciendo, y sólo han hecho falta unos meses, hasta diciembre de 2019 en China, para que surgiera el nuevo coronavirus SARS-Cov-2, que origina la pandemia por la enfermedad COVID-19.”¹⁸⁴

En este sentido, se ha expresado que “Parece ser que el seguro sí esperaba una pandemia. Tal vez no ésta, pero sí una con efectos similares. De

¹⁸⁴ Breve historia de las pandemias globales: cómo hemos luchado contra los mayores asesinos” (<https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-breve-historia>)

otro modo, no habría tomado la precaución de excluir en muchos contratos tal eventualidad. En general, los profesionales hemos pasado de largo por esta exclusión dándola como admisible dado el nulo riesgo para un mercado nacional al que no afectaba algo así desde la llamada gripe española de 1918. Erramos.”

185

Ello coloca a la empresa de seguros en una particular situación respecto del eventual planteo de justificar su incumplimiento en la fuerza mayor que nos ocupa; ya que no solo sería demostrativo de su pérdida de capacidad económica financiera e incumplimientos frente a los asegurados, beneficiarios, damnificados con créditos a su favor; que pueden poner en riesgo su permanencia en la operatoria (art. 86 ley 20.091) sino que además por su particular estructura, profesionalidad, experticia y justamente objeto exclusivo en la asunción y gestión de riesgos y reparación de siniestros; tiene una condición especial que la obligaba (en términos razonables, como organización) a tener conocimiento del escenario que se ha planteado (conducta que no es exigible a las personas con conocimiento medio); máxime cuando el clausulado es elaborado y predispuesto por la empresa de seguros y tiene la posibilidad, como lo hemos advertido, de delimitar el riesgo que va a asumir y no lo ha hecho, por lo que resulta una hipótesis de difícil configuración, el incumplimiento sin responsabilidad por parte de la aseguradora.

El reclamo de daños excede el cumplimiento de la obligación y se refiere a los daños causados por ese incumplimiento y se deberá responder en base al art. 1728, sin posibilidad de que la fuerza mayor sea (en principio) invocada como eximente (1730 CCC) ni pueda ser considerada como motivo de una posible imposibilidad de cumplimiento (1732 CCC) en relación a la obligación principal de pago incumplida; aunque podría tener alguna incidencia en el lugar y forma de pago, o los intereses que puedan fijarse, o el daño punitivo que en su caso corresponda.

Se reitera la importancia del artículo 1733 inciso e del CCC; ya que la actividad aseguradora tiene como objeto principal justamente el riesgo, lo

¹⁸⁵ LLUCH, Carlos, corredor de seguros, *¿Cómo puede afectar la pandemia de Covid-19 a las coberturas del seguro de vida?*, <https://revistas.eleconomista.es/seguros/2020/junio>

delimita; asume, gestiona, traslada, diluye y ocurrido el siniestro, lo paga. Por lo que estas contingencias identificadas como supuestos genéricos de fuerza mayor para las personas, no lo configuraría para la empresa de seguros.

En sentido relacionado, se ha resuelto que “El planteo de caso fortuito y fuerza mayor formulado por una aseguradora, tendiente a suspender temporalmente el pago de una condena de daños hasta que sean superados los efectos comerciales de la pandemia debe rechazarse, pues aquella debió haber presupuestado la totalidad de las sumas convenidas, conforme exige un obrar diligente, sin que la circunstancia de no hallarse aprobadas las cuentas liquidatorias de la accionante resulte impedimento para ello, ya que los obligados al pago de la condena contaban con las pautas necesarias para establecer el monto de la obligación con anterioridad a la irrupción de la emergencia sanitaria y a que se decretara en el país el aislamiento social preventivo y obligatorio”

186187

6. Conclusiones

El sistema de seguros se estructura sobre la base de un negocio que responde a necesidades individuales y colectivas; sustentado sobre presupuestos técnicos, económicos, financieros y jurídicos; gestionado y administrado por organizaciones profesionales, expertas, de objeto exclusivo; bajo control y regulación del estado en virtud de las grandes masas de capital involucradas y la confianza pública que se deposita en él; teniendo como objeto central la transferencia de riesgos y dinero, desde el estado, las empresas, los consumidores y las personas en general; hacia las empresas de seguros; en el caso del riesgo para su tratamiento, prevención, dilución, dispersión y en relación al dinero, para administrarlo e invertirlo profesional y eficientemente y eventualmente ante el siniestro, cumplir con las prestaciones a su cargo y lograr

¹⁸⁶ CNC, sala J, 30/07/20; “Toledo, Victoria Andrea C/ Línea de Microóminibus 47 SACFEI y otros S/ daños y perjuicios” RCyS 2020-IX-231.

¹⁸⁷ Ello sin dejar de señalar que por el inciso a) del artículo 1733, la aseguradora pudo excluir expresamente estas contingencias y no lo hizo, por lo que en principio queda comprendida en la cobertura y asimismo debe contemplarse legislación específica que impone el aseguramiento de los riesgos denominados extraordinarios como pueden serlo la pandemia o la medida gubernamental que nos ocupan; hecho que se configura, por ejemplo en el seguro de crédito a la exportación.

DECONOMI

la sustitución total o parcial de los efectos económicos negativos que este produce.

Ello encuentra regulación jurídica específica en la normativa referida al seguro, como lo son las leyes 17.418, 20.091, 22.400 y la normativa derivada de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en particular el reglamento general de la actividad aseguradora y en los supuestos de seguros de consumo, en la normativa de defensa de los derechos de los consumidores entre las que cabe destacar al artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 con la integración que prevé con la ley 27.442 y el decreto 274/19; articulado todo ello con la estructura principal que supone el Código Civil y Comercial; interpretado y aplicado este conjunto normativo en base a las disposiciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos, conforme lo establecen los artículos 1º y 2 del CCC.

En el amplio espectro de los tomadores, asegurados, beneficiarios y damnificados, adquiere particular relevancia la consideración de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que conforme las reglas y principios convencionales, constitucionales y legales, deberán recibir una atención particular y relevante en relación a sus derechos y la real operatividad de los mismos, en la resolución de cualquier conflicto que las involucra, aún los de esta naturaleza y característica como lo es el seguro, que en muchas de sus modalidades se relaciona con la vida y la salud de las personas.¹⁸⁸

El riesgo es el objeto principal del contrato de seguros (art. 2º ley 17.418) y la base misma del sistema, estando concebidas las aseguradoras como organizaciones profesionales que tienen por objeto exclusivo efectuar operaciones de seguro (art. 7.b, ley 20.091) y ello implica una transferencia de riesgo (y de confianza) de los tomadores, asegurados hacia las empresas de seguro como administradoras profesionales y expertas que lo asumen, gestionan

¹⁸⁸ En relación con los conceptos de vulnerabilidad y el derecho a la salud y la vida en confrontación con normas e institutos jurídicos específicos, resulta de interés la lectura de diversos precedentes (si bien referidos a otras materias) del máximo tribunal de nuestro país, a los fines de trasladar hipotéticamente esa labor hermenéutica y el consecuente discurso jurídico al ámbito del seguro; entre ellos cabe señalar: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/03/2019, “García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 342:411, LA LEY 17/04/2019, 1; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)”, 342:459, LA LEY 12/04/2019 , 4.

DECONOMI

y ante la ocurrencia del siniestro sustituye los efectos económicos negativos del siniestro a través del cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

La situación de fuerza mayor/caso fortuito (1730 CCC) generada por el Covid-19/ASPO; hechos públicos y notorios, queda enmarcada dentro de los riesgos posibles según la clase de seguro de que se trate y por ello su incidencia debe ser analizada considerando especialmente que el sistema de seguros está concebido sobre la base del riesgo mismo, no siendo ajena ninguna de las situaciones que puedan encuadrar dentro de su noción, concepto o caracterización, sin perjuicio de la posibilidad de exclusión legal o contractual del mismo; cobrando en el caso concreto especial relevancia esta cuestión, junto a la naturaleza específica de la empresa de seguros como organización estructurada y autorizada con el único y exclusivo objeto de asegurar riesgos que le transfiere la mutualidad de asegurados, para que los asuma, gestione y depositando su confianza en ella y en la reglamentación y control estatal, que lo hará de la mejor manera con la prudencia, diligencia, previsibilidad de consecuencias que supone el sistema, la empresa, el estado y con la expectativa contractual de que ocurrido el siniestro la aseguradora cumpla con las prestaciones a su cargo que sustituyen total o parcialmente los efectos económicos negativos que este ha producido; dejando siempre que en claro que cobra un precio en dinero por ello, conformando grandes masas de capital, el que es administrado e invertido conforme lo establecido en el régimen legal y reglamentario y que sirve de base para el pago de los siniestros.

Frente a este contexto, la responsabilidad de las aseguradoras como organizaciones profesionales, expertas y de objeto exclusivo; adquiere especial

DECONOMI

relevancia e intensidad,¹⁸⁹¹⁹⁰¹⁹¹ atendiendo a que el riesgo es propio de su actividad y núcleo central de la misma, haciendo que la fuerza mayor/caso fortuito sea una contingencia propia y por ende se mantenga el deber de cumplir con las obligaciones a su cargo, sin que pueda invocar estas eximentes (art. 1733 inciso e CCC) y sin perjuicio de la razonable, transparente y justificada delimitación de riesgos que puede configurar la aseguradora en la etapa previa y simultánea a la celebración del contrato y ello extrema la diligencia y previsibilidad que se le exige en virtud de la confianza especial (1725 CCC) que se le tiene al momento de transferir los riesgos por un precio en dinero y con la razonable expectativa, en el sistema, la empresa y el contrato mismo; de recibir las contraprestaciones comprometidas al momento del acaecimiento del siniestro.¹⁹²

¹⁸⁹ Ello sin dejar de advertir el impacto que la pandemia y el aislamiento han producido sobre las estructuras de las organizaciones empresariales que pueden condicionar sus decisiones económicas y jurídicas y aún su viabilidad como unidad de negocios

¹⁹⁰ Aún con las distorsiones que suelen producirse en mercados convulsionados y como lo denuncia FAPASA, señalando que “Ciertos intermediarios salieron a pescar en río revuelto, aprovechando el aislamiento, para intentar promover canales alternativos para ofrecer coberturas, asimismo fueron notorias las exigencias de algunas entidades financieras de imponer la contratación de seguros en canje para el otorgamiento de créditos a tasas promocionales.

Con preocupación observamos como parecieron en gran escala los tradicionales vendedores ilegales de seguros, fundamentalmente en el interior del país, colocando supuestos seguros de entidades que no existen o emitiendo falsos comprobantes para poder circular con vehículos automotores” ZOTTOS, Jorge L.C.; *El seguro, la pandemia y la postpandemia*, 4 de Agosto de 2020, www.fapasa.org.ar/

¹⁹¹ Resulta interesante analizar en cuanto resultan trasladables al negocio del seguro en relación directa o indirecta con la salud y la vida humana, los criterios que ha elaborado el máximo tribunal de nuestro país, en relación al denominado “compromiso social de las empresas”, en precedentes como CSJN, "Cambio de Péres de Nealón" del 28-8-2007, Fallos: 330:3725, “Sartori, Karina Mabel c/ Cemic Empresa de Medicina Prepaga s/ amparo”, S. 1078. XL.; 27-12-2005; T. 328 P. 4747; “V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo”, V. 1389. XXXVIII.; 02-12-2004; T. 327 P. 5373; “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios”, E. 34. XXXV.; 13-03-2001; T. 324 P. 677, conjugado con lo resuelto en CSJN, 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. v. Rojas, Julio C. y otros”, 323:1934.

¹⁹² Subyace en nuestras apreciaciones las ideas que se han expresado en relación a la concepción misma del derecho de los negocios y sobre las que nos ilustra ALEGRÍA, Héctor en *Humanismo y derecho de los negocios*, LL 2004-E-1206.