

REVISIÓN CONTRACTUAL Y EMERGENCIA SANITARIA: PROBLEMAS JURÍDICOS QUE TRAEN CONSIGO EL “COVID-19” Y LA “CUARENTENA OBLIGATORIA”. UNA MIRADA DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ARGENTINO

CONTRACTUAL REVISION AND HEALTH EMERGENCY: LEGAL PROBLEMS THAT BRING WITH THEM “COVID-19” AND THE “MANDATORY QUARANTINE”. A LOOK AT THE QUESTION FROM THE POINT OF VIEW OF ARGENTINE LAW

Mauricio Boretto ¹

SUMARIO: La crisis producida por el COVID-19, trajo consigo la declaración de emergencia sanitaria en virtud de la cual, los distintos Estados, impusieron un aislamiento social y preventivo -llamado “cuarentena” o “confinamiento”- que produjo importantes efectos en las distintas relaciones humanas, sea de índole económica, social, cultural y, por supuesto, jurídicas. Así las cosas, con el presente trabajo, intentamos describir de acuerdo al Derecho argentino el impacto en los contratos de los efectos de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo del COVID – 19 y su consecuencia inmediata, esto es, la ya mencionada “cuarentena” o “confinamiento”, que aparecen como hechos extraordinarios e imprevisibles sin precedentes que alteraron las “bases” de los distintos negocios jurídicos, provocando un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración; generando, de este modo, la necesidad de revisar el contrato a través de los diferentes mecanismos previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico, con el único objetivo de restablecer el equilibrio originario de las prestaciones, preservar su continuidad y evitar, en lo posible, su extinción.

Palabras claves: covid-19; pandemia; confinamiento; contrato; revisión; caso fortuito; frustración de la causa; imprevisión; extinción.

SUMMARY: The crisis produced by the COVID-19, brought with it the declaration of health emergency under which the different states imposed a social and preventive isolation -called “quarantine” or “confinement”- which had a major impact on the various human relations: economic, social, cultural and, of course, legal. Thus, with the present work, we try to describe in accordance with Argentine law the impact on contracts of the effects of the pandemic declared by the World Health Organization (WHO) on the occasion of COVID - 19 and its immediate consequence, that is, the aforementioned “quarantine” or “confinement”, which appear as unprecedented extraordinary and unforeseeable events that altered the “bases” of the various legal transactions, causing a change in the circumstances existing at the time of their celebration; thereby creating the need to revise the contract through the various mechanisms provided for in the legal order, with the sole aim of restoring the original balance of benefits, preserving their continuity and avoiding them, if possible, their extinction.

Keywords: covid-19; pandemic; confinement; contract; revision; fortuitous case; cause frustration; unforeseen; extinction.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Sindicatura Concursal por la Universidad Nacional de Cuyo. Especialista en Derecho de Daños por la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Docencia Universitaria por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor invitado en cursos de posgrado. Miembro pleno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. Evaluador experto CONEAU.

1 PUNTO DE PARTIDA

La revisión del negocio jurídico *contractual* consiste en el análisis de las estipulaciones convenidas, previa interpretación e integración, y su consideración a la luz de determinados criterios o pautas, para concluir manteniéndolas o modificándolas, o bien, lo que es aún más grave, resolviendo el negocio².

Cuando las personas redactan un contrato intentan prever todas las contingencias. La autonomía de la voluntad -en tanto principio general del derecho³, art. 958 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante, CCyC- mucho tiene que ver con este acto de previsión, pues el ordenamiento jurídico confiere a los particulares un verdadero poder jurígeno en virtud del cual detentan la facultad de decidir si contratan o no y, en su caso, determinar el contenido del negocio jurídico.

Según una concepción clásica, lo pactado en los contratos constituía para las partes una *regla a la cual debían someterse como a la ley misma*, la cual debía permanecer inalterable a lo largo de la ejecución del negocio jurídico si este había sido concluido válidamente y no mediaba una causal de ineficacia por ausencia o irregularidades en alguno de sus elementos o presupuestos estructurales o generales⁴.

Se atendía fundamentalmente al sinalagma genético y el instrumento para extirpar el vicio que afectada al negocio desde su nacimiento era la nulidad, la cual conducía a la extinción del contrato, salvo su confirmación (art. 1059 Cód. Civil derogado -Código de Vélez- y art. 393 CCyC).

2 BORETTO, Mauricio. *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Ed. El Derecho, Colección Académica, Bs.As., 2003, página 13. Ver también de nuestra autoría "Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación" en Revista Código Civil y Comercial, Thomson Reuters, La Ley, año V, número 9, octubre 2019.

3 Los principios generales son ideas rectoras o principios jurídicos directores que informan un ordenamiento jurídico. Son conceptos jurídicos *indeterminados o abiertos*, que requieren del operador del derecho para su *concretización* frente al caso. La importancia de los principios generales del derecho resulta de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante, CCyC, que expresan: "*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*" (art. 1). "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*" (art. 2). Ambas disposiciones están contenidas en el Título Preliminar del CCyC, o sea, entre las normas generales que se aplican a todo el código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza, y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones. Se trata del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas. De allí la importancia de la consagración de los principios generales en esta primera parte de la nueva legislación; la cual se proyecta hacia todo el Derecho privado con una increíble fuerza expansiva. Entre las funciones de los principios generales del derecho, cabe mencionar la siguientes *Como fuente del Derecho*: Bajo el título "Obligación de resolver", el art. 3 del CCyC dispone: "*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*". O sea, el juez tiene la obligación de dirimir el conflicto; no puede dejar de hacerlo, como decía el viejo código hoy derogado (que identificamos como "Código de Vélez"), excusándose en que la ley no prevé la cuestión, o la contempla de modo oscuro o insuficiente. Además, debe resolver *razonablemente*, o sea, motivando suficientemente su decisión. A ese fin, el CCyC proporciona al juez diversos instrumentos, entre los cuales se encuentran los principios generales del derecho. *Como elemento de interpretación de la ley*. Además, a través de los principios generales es posible: (a) resolver las contradicciones existentes entre las normas jurídicas vigentes, dando prioridad a la que se adapta mejor al principio general; (b) dar la clave para interpretar una norma jurídica dudosa, tal como surge del art. 2 antes transcrito.

4 Posteriormente, en el siglo XVI, la desintegración del feudalismo, los nuevos descubrimientos, la conquista y exploración de nuevos territorios, entre otras causas, ayudaron a concebir al hombre como individuo libre, y al Derecho como expresión máxima de la libertad humana dando mayor fuerza a la noción vinculante del acuerdo de voluntades. En el siglo XIX, recogiendo la noción anterior -cada cual se obliga por su propia voluntad- el Código Civil francés de 1804 receptó legalmente la llamada autonomía de la voluntad. Esta autonomía implica que el consentimiento, por tener poder suficiente para regular los derechos de las partes, genera para ellas un vínculo análogo al de la ley. Dicho de otra manera, "el contrato es ley para las partes". Esta afirmación se basa en la creencia según la cual, gracias a la libertad, nadie conoce mejor que las propias personas que contratan cuáles son sus verdaderos deseos, sus verdaderas necesidades y, por lo tanto, nadie puede proporcionar una solución más justa y conveniente que la que ellas mismas pueden darse. Esta idea se trasladó a la mayoría de los códigos decimonónicos, entre ellos, al argentino (hoy derogado), y prevaleció, sin modificaciones, hasta mediados del siglo XX.

El enfoque de estudio del contrato ponía el acento en el consentimiento como expresión de un acuerdo de voluntades, preocupándose básicamente porque este último fuera el resultado de la libre y coincidente voluntad de los contratantes. Las partes saben qué es lo más conveniente y debe dejárselas actuar libremente, por lo que las restricciones a la voluntad debían ser mínimas.

Poco y nada se reflexionaba acerca de la satisfacción de las “necesidades” que los individuos pretendían colmar a través del contrato.

Posteriormente, ante el nuevo escenario económico⁵- que hacia hincapié primordialmente en la función social del contrato - surgió la preocupación por el hecho de si realmente esta especie negocial satisfacía o no las expectativas y deseos de los individuos contratantes. Se explica así - como una de las características del siglo XX- el avance del *orden público* sobre la *autonomía de la voluntad*; permitiéndose modificaciones a los contratos ya celebrados.

De esta manera, cambia el eje de la discusión. Comienza a ponerse el acento en el sinalagma funcional del negocio jurídico y de la “satisfacción” de las necesidades que habían conducido a los contratantes a celebrarlo. Se justifica, así, la existencia de un mecanismo capaz de conservar el contrato ante la ocurrencia de acontecimientos sobrevinientes capaces de perturbar su normal desarrollo, incluso pudiendo provocar su resolución.

Por ejemplo, ante la sobreviniencia de un hecho extraordinario e imprevisible que tornaba excesivamente onerosa la prestación del deudor, con la amenaza de provocar la resolución del vínculo contractual, el acreedor -a quien puede interesarle mantener el negocio jurídico- puede optar por “resignar” parte de sus pretensiones y ofrecer mejorar equitativamente los efectos del contrato, conservándolo (art. 1198 Cód. Civil derogado y art. 1091 CCyC),

En conclusión, si bien el contrato sigue constituyendo una regla que debe cumplirse, ésta, no es tan incólume como se pensaba y fue menester permitir -de ser necesario- la revisión del acto jurídico contractual por una razón de justicia y equidad, a fin de que el mismo cumpla eficazmente su función de satisfacer aquellas necesidades que impulsaron a las partes a celebrarlo.

En efecto, las promesas que se intercambian los contratantes tienen una expectativa de comportamiento futuro. Especialmente en los vínculos de larga duración, el comportamiento futuro guarda estrecha relación con las *circunstancias* tenidas en cuenta por los contratantes al momento de celebrar el acuerdo de voluntades, como así también respecto de las que puedan suscitarse durante la ejecución negocial.

5 La segunda guerra mundial produjo grandes cambios que repercutieron en el Derecho. Las nuevas condiciones económicas, tecnológicas y sociales revelaron que, a veces, el acuerdo de voluntades es una mera ilusión o ficción, desde que las grandes empresas imponen las condiciones de la contratación, por lo que los contratantes –normalmente consumidores– se limitan a adherir a lo predispuesto por quien es económica o profesionalmente más fuerte. Esta nueva realidad llevó a la convicción de que la autonomía de la voluntad, por sí sola, no es suficiente; el Derecho del llamado “Estado de bienestar” de la posguerra debía ser un medio para lograr y desarrollar directrices económicas y políticas más justas; la voluntad individual, pues, debía ceder ante la planificación centralizada. Esta nueva visión generó la llamada “crisis del contrato” que, en realidad, es la crisis de la autonomía negocial como regla absoluta. Como se adelantó, la exaltación de la voluntad –y su poder de producir efectos jurídicos- desarrollada a la luz de la Revolución Francesa y pasada al código francés, fue recogida por Vélez Sarsfield en el Código Civil hoy derogado. Es cierto que la voluntad tenía límites, ejemplo de los cuales eran los arts. 21, 953 y 1167 de dicho Código Civil; pero tales limitaciones estaban expresamente determinadas; dicho de otro modo, había límite a los límites. De este extremo, en el que se priorizaba la voluntad individual, en ciertas épocas, el legislador pasó al polo opuesto y adhirió a posiciones “dirigistas”, intervencionistas, con leyes de distinta índole y temática, cuyo paradigma fue, en algún tiempo, la normativa relativa a la emergencia locativa. En este movimiento pendular, frente a situaciones determinadas, el derecho buscó y encontró soluciones para contemporizar los intereses de las partes; por ejemplo, para quienes se encuentran en situación de “explotación”, por su situación económica, intelectual, cultural, la lesión subjetiva; o la revisión del *pacta sunt servanda* cuando la situación original ha variado sustancialmente, mediante la teoría de la imprevisión. La incorporación de todas estas figuras jurídicas, en la República Argentina, especialmente a través de la Ley 17.711 abrió el camino para llegar, en el moderno derecho contractual, a la protección del consumidor, categoría jurídica “descubierta” en la segunda mitad del siglo XX.

2 RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES AL MOMENTO DE CONTRATAR. IMPORTANCIA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO JURÍDICO SUJETO A REVISIÓN.

El artículo 1091 CCyC, al regular la teoría de la imprevisión, cuando hace alusión a que *la prestación de una de las partes del contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente se torna excesivamente onerosa*, se refiere específicamente a *una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada*.

¿A qué circunstancias se refiere?

Se trata de aquellas *circunstancias* existentes al momento de contratar o cuya aparición era positivamente esperada por las partes al negociar, y cuya *subsistencia* era necesaria para que el contrato pueda existir como regulación dotada de sentido.

Estas circunstancias constituyen las *bases del negocio jurídico* y están integradas por dos tipos de componentes:

- Uno objetivo, que se refiere al tiempo, modo y lugar donde se ejecutarán las obligaciones; medio que rodea la actividad inherente al negocio a realizar; condiciones en que deberá ser cumplida cada prestación; realidad político-económica en virtud de la cual el contratante tomó la decisión de celebrar el negocio sopesando el costo-beneficio del compromiso a cumplir.
- Uno subjetivo, éste depende de cada uno de los contratantes, siendo de naturaleza personal, referidos a un interés personal; se trata de la necesidad a satisfacer mediante la prestación convenida. Lo que abre una expectativa sobre la utilidad a obtener.

Así las cosas, la alteración de las referidas *circunstancias* puede desnaturalizar el negocio jurídico y frustrarlo con relación al fin perseguido por las partes y respecto de las necesidades que se pretendían satisfacer. Es esta frustración, justamente, la que viene a justificar -en ciertos casos- la revisión del contrato, ya sea para mantener sus cláusulas, modificarlas o, incluso, concluir en la propia extinción del negocio jurídico.

Ahora bien, no todas las *circunstancias* que rodean la contratación pueden ser esgrimidas para la revisión del negocio. Si así fuera, no existiría seguridad jurídica pues un simple cambio en cualesquiera de los presupuestos existentes al contratar, invocado por alguna de las partes, determinaría irremediablemente la revisión negocial con el consiguiente debilitamiento del *pacta sunt servanda*.

Entonces, cabe preguntarse ¿cuál es el criterio de selección de los hechos relevantes que alteran las "bases negociales" y sirven de fundamento a la revisión?⁶:

1. Que sean hechos objetivos, esto es, circunstancias económicas, sociales o cualquier hecho mensurable y susceptible de ser probado. Ello evita los motivos interiores como las generalidades que no se pueden probar, y pone una barrera respecto de una excesiva flexibilidad que puede resultar muy pernicioso;
2. Que esos hechos no hayan sido tenidos en cuenta al contratar o en la ejecución posterior
3. Que sean hechos que tengan influencia en la relación contractual de modo que si

6 LORENZETTI, Ricardo. La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-1, p.169. Del mismo autor *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p.239.

las partes los hubieran tenido en cuenta, el contrato no habría sido igual, ya que habrían modificado alguno de sus elementos,

Así las cosas, las "bases del negocio" se modifican o desaparecen cuando acaecen hechos de las características referenciadas, de manera tal que:

a) o bien se deshace la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato, es decir, se verifica un desequilibrio en la relación de equivalencia. Lo que cuenta, entonces, no es la prestación en si misma sino en su relación de equivalencia con la contraprestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio. Desde esta óptica se habla de la "excesiva onerosidad sobreviniente" que es un supuesto de frustración del fin del negocio.

b) o bien el fin común perseguido por las partes al contratar -expresado en el contenido del negocio- resulta inalcanzable no obstante poder cumplir el deudor con la prestación a su cargo la cual, sin embargo, ha perdido interés para el acreedor. Desde este otro punto de vista, se produce una frustración -imposibilidad- de la finalidad prevista por las partes; lo que también provoca la frustración del fin del contrato.

Sin embargo, mientras que en un caso queda afectada la causa fin *objetiva*, en el otro, la causa fin *subjetiva*. Por ello, en este contexto, adquiere relevancia la causa como *elemento esencial del acto jurídico*⁷.

En efecto, la palabra causa se emplea en el vocabulario jurídico con diversos significados. Cuando se alude a la causa como elemento esencial del acto jurídico se hace referencia a la causa final.

Un acto jurídico es tal, sólo si tiene el *fin inmediato* previsto por la ley (adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, art. 259 CCyC). Este fin inmediato configura la causa fin del negocio.

Según el art. 281 CCyC: "*La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente, si son esenciales para ambas partes*".

De tal modo, la causa como elemento esencial del acto jurídico debe interpretarse en un doble sentido (objetivo y subjetivo):

Por un lado, expresa lo que las partes persiguen con la realización del acto (aspecto objetivo). En este sentido, se vincula a la *finalidad económico-social* del contrato y responde a la pregunta ¿Para qué se celebra el negocio? Así, la causa (objetiva) en el negocio de compraventa es, para el comprador, la obtención del dominio de la cosa, y para el vendedor, la disponibilidad del precio.

Por otro lado, la causa final identifica el *interés o móvil concreto* que ha movido a las partes a la realización de un negocio jurídico (aspecto subjetivo). La causa fin subjetiva responde a la pregunta, ¿Por qué se contrata? Así, para el comprador el motivo (causa subjetiva) de la compraventa de una casa puede ser la necesidad de habitarla, o la de hacer una inversión, instalar un fondo de comercio, etc., y, para el vendedor, la necesidad de

7 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo II, Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, p.19.

hacerse del dinero para, a su vez, comprarse un automotor para pasear con su familia. Esos motivos, siempre particulares, en principio, no generan consecuencias jurídicas; sin embargo, adquieren relevancia jurídica y se “causalizan” cuando se exteriorizan –en forma expresa o tácita– y han sido *conocidos o debieron ser conocidos por la otra parte* obrando con cuidado y previsión (arts. 9 y 961 CCyC).

Así las cosas, la teoría de la “base del negocio” sirve de fundamento para la revisión contractual con apoyo en:

1. la frustración del fin del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes, que impacta preponderantemente en la causa fin objetiva, canalizada a través de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC)
2. la frustración definitiva de la finalidad del contrato, a causa de la alteración extraordinaria de las circunstancias reinantes a la hora de su celebración, que impacta preponderantemente en la causa fin subjetiva, canalizada a través de la teoría de la frustración de la finalidad (art. 1091 CCyC).

3 HECHOS EXTRAORDINARIOS, IMPREVISIBLES Y POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: EL COVID – 19, LA PANDEMIA Y LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS.

La crisis producida por el COVID-19, trajo consigo la declaración de emergencia sanitaria en virtud de la cual, distintos Estados impusieron un aislamiento social, preventivo y obligatorio (llamado “cuarentena” o “confinamiento”), con distintas particularidades según cada país.

La cuestión a saber es si, estos “acontecimientos” sobrevinientes a la relación contractual, habilitan su *revisión*.

Es que, este “aislamiento”, a su vez, paralizó distintas actividades que venían desarrollándose con normalidad, entre ellas, las económicas y lo hizo con graves consecuencias para los afectados: no poder “trabajar” para generar los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas, los gastos indispensables cotidianos y, por su puesto, para cumplir con las diferentes obligaciones contraídas, entre las cuales se encuentran las de índole contractual.

- ¿Cómo pagar el alquiler de la vivienda arrendada?
- ¿Cómo pagar el préstamo bancario?
- ¿Cómo pagar la tarjeta de crédito?

Asimismo, existen otros casos en los cuales, aunque la cuestión económica no es lo esencial, la misma no pasa desapercibida: por ejemplo, compramos un pasaje para viajar a Europa y resulta que los países del “Viejo Continente” han cerrado sus fronteras. Asimismo, el propio Estado argentino ha cerrado las suyas. No podemos entrar, ni salir de la Argentina.

La pregunta es, ¿La Empresa Aérea debe devolvernos el dinero del pasaje, o es suficiente con que nos ofrezca “reprogramar el viaje”, sin costo, ni multas, para otra fecha, para cuando haya pasado la pandemia?

Damos un paso más. En tren de conjeturas, puede ocurrir que nos permitan salir de nuestro país e, incluso, ingresar al país de destino. Sin embargo, hay riesgo de contagio del virus COVID-19, por lo tanto hemos perdido interés en el viaje, pues el motivo determinante era conocer un nuevo lugar, recorrerlo, compartir nuevas vivencias en otro país y lo cierto es que, la exposición “social”, genera el peligro de que contraigamos coronavirus. No queremos exponernos a esta situación. De hecho, de haber tenido conocimiento del virus, nunca

hubiésemos comprado el pasaje.

¿Cómo resolver -jurídicamente- cada una de estas situaciones contractuales, afectadas por la pandemia con motivo del COVID-19 y el "aislamiento social" impuesto estatalmente; cuando estos acontecimientos tienen carácter extraordinarios y eran imprevisibles para las partes contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico?

Para contestar el interrogante, debemos -como mínimo- echar mano a tres institutos jurídicos propios del Derecho obligacional, del Derecho contractual y de la Responsabilidad Civil consagrados en el ordenamiento jurídico argentino⁸.

Nos referimos:

- al caso fortuito o la fuerza mayor
- la imprevisión
- la frustración del fin del contrato

A continuación, nos referiremos brevemente a cada una de estas figuras para intentar determinar, con posterioridad, como operan en materia de revisión contractual ante la "emergencia sanitaria" declarada con motivo del COVID - 19.

4 INSTITUTOS QUE PERMITEN LA REVISIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.-

4.1 Caso fortuito o fuerza mayor

Las eximentes o causales liberatorias de la responsabilidad excluyen la obligación de responder o la disminuyen. Las eximentes son diversas según se trate de responsabilidad objetiva o subjetiva.

En el ámbito de la responsabilidad subjetiva, el sujeto se libera de responsabilidad acreditando la "no culpa", es decir, que actuó cuidadosamente, observando las diligencias que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Si se trata de factores objetivos de atribución, no hay "juicio de reproche"; por eso, las eximentes que excluyen este tipo de responsabilidad no se vinculan a la culpa, sino a la causalidad. En este ámbito, las eximentes destruyen (total o parcialmente) el nexo causal entre la conducta y el daño. En definitiva, el daño no puede ser atribuido al sindicado como responsable por la ley sino a otra causa ajena o extraña.

Son causas ajenas: (i) el caso fortuito o la fuerza mayor ajena a la cosa o a la actividad dañosa de la cual el sindicado como responsable se vale, o saca un provecho, o está bajo su cuidado; (ii) el hecho de un tercero por el cual no se debe responder; (iii) el hecho del damnificado.

Veamos el caso fortuito o fuerza mayor⁹.

El artículo 1730 CCyC dice que: "*Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario*".

Por su parte, el art. 1733 CCyC expresa que: "*Aunque ocurra el caso fortuito, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito; d) si el*

8 Que también tienen presencia en la legislación de otros países, como es el caso del *Common Law* al que nos referiremos brevemente más adelante.
9 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo II, Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, p.218.

caso fortuito sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito".

Conforme las normas transcriptas, en el Derecho argentino "caso fortuito y fuerza mayor" son expresiones que guardan sinonimia. Véase ahora cómo funcionan en el sistema jurídico.

El ser humano convive con la naturaleza. Algunos acontecimientos de la naturaleza son normales, suceden habitualmente según la experiencia; por ejemplo, que nieve abundantemente en invierno en la Cordillera de los Andes (que se encuentra al oeste de la República Argentina, en el límite con la República de Chile). Al contratar, o al realizar cualquier acto de la vida, estos hechos normales, ordinarios, deben ser ponderados y estar en los cálculos del sujeto medio. Así, si Juan debe transportar mercaderías desde Argentina a Chile en el mes de julio, sabe que puede nevar y cerrarse el túnel internacional de paso a dicho país, con consecuencias en la circulación vehicular y en la ejecución del transporte (por ej., los camiones pueden quedar varados hasta 15 días seguidos sin poder cruzar).

También se producen sucesos extraordinarios, que están fuera del acontecer habitual y que, por eso, son imprevisibles. Algunos de estos hechos extraordinarios pueden preverse, pero, aun así, son irresistibles y, por tanto, de efectos inevitables. Los hechos extraordinarios imprevisibles o, previsibles pero inevitables, configuran el denominado caso fortuito o la fuerza mayor.

La imprevisibilidad depende de circunstancias fácticas. Por ejemplo, un temblor de intensidad en la Provincia argentina de Entre Ríos (ubicada al este del país, lejos de la Cordillera de los Andes) es un hecho imprevisible; en cambio, en la Región cordillerana de Cuyo es previsible, por tratarse de zona sísmica pegada a la Cordón montañoso andino. En consecuencia, quien construye en zona sísmica, debe utilizar un sistema "sismo-resistente"; si no lo hace, acaecido el hecho no podrá liberarse, pues un sismo es un acontecimiento previsible.

Sin embargo, puede acaecer que el terremoto sea de tal magnitud que, aun respetando las directivas técnicas, el edificio igualmente se desplome (por ejemplo, se produjo una enorme grieta en el terreno sobre el que está edificada la construcción). En este supuesto excepcional, el obrar del empresario de la construcción no es la "causa adecuada" de la caída del edificio; la causa ha sido el terremoto en un grado de intensidad fuera de cualquier cálculo e imposible de evitar sus consecuencias.

La imprevisibilidad y la inevitabilidad implican que el hecho que aparece como caso fortuito también es actual, inminente y sobreviniente a la conducta del sujeto sindicado como responsable.

El caso fortuito, sin embargo, no debe confundirse con: (A) la causa ignorada; (B) la "no culpa"; (C) la falta de toda diligencia exigible a una persona en su actuar que termina por sembrar dudas sobre la autoría del hecho dañoso.

No constituyen caso fortuito y, por lo tanto, no liberan aquellos hechos que tienen un origen desconocido o ignorado; tal el caso del incendio de un banco que destruye los objetos existentes en la caja de seguridad del cliente y que no se puede llegar a saber cómo se originó; la pérdida del líquido de los frenos del vehículo que determina que el conductor pierda el control y arrolle a un peatón; etcétera. En estos supuestos, el prestador del servicio bancario de caja de seguridad y el dueño o guardián del rodado son responsables por los daños causados; para liberarse, es insuficiente la invocación del origen desconocido del incendio o de la pérdida de líquido de frenos porque, precisamente por ser de origen ignorado, no hay

prueba de que esos hechos sean ajenos a los sindicatos como responsables.

Adolfo Exner¹⁰ dijo tiempo atrás que, para que se configure el caso fortuito, es necesario que el hecho invocado –además de ser imprevisible y/o inevitable– sea ajeno a la actividad dañosa del agente, a su empresa, a las cosas de su propiedad. Si no fuere exterior, sino “interior”, la persona prestadora del servicio, dueño, guardiana, etcétera, debe tenerlo en cuenta, contar con su ocurrencia y sus efectos, prevenirlo, anticiparlo y evitarlo.

Pueden calificarse de caso fortuito o fuerza mayor los hechos de la naturaleza y también los hechos del hombre.

Son hechos de la naturaleza, por ejemplo, un terremoto, un tornado, una inundación, etcétera. Se discute si configuran caso fortuito aquellos hechos que son de la propia naturaleza humana, como una enfermedad súbita, imprevisible e inevitable, o incluso la muerte; en principio, la respuesta es afirmativa pues el control de tales hechos por la persona humana es muy relativo; se trata de acontecimientos que no se deben a la culpa del deudor, excepto que este los provoque o se ponga con grave imprudencia en situación de producirlos o favorecer su acaecimiento. Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato por un artista causado por una enfermedad sorpresiva, la pérdida de conocimiento, etcétera, obedece a casos fortuitos excepto que él mismo haya provocado tales hechos, en cuyo caso, no actúan como eximentes, pues pudo evitarlos o prevenirlos (por ejemplo, el actor se enfermó por una ingesta de alcohol absolutamente voluntaria). En este escenario, pensemos en el caso del COVID-19 que si reuniría las características de caso fortuito.

Los hechos del hombre imprevisibles, inevitables y ajenos respecto a quien aparece como autor del daño también pueden configurar el caso fortuito. Por ejemplo, guerras, revoluciones, huelgas, etcétera. Sin embargo, si estos hechos son causados por la propia conducta del agente, no liberan. Por ejemplo, para liberarse de los efectos del incumplimiento de un contrato, el fabricante de autos no puede invocar la huelga de sus empleados, declarada porque no les ha pagado el salario; en cambio, podría invocar la huelga general, convocada por la central obrera, que exige mejoras del convenio colectivo de trabajo, movimiento de fuerza al cual sus empleados adhirieron por solidaridad, aunque ellos ya gocen de tales mejoras.

El hecho imprevisible e inevitable del Estado también puede configurar caso fortuito. Por ejemplo, Juan vende un inmueble a Pedro; recibe parte del precio y se compromete a transmitir la posesión y a escriturar en el plazo de seis meses. Posteriormente, y sin que nada lo hubiese hecho prever al tiempo del contrato, el Estado procede a expropiar ese inmueble, hecho que impide a Juan cumplir con el contrato de compraventa. Este incumplimiento no tiene su causa en la conducta de ninguna de las partes; por eso, el contrato se resuelve sin generar responsabilidad para ninguna de las partes quienes, simplemente, deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas.

Vinculado al caso fortuito o fuerza mayor, hallamos el instituto de la “imposibilidad de cumplimiento”, como modo de extinción de las obligaciones¹¹.

En efecto, como regla, el incumplimiento de las obligaciones genera el deber de reparar las consecuencias dañosas sufridas por la falta de cumplimiento. Sin embargo, si el incumplimiento obligacional se produce por una causa sobreviniente no imputable a la conducta del deudor, la obligación se extingue sin que éste deba reparar daño alguno al acreedor (art. 1732 CCyC).

10 “De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual”, traducción Emilio Milana y Villagrasa, Victoriano Suarez, Madrid, 1905.

11 CARESTIA, Federico en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, directores HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián. tomo III, Bs. As., Ministerio de Justicia, 2015, p.329.

4.2 Imposibilidad definitiva

Según el art. 955 CCyC: *“La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”*.

Por eso, para liberarse de las consecuencias del incumplimiento, como regla, el deudor tiene la carga de probar que:

La prestación se ha tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida. La imposibilidad de cumplimiento debe ser sobrevenida, es decir, debe ser posterior al acto que ha generado la obligación; si fuera contemporánea al otorgamiento del acto o contrato, existiría un defecto originario por la falta de objeto, por lo que el problema sería la nulidad (o no) de la relación obligatoria. La imposibilidad sobrevenida puede ser física o jurídica. Hay imposibilidad física cuando la prestación es de realización materialmente imposible. Por ejemplo, muere el músico obligado por un contrato a componer la melodía y música para una película. Hay imposibilidad jurídica cuando con posterioridad a la convención aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida. Por ejemplo, una prohibición legal de ejecutar la actividad prometida contractualmente en una zona determinada. Pensemos, por ejemplo, en la “cuarentena” o “confinamiento” impuestos estatalmente, que vedaban casi todo tipo de actividad; provocando el incumplimiento de innumerables contratos.

La mera dificultad que no configura imposibilidad no da lugar a esta causal de extinción. Podrá ser invocada si reúne los requisitos de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC).

La imposibilidad que da lugar a la extinción debe ser objetiva, absoluta y definitiva:

- objetiva, o sea, el impedimento está referido al contenido de la prestación en sí misma, con abstracción de todo elemento extrínseco. La imposibilidad es subjetiva cuando atañe a condiciones personales o patrimoniales propias del deudor, que no están ligadas a la prestación. Por ejemplo, el vendedor de un inmueble alega que no puede escriturar porque está enfermo el hijo y no tiene quién lo cuide. Los impedimentos puramente subjetivos del deudor no están comprendidos en este modo extintivo.
- absoluta, es decir, no puede ser vencida por las fuerzas humanas normales.
- definitiva, en el sentido que la prestación tampoco podrá ser cumplida con posterioridad. Se trata de una situación irreversible.

(ii) *La imposibilidad se ha producido sin culpa ni dolo del deudor.* La imposibilidad no debe ser imputable al deudor. Si fuese imputable, no solo no extingue la obligación, sino que lo obliga a reparar los daños causados al acreedor. En otras palabras, si la imposibilidad reconoce su génesis en la conducta del deudor (por ejemplo, destruyó el automotor que vendió y debía entregar por circular a exceso de velocidad), la obligación no se extingue; se transforma en la de pagar los daños causados (art. 955 CCyC). La imposibilidad debe tener origen en un caso fortuito o fuerza mayor. Esto es, un hecho que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse (art. 1730 CCyC).

(iii) *El deudor no ha asumido el caso fortuito o fuerza mayor.* La obligación no se extingue por imposibilidad si el deudor ha asumido el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1733 CCyC).

4.3 Imposibilidad temporal¹²

La imposibilidad es temporal cuando la prestación es posible de ser realizada con posterioridad y es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Esa imposibilidad no alcanza para liberar al deudor y extinguir la obligación; la obligación sigue vigente, por lo que, removido el obstáculo, persiste el deber del deudor de cumplimentar con su prestación. La imposibilidad liberatoria, pues, como se explicó en el punto anterior, es la definitiva.

Sin embargo, el CCyC reconoce algunos supuestos en los que la imposibilidad temporal tiene efecto extintivo: (i) cuando el plazo es esencial y (ii) cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible (art. 956 CCyC).

En ambos casos, la imposibilidad temporal causa lisa y llanamente el incumplimiento definitivo, por lo que el acreedor tiene el derecho de dar por extinguido el vínculo obligacional. Esta solución es una consecuencia lógica del principio de buena fe (art. 961 CCyC).

Por ejemplo, se contrató a una banda famosa para que actúe en una fiesta de matrimonio. La banda no llegó el día prometido porque tuvo un accidente causado por un tercero. Evidentemente, aunque podría actuar en otra ocasión, el día fijado era determinante para la ejecución de la prestación a su cargo y cumplir la prestación en otra oportunidad no tiene interés para el acreedor.

4.3.1 Imprevisión¹³

4.3.1.1 Introducción

Según el art. 1091 CCyC: *"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"*.

Como se ha explicado, el art. 959 CCyC establece el efecto vinculante, regla básica del derecho contractual, según la cual "todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes". El contrato es ley para las partes y por eso debe ser cumplido (*pacta sunt servanda*); la cuestión es si esa regla tiene como límite que las cosas sigan siendo como

12 In the common law, an occurrence or event that makes it temporarily impossible to perform the act for which a party has contracted will operate to suspend performance until the impossibility ceases. Then, ordinarily, the parties must perform the contract as originally planned. If the lapse of time and the change in circumstances surrounding the contract make it substantially more burdensome to perform the promised acts, however, the parties will be discharged. The leading case on this subject, *Autry v. Republic Productions*, involved an actor who was drafted into the army in 1942. Being drafted rendered his contract temporarily impossible to perform, and it was suspended until the end of the war. When the actor got out of the army, the value of the dollar had changed that performance of the contract would have been substantially burdensome for him. Therefore, the contract was discharged (MILLER, Roger L.; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007, p.290-291)

13 HERNANDEZ, Carlos en *Código Civil y Comercial Comentado*. LORENZETTI, Ricardo (Director), tomo VI. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p.220; BORETTO, Mauricio. Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación en *Revista Código Civil y Comercial*. Thomson Reuters, La Ley, año V, número 9, octubre 2019.

14 In the common law, occasionally, if circumstances arise after the contract has been held that make performance extremely difficult or costly, courts may allow the contract to be discharged under the doctrine of commercial impracticability (equivalente a la teoría de la imprevisión del derecho argentino) or a closely related theory, *frustration of purpose* (equivalente a la teoría de la frustración del fin del derecho argentino). They are "legal excuses". *Commercial impracticability*: Courts will at times excuse performance under a contract when the performance becomes much more difficult or expensive than originally contemplated in the time the contract was formed. For someone to invoke successfully the doctrine of commercial impracticability, however, the anticipated performance must become extremely difficult or costly (Restatement -second- of contracts, sections 265 and 266; UCC 2-615). For example, in one case, a court held that a contract was discharged because a party would have had to pay ten times more than the original estimate to excavate a certain amount of gravel. Caution should be used when invoking commercial impracticability. The added burden of performing must be extreme and, more important, must not have been within the cognizance of the parties when the contract has made (MILLER, Roger L.; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007, p.290).

estaban al momento de contratar (*rebus sic stantibus*)¹⁴.

Obviamente, una alteración o modificación no sustancial del contenido contractual es simplemente la consecuencia del riesgo negocial. El problema es cuando la modificación ha alterado manifiestamente el equilibrio económico del contrato. Por ejemplo, una empresa vende a otra una determinada cantidad de petróleo para ser entregada y pagada en diversos períodos de tiempo durante cinco años a determinado precio; mientras el contrato se está ejecutando se declara una guerra que aumenta veinte veces el precio pactado. La prestación a cargo del vendedor no se ha tornado imposible, pero sí, excesivamente onerosa, desde que debe entregar un producto a un precio infinitamente inferior a su valor en el mercado.

4.3.1.2 Contratos excluidos

La teoría de la imprevisión no se aplica:

- (i) A los contratos gratuitos.
- (ii) A los contratos aleatorios, excepto que la prestación se torne excesivamente onerosa "por causas extrañas a su alea propia". El ejemplo clásico es el de la renta vitalicia (art. 1599 del CCyC¹), convención en la que el alea está dada por la duración de la vida del beneficiario; en consecuencia, no se podría invocar que la prestación ha devenido en excesivamente onerosa porque el acreedor ha vivido muchos más años de los que vive una persona normal, pero sí otras circunstancias que pueden resultar extraordinarias; por ejemplo, la renta consistía en una determinada cantidad de barriles de petróleo y el precio de este producto se ha multiplicado por veinte por una guerra desatada en países petroleros.

4.3.1.3 Requisitos

La aplicación de la teoría requiere:

- (i) una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración.
- (ii) Pese a la alteración, la prestación es posible, pero resulta excesivamente onerosa, a punto tal que produce una notoria desproporción de las prestaciones, que dificulta económicamente el cumplimiento. Por ejemplo, la guerra en un país petrolero aumentó en veinte veces el precio del producto vendido. Si la prestación fuera imposible, se aplica la figura del caso fortuito, que exime de responsabilidad al contratante incumplidor; o sea, este no debe cumplir la prestación, porque precisamente se ha tornado imposible (art. 1730 CCyC)
- (iii) El hecho que provoca la excesiva onerosidad es posterior a la celebración del contrato.
- (iv) El o los hechos generadores de la desproporción son extraordinarios e imprevisibles, ajenos a las partes. Se trata de hechos de características excepcionales, que no pudieron ser previstos por las partes usando una normal diligencia. Por ejemplo, una guerra, una fuerte crisis económica, una pandemia, etcétera.
- (v) Estos hechos extraordinarios e imprevisibles deben ser generales, no particulares de quien los invoca. Por ejemplo, no podría invocarse una enfermedad que le impidió trabajar y obtener fondos para pagar; excepto el caso del COVID – 19 que sí cumple con el recaudo de generalidad, desde que es una pandemia.

¹⁴ Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

4.3.1.4 Efectos

(i) La parte perjudicada por los hechos imprevisibles e inevitables tiene derecho a plantear extrajudicialmente o pedir ante un juez, por acción o como excepción:

- La resolución total o parcial del contrato. En el ejemplo anterior relativo a la renta vitalicia, el perjudicado por el aumento del petróleo (el deudor) podría pedir la resolución del contrato, y el beneficiario (el acreedor) evitar la resolución solicitando que el juez reajuste equitativamente la prestación, no para volver al equilibrio inicial perfecto, pero sí para disminuir el exceso. Por ejemplo, si hasta el momento en que ocurrió la guerra, el beneficiario de la renta recibía el valor de U\$S 100 por barril, y con posterioridad el precio alcanzó los U\$S 500 por unidad, el reajuste equitativo podría consistir en que, en adelante, se abone la suma de U\$S 250 o 300 por barril; la determinación del valor se realiza equitativamente, ponderando las circunstancias del caso concreto; el juez debe tener en cuenta la situación particular de ambas partes. No implica un reajuste en términos absolutos, pues si así fuese, el que estaba beneficiado por el hecho extraordinario, el deudor (que conforme el contrato podía pagar solo U\$S 100 por barril) se volvería el perjudicado (al tener que pagar cinco veces más), siendo que ese precio, para él, es excesivamente oneroso.

- La adecuación del contrato, ofreciendo un reajuste.

(ii) Los efectos de la resolución o la adecuación no alcanzan a los efectos ya cumplidos; o sea, los efectos no son retroactivos, se producen hacia el futuro. Por eso, en el ejemplo, la resolución o el reajuste alcanzarán solo a las prestaciones que se devengaron a partir de los hechos imprevisibles o inevitables.

4.4 Frustración del fin¹⁶

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

El origen del instituto suele asignarse a los llamados "casos de la coronación", decididos por la Corte de Apelaciones de Londres, Inglaterra, en el año 1903; los propietarios de inmuebles alquilaban los balcones para que la contraparte pudiese presenciar el desfile con motivo de la coronación del nuevo rey Eduardo VII; sin embargo, ese día, no hubo desfile por un problema de salud del monarca. Ante el reclamo del pago del saldo de precio por uno de los locadores, el locatario reconvino por restitución de lo pagado, pretensión a la que

¹⁶ Also, in the common law, a theory closely linked to the doctrine of commercial impracticability is the *doctrine of frustration of purpose*. In principle, a contract will be discharged if supervening circumstances make it impossible to attain the purpose both parties had in mind when making the contract. The origin of the doctrine comes from the old english "coronation cases". A coronation procession was planned for Edward VII when he became king of England following his mother's death, Queen Victoria. Hotel rooms along the coronation route were rented at exorbitant prices for that day. When the king became ill and the procession was canceled, the purpose of the room contracted was "frustrated". A flurry of lawsuits resulted. Hotel and building owners sought to enforce the room rents bills against would-be parade observers, and would be parade observers sought to be reimbursed for rental paid in advance on the rooms. Would-be parade observers were excused from their duty of payment. It was from this situation that the court developed its theory of recovery known as *frustration of purpose* (MILLER, Roger L; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007, p.290).

se hizo lugar, sosteniendo que el contrato había sido realizado para que el locatario pudiera observar el desfile, causa (*consideration*) compartida por los contratantes, y que, aplazado este, se había afectado la base del contrato¹⁷.

La imposibilidad de satisfacer los móviles particulares de las partes que han sido causalizados, es decir, exteriorizados y conocidos o que debieron ser conocidos por la otra parte, puede frustrar el fin del acto jurídico. En tal caso, se autoriza a la parte perjudicada a extinguir el contrato.

La causa existe al momento de la celebración del negocio, pero se frustra posteriormente. Por ejemplo, Juan alquila a Pedro un inmueble para instalar una fábrica de lavandina; con posterioridad a la celebración del contrato, la zona donde el inmueble se encuentra es declarada "residencial" por la autoridad municipal; este hecho, extraordinario, imprevisible para ambas partes al contratar, que impide explotar la fábrica, autoriza a Juan a extinguir la relación contractual por haberse frustrado el fin del contrato (él no tiene interés en alquilar pues no puede realizar la actividad industrial)¹⁸.

La frustración de la finalidad puede ser solo temporal, no definitiva. En tal caso, el art. 1090 CCyC autoriza solamente a "suspender" los efectos del contrato. No permite la extinción del negocio. Sin embargo, hay derecho a la resolución contractual si esa frustración temporal impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

El art. 1203 CCyC previsto para el contrato de locación de cosas -en su versión original- contemplaba un caso análogo que permitía comprender la figura de la frustración temporal, cuando disponía que "*Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no puede usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes*"¹⁹.

O sea, el arrendatario pueda: (i) extinguir el negocio, o (ii) suspender el pago del canon, sin disolver el contrato.

Tal como prevé el artículo 1090 CCyC, la resolución es operativa desde que la parte comunica la declaración extintiva a la otra. Dado que el evento frustrante es extraordinario y ajeno a la conducta de las partes, no da lugar al resarcimiento de daños.

La resolución tiene efecto restitutivo, aunque las prestaciones cumplidas quedarán firmes, siempre que resulten económicamente equivalentes y sean divisibles. Por ejemplo, mientras el contrato de locación se ejecutó y hasta que sobrevino el hecho extraordinario que frustró la causa del negocio (la declaración municipal que impidió que la fábrica de lavandina continuara trabajando), los cánones pagados por el disfrute del bien quedan firmes y no deben restituirse.

17 BORETTO, Mauricio. *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Ed. El Derecho, Colección Académica, Bs.As., 2003, p.28.

18 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo III, Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2018, p.69. Comparando el Derecho argentino con el Common law, cabe destacarse que este ejemplo o supuesto que damos en este párrafo, en el Derecho anglosajón no se resuelve bajo la teoría de la frustración del fin (*frustration of purpose*) sino a la luz de la teoría de la *impossibility of performance* y como caso de "*change in law*" (Restatement -second- of Contracts, section 264). Certain basic types of situations generally qualify to discharge contractual obligations under the doctrine of impossibility of performance. Thus, a change in law renders performance illegal. An example is a contract to build an apartment building, when the local laws are changed to prohibit the construction of residential rental property at this location. This change renders the contract impossible to perform (MILLER, Roger L; CROSS, Frank B. *The Legal Environment Today: Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*, fifth edition, 2007, p.290).

19 Esta norma ha sido recientemente modificada por la nueva ley de alquileres 27.551 que dice: "*Frustración del uso o goce de la cosa. Si por causas no imputables al locatario, éste se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si no se viese afectada directa o indirectamente la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes*".

5 EL CASO FORTUITO, LA IMPREVISIÓN Y LA FRUSTRACIÓN DEL FIN COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS EFICACES PARA CONJURAR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES PROVOCADAS EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES A CAUSA DE LA PANDEMIA Y CON MOTIVO DE LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS.

La respuesta no es unívoca. Hay que analizar caso por caso para determinar cuál es la herramienta jurídica que corresponde aplicar, de tal modo que alcance una solución equitativa, que contemporee y resguarde -o perjudique lo menos posible- los intereses en juego de ambas partes del contrato.

Ensayemos algunos ejemplos a mano alzada.

a) Luca Zingaretti, italiano, cantante de ópera famoso, es contratado para interpretar la ópera "Nabucco" (de Giuseppe Verdi) en febrero de 2020 en Argentina en el Teatro Colón (todavía en nuestro país en esa fecha poco se sabía del coronavirus y no había emergencia sanitaria declarada). Sin embargo, el artista contrae COVID-19 en Shanghai -donde estuvo previamente- y, si bien no lo mata, si lesiona gravemente sus pulmones y vías respiratorias, lo que le genera una incapacidad permanente total para su actividad profesional, de tal modo que no puede cumplir con su contrato. En este caso, opera el caso fortuito que puede ser invocado por Luca Zingaretti, para eximirse de responsabilidad. Estamos en presencia de una imposibilidad de cumplimiento (art. 955, 1ra. parte y art. 1732 CCyC).

A su vez, las personas que compraron sus entradas para ver la Opera, pueden invocar la frustración del fin con el objetivo de resolver el contrato de espectáculo celebrado, a los efectos de obtener la restitución o reembolso del dinero invertido en la adquisición del ticket. El motivo determinante de la celebración del negocio jurídico, escuchar cantar a Luca en el Teatro, ya no será satisfecho y se ha frustrado definitivamente el interés del acreedor.

(b) Jorge Gómez ha tomado un préstamo bancario hipotecario UVA²⁰ (es decir, se indexa o actualiza mensualmente de manera automática), el que se encuentra en plena ejecución; venciendo en noviembre de 2030. Pero, atento a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno argentino, actualmente no puede trabajar como odontólogo y, por lo tanto, no percibe ningún tipo de honorario que le permita pagar la cuota del mutuo. En este caso, no hay intención alguna de resolver el negocio jurídico. Por el contrario, necesita del inmueble que ha comprado -y que está hipotecado- pues ahí vive con su familia. En este contexto, la prestación a su cargo -el pago de la cuota- se ha tornado excesivamente onerosa desde que, además de la inflación reinante que potencia la UVA, ha perdido toda chance de percibir ingresos por el momento, lo que ha perjudicado su capacidad económica; generando un importante desequilibrio contractual. Necesita readecuar el contrato, de tal modo que, sin extinguirlo, pueda modificarlo de algún modo para continuar su ejecución.

En este caso, si bien el Estado Nacional argentino se adelanta en reajustar los términos de la relación contractual hipotecaria (los llamados "préstamo hipotecarios UVA") a través del dictado del DNU 319/20²¹, preservando la continuidad del vínculo jurídico, en tren de

20 En Argentina, la UVA es un mecanismo que permite actualizar el valor de la prestación según determinados índices ante la inflación existente. Para calcular el *crédito UVA* se debe tener en cuenta que el valor por UVA se actualiza diariamente mediante el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), al tomar los datos del índice de precios al consumidor (IPC), ya que el índice de precios al consumidor está altamente relacionado con el costo de la construcción, aunque tiene menor volatilidad. El valor de la cuota aumenta al ritmo de la inflación por lo que el salario o los ingresos pueden no aumentar en dicha proporción.

21 DNU es la abreviatura de "Decreto de Necesidad y Urgencia" que es dictado por el Poder Ejecutivo y que necesita ratificación legislativa por parte del Congreso o Parlamento para gozar de validez constitucional. Según el art. 99 inciso 3 de la Constitución Argentina: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) *Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.*"

conjeturas -y suponiendo hipotéticamente que el Estado argentino no lo hubiese hecho- bien podría Jorge Gómez invocando la *Imprevisión* intentar adecuar las prestaciones contractuales en los mismos términos que propone el DNU 319/20²² (o de otra manera, claro está); iniciando la acción de revisión que autoriza el art. 1091 CCyC y, a tal efecto, solicitar el congelamiento por seis meses (hasta el día 30 de septiembre del año en curso), de la cuota mensual de su crédito hipotecario -a valor de marzo del 2020- que recae sobre el inmueble que compró, que está precisamente destinado a vivienda única y que se encuentra ocupado -con el referido destino- por Jorge Gómez y su familia. La *Imprevisión*, como ocurre en este caso, cobra importancia a los efectos de readecuar el desequilibrio contractual en aquellos contratos de ejecución diferida o continuada, en los que la parte perjudicada tiene interés en preservar su continuidad.

(c) Mauricio González ha comprado un pasaje aéreo para viajar a Italia, a fin de recorrer el Norte de ese país y, particularmente, conocer la Última Cena de Leonardo Da Vinci en Milán. El pasaje lo compró en agosto de 2019, para viajar en marzo de 2020.

Si nos ubicamos en marzo del 2020, Mauricio se encuentra con que:

- a. Estaban cerradas las fronteras de Italia y Argentina
- b. Debía cumplir cuarentena obligatoria en Argentina y en Italia
- c. Tenía especialmente temor de contagiarse COVID-19 por lo que, aun cuando hipotéticamente las fronteras se hubiesen abierto, el motivo determinante de la compra del pasaje, esto es, viajar para conocer Italia, perdió todo interés. No quería correr riesgos graves en su salud, especialmente porque no había vacuna (y aún no la hay) y el COVID-19 era (y lo es aún) muy contagioso.

Las soluciones posibles para este caso presentan aristas de complejidad.

Casi todas las Líneas Aéreas, en este caso, han ofrecido al pasajero la opción de cambiar la fecha de su vuelo, sin costos ni penalidades (con algunas variantes según la empresa). Es decir, no ofrecen la resolución contractual, esto es, extinguir el contrato restituyendo el dinero. Sin embargo, aun ante la opción del cambio de fecha, tampoco ofrecen al pasajero suspender el pago de las cuotas del precio del pasaje hasta el momento oportuno (para cuando se pueda viajar), si es que el ticket se había adquirido de manera financiada a plazo.

Lo cierto es que tampoco les conviene "económicamente" invocar el caso fortuito para eximirse de responsabilidad ante el incumplimiento, pues ello derivaría en una extinción del contrato -justificada por cierto- con el consiguiente efecto restitutivo del dinero percibido por la venta del pasaje, que es lo que la mayoría quiere evitar.

Es más, juega a favor de la empresa la "imposibilidad de cumplimiento" (art. 955 y 1732 CCyC), que aun siendo temporaria (art. 956 CCyC), extingue la obligación cuando el plazo es esencial o la duración de la imposibilidad frustra definitivamente o de manera irreversible el interés del acreedor.

22 ARTÍCULO 1°.- MARCO DE EMERGENCIA: El presente decreto se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y el Decreto N° 297/20 que estableció la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", y sus normas complementarias. ARTÍCULO 2°.- CONGELAMIENTO DEL VALOR DE LAS CUOTAS: Establécese que, hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la cuota mensual de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal, no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año. La misma medida de congelamiento y por el mismo plazo fijado en el párrafo anterior, se aplicará a las cuotas mensuales de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA).

Pero, reiteramos, aun en este caso, la Empresa debería restituir el dinero al pasajero y, ante el perjuicio económico de perder el precio del pasaje, no lo quieren hacer²³.

De este modo, las Líneas Aéreas "ignoran" lisa y llanamente la teoría de la frustración del fin, ni siquiera en su modalidad "temporal" (arg. art. 1203 CCyC). En otras palabras, imponen al pasajero la aceptación de un "diferimiento" del plazo del cumplimiento de la propia prestación, para "cuando se pueda cumplir" y cese la pandemia (aunque percibiendo ellas, eso sí, en tiempo y forma la prestación del co-contratante, que paga el pasaje de contado o en cuotas). Como no hay causa imputable para el pasajero, no hay penalidades en el cambio de fecha (cuyo límite también impone la Línea Aérea, por ej., para volar hasta el 31/12/20 o hasta el 30/06/20); lo que parece ser un incentivo para aceptar.

Pero quedarnos con esta "solución" es otorgarle al tema una visión sesgada, que solo mira el interés del deudor.

En efecto, si bien es cierto que existe un caso fortuito que impide volar a las Líneas Aéreas como es el cierre de fronteras ordenada por el Estado a causa de la "cuarentena" declarada por el coronavirus, aun cuando las mismas se "abrieran" y vuelvan a la normalidad, lo cierto es que el COVID-19 y la incertidumbre que el mismo genera sobre la salud del pasajero, afectan principalmente el motivo determinante del mismo -quien puede ya no tener interés en viajar (aun cuando la empresa pudiese ejecutar el traslado)-, "interés" que existía al momento de celebrar el contrato de transporte y que lo llevo a concertar dicho negocio (lo que obviamente era conocido por la Empresa aérea).

No hay vacuna, hay peligro de contagio y depende permanentemente de no exponerse a situaciones de riesgo en tal sentido.

Así las cosas, si echamos mano al art. 1203 CCyC -que bien puede aplicarse a nuestro caso *mutatis mutandis*-si el pasajero se ve "*impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención*" (*rectius*: no puede viajar o puede hacerlo pero con riesgo de contagio, etc.); es el propio pasajero (y no la Línea Aérea) quien tiene las dos opciones legales:

23 De todos modos, en la Argentina está vigente la resolución 203/2013 de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) que modifica la resolución 1532 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos que dice: "ARTICULO 12° - INCUMPLIMIENTO DE HORARIOS, ITINERARIOS, CANCELACION DE VUELOS Y DENEGACION DE EMBARQUE. a) Si debido a circunstancias operativas, técnicas o de índole comercial, el transportador cancela o demora un vuelo o la entrega de equipaje por más de CUATRO (4) horas, o deniega el embarque porque no puede proporcionar espacio previamente confirmado (overbooking o sobreventa), o no puede hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero, o causa a un pasajero la pérdida de un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada, el pasajero, tendrá el derecho a: 1.- su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del mismo transportador para su destino, o 2.- al endoso de su contrato de transporte, incluyendo conexiones con espacio confirmado, cuando sea aceptable para el pasajero, o 3.- a ser reencaminado por otra ruta hacia el destino indicado en el contrato, por los servicios del transportador o en los servicios de otro transportador, o por otro medio de transporte, en estos últimos casos sujeto a disponibilidad de espacio. Si la suma de la tarifa, el cargo por exceso de equipaje y cualquier otro cargo de servicio aplicable por la nueva ruta es mayor que el valor de reintegro del billete o de la porción aplicable del mismo, el pasajero no abonará ninguna tarifa o cargo adicional y el transportador reintegrará la diferencia si la tarifa y cargos para la ruta reprogramada son menores: 1.- a la compensación por embarque denegado de acuerdo a las regulaciones del transportador, 2.- a la inmediata devolución, si le correspondiere, del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas. Aquellos pasajeros que, voluntaria y expresamente, acepten la compensación por embarque denegado y a realizar el transporte en alguna de las condiciones detalladas en este inciso, no tendrán derecho a efectuar ningún tipo de reclamo posterior al transportador; sin perjuicio de ser beneficiados con los servicios incidentales que provea el transportador a su cargo ante esta situación. Asimismo, el transportador proporcionará al pasajero, sin cargo para el mismo, los siguientes servicios incidentales: 1.- comunicación telefónica o cablegráfica al punto de destino y comunicaciones locales, 2.- comidas y refrigerios de conformidad con el tiempo de espera que medie hasta el embarque en otro vuelo, 3.- alojamiento en hotel, en el aeropuerto o en la ciudad, cuando la demora de un vuelo exceda las CUATRO (4) horas y 4.- transporte terrestre desde y hacia el aeropuerto. El transportador quedará exento de proporcionar los mentados servicios incidentales a sus pasajeros en los supuestos en que como consecuencia de circunstancias meteorológicas se cancele o demore el vuelo, se demore la entrega del equipaje, no se pueda hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero o se pierda un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada. No obstante, en estos casos, el transportador deberá arbitrar todos los medios a su alcance a fin de que el pasajero reciba información adecuada y veraz sobre las demoras ocasionadas por dichas circunstancias, hasta tanto suministre o reanude el servicio o sea reencaminado a través de los servicios de otro transportador o medio alternativo de transporte."

- resolver el contrato (arg. art. 1203 CCyC) o
- suspender temporalmente el pago de la prestación (mientras no se pueda volar o, incluso, aunque se pueda volar pero hasta que desaparezcan los peligros del contagio, etc.; en cuyo caso el pasajero no tendría porque aceptar la imposición de un límite irrazonable a la nueva fecha de vuelo por parte de la Empresa aérea).

Adviértase, entonces, que siempre es el acreedor de la prestación - en este caso, el pasajero- quien tiene la opción. No la empresa transportista, quien - como dijimos- si podría invocar la imposibilidad de cumplimiento, sin responsabilidad, para extinguir el contrato, pero restituyendo siempre el dinero.

No obstante, entre las opciones a favor del pasajero, no está la de verse "obligado" a posponer la fecha del viaje (o sea, aceptar sin más el diferimiento del cumplimiento de la prestación, que el propio deudor -por su mayor poder negocial- le impone). Distinto sería el caso si, en esta situación, se le concediera concomitantemente al acreedor la facultad de suspender el cumplimiento de la propia prestación (en caso de que el pago del precio no haya sido de contado) y se hubiesen disipado los riesgos del contagio y, a su vez, el pasajero tuviese interés en volar.

En suma, entendemos modestamente que en la situación actual -dentro del contexto antes explicado- los pasajeros podrían, sin inconvenientes, solicitar la restitución del dinero del pasaje; resolviendo el contrato, invocando a tal efecto la frustración del fin del contrato (arts. 1090 y 1203, CCyC).

6 CONCLUSIÓN

Con el presente aporte doctrinario, hemos pretendido describir a la luz del Derecho argentino el impacto en las relaciones jurídicas contractuales tanto de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo del COVID-19 como su consecuencia inmediata, esto es, la "cuarentena" o "confinamiento", hechos extraordinarios e imprevisibles sin precedentes que alteraron las "bases" de los distintos negocios jurídicos, provocando un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración; generando, de este modo, la necesidad de revisar el contrato a través de los diferentes mecanismos previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico con el único objetivo de reestablecer el equilibrio originario de las prestaciones, preservar su continuidad y evitar, en lo posible, su extinción.

REFERENCIAS

BORETTO, Mauricio. *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Ed. El Derecho, Colección Académica, Bs.As., 2003.

BORETTO, Mauricio. Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación en *Revista Código Civil y Comercial*. Thomson Reuters, La Ley, año V, número 9, octubre 2019.

EXNER, Adolfo. *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*. traducción Emilio Milana y Villagrasa, Victoriano Suarez, Madrid, 1905.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo II (2017) y tomo III (2018). Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As..

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo III, Bs. As., Ministerio de Justicia, 2015.

CARESTIA, Federico en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. HERRERA, Marisa; CARAMELLO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (Directores). tomo III, Bs. As., Ministerio de Justicia, 2015.

LORENZETTI, Ricardo. La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-1.

LORENZETTI, Ricardo. *La emergencia económica y los contratos*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2002.

LORENZETTI, Ricardo (Director). *Código Civil y Comercial Comentado*, tomo VI. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

HERNANDEZ, Carlos en "Código Civil y Comercial Comentado", director Ricardo Lorenzetti, tomo VI. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

MILLER, Roger L; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007.

Recebido em: 02.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

BORETTO, Mauricio. Revisión contractual y emergencia sanitaria: problemas jurídicos que traen consigo el "covid-19" y la "cuarentena obligatoria". Una mirada dela cuestión desde la óptica del Derecho Argentino. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.155-173, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.