

# COVID-19 Y DERECHO

## CONTRATOS

IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA  
CONTRACTUAL • CONTRATOS TURÍSTICOS  
• CONTRATOS DE CONSUMO

### AUTORES:

ARCOS VALCÁRCEL, Sandra S.  
ARIAS CÁU, Esteban J.  
BARREIRO, Karina M.  
BRANDONE, María Mercedes  
CALVO COSTA, Carlos A.  
CRUZ MATTERI, Juan Ignacio  
FERNÁNDEZ, Leonardo F.  
GARCÍA FUENTES, Mateo  
GULLELMOTTI, Gerardo M.  
HERSALIS, Marcelo J.  
ITALIANO, Matías A.  
KOULINKA, Andrea L.  
KRIEGER, Walter F.  
MEDINA, Graciela  
NAGER, María Agustina  
NASIF, Sofía  
RIVERA, Julio César  
VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.  
WAJNTRAUB, Javier H.

Julio 2020

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 0024-1636  
RNPI: En trámite  
Suplemento del Diario La Ley

Todos los derechos reservados  
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

# COVID-19 Y DERECHO

## CONTRATOS

IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA  
CONTRACTUAL • CONTRATOS TURÍSTICOS  
• CONTRATOS DE CONSUMO

### AUTORES:

ARCOS VALCÁRCEL, Sandra S.  
ARIAS CÁU, Esteban J.  
BARREIRO, Karina M.  
BRANDONE, María Mercedes  
CALVO COSTA, Carlos A.  
CRUZ MATTERI, Juan Ignacio  
FERNÁNDEZ, Leonardo F.  
GARGÍA FUENTES, Mateo  
GULLELMOTTI, Gerardo M.  
HERSALIS, Marcelo J.  
ITALIANO, Matías A.  
KOULINKA, Andrea L.  
KRIEGER, Walter F.  
MEDINA, Graciela  
NAGER, María Agustina  
NASIF, Sofía  
RIVERA, Julio César  
VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.  
WAJNTRAUB, Javier H.

Julio 2020

THOMSON REUTERS

LA LEY



## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García  
Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

### **Constitucional**

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Ana Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **Penal**

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Covi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Carlos Parellada  
Máximo Gonzalo Sozzo

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

## IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA CONTRACTUAL

Los contratos frente a la pandemia <i>Julio César Rivera</i> .....	3
Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia <i>Carlos A. Calvo Costa</i> .....	21
Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado <i>Graciela Medina</i> .....	37
Coronavirus y tutela preventiva en los contratos. Artículo 1032 del Código Civil y Comercial <i>Leonardo F. Fernández</i> .....	59
Soluciones contractuales en situaciones excepcionales <i>Mateo García Fuentes</i> .....	76
Los impactos del COVID-19 sobre la contratación en el marco de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales <i>Marcelo J. Hersalis</i> .....	80

## CONTRATOS TURÍSTICOS

Contratos turísticos y COVID-19: principios generales para la adecuada renegociación de los contratos de prestaciones turísticas. Una mirada superadora <i>Sandra S. Arcos Valcárcel</i> .....	95
Coronavirus y la mayor crisis del turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas <i>Karina M. Barreiro</i> .....	105
El impacto del COVID-19 en el turismo <i>Andrea L. Koulinka</i> .....	113

Lo que nos va a dejar el COVID-19: demandas por incumplimiento de contratos de servicios de turismo <i>Juan Ignacio Cruz Matteri - María Mercedes Brandone</i> .....	119
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## CONTRATOS DE CONSUMO

Emergencia sanitaria, pandemia y defensa del consumidor <i>Esteban J. Arias Cáu - Sofía Nasif</i> .....	135
El consumidor en época de aislamiento. Problemática actual. Servicios en general, de medicina y bancarios. Medios de pago <i>Gerardo M. Gullelmotti</i> .....	147
El art. 4º bis de la ley nacional 24.240 <i>Matías A. Italiano</i> .....	155
El derecho del consumidor en la pandemia: aportes para la crisis y para el después <i>Walter F. Krieger</i> .....	159
Reclamos ante las autoridades de defensa del consumidor <i>María Agustina Nager</i> .....	166
Una nueva categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada <i>Roberto A. Vázquez Ferreyra</i> .....	172
Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa <i>Javier H. Wajtraub</i> .....	176

# IMPACTO DEL COVID-19 EN MATERIA CONTRACTUAL

---



# Los contratos frente a la pandemia

Julio César Rivera (\*)

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

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

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

Lo haremos en tres partes:

— en la primera, describiremos lo que a nuestro juicio deberían ser las conductas a seguir por los abogados llamados a asesorar en este tiempo; y lo mismo respecto de las empresas en sí mismas;

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

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

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

Los abogados recibimos consultas sobre los efectos de la pandemia sobre los contratos que están en curso; en ese caso, lo primero que se recomienda enfáticamente es estudiar concienzudamente cada contrato o cada negociación en particular para conocer sus peculiaridades

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

Esto implica:

---

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

(\*\*) “...cuando en tiempo de guerra el locatario se obligó a dejar su habitación o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá hacer rescindir el contrato u obtener la disminución del precio o la cesación momentánea del pago del alquiler” (Vélez Sarsfield, nota al art. 1522 del Código Civil). Como dice Larenz, el requisito es que el acontecimiento exterior constituya “un verdadero caso fortuito para quien ha contratado, como sucede con el hecho del príncipe, la guerra, la peste”, etc. (RIVERA, Julio C., “La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación 1987”, RDCO 1987-867).

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

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

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

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

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

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

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

### III. Los seguros

Una cuestión que debe ponderarse es la existencia de seguros.

Algunas pólizas de seguro brindan cobertura de interrupción de negocios; sin embargo, como prerrequisito para la cobertura, estas pólizas frecuentemente requieren pérdidas físicas

directas a la propiedad del asegurado, sus clientes o sus proveedores.

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

### IV. La empresa. Acciones a tomar

No es cuestión de simplemente esperar y soportar los efectos del coronavirus. Las compañías pueden y deben tomar acciones en previsión de la continuación de la pandemia y tratar de mitigar sus efectos.

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

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

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

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

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

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

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

## V. Las negociaciones contractuales

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

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

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

### VI.1. Texto legal. Interpretación

El art. 1730 Cód. Civ. y Com. dispone: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad excepto disposición en contrario”.

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

habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

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

### VI.2. Condiciones de aplicación

Los siguientes aspectos deben ponderarse en cada caso en particular:

El hecho que se pretende liberador debe ser:

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

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

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

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

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

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

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

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

Así surge con toda claridad del art. 955 Cód. Civ. y Com., conforme al cual “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito

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

o fuerza mayor, extingue la obligación sin responsabilidad”.

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

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

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

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

- material;
- legal; o
- personal.

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

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

La imposibilidad es personal cuando el *casus* afecta al obligado mismo. Así, el contrato de trabajo se extingue por muerte del empleado;

y en general los contratos *intuitu personae* se extinguen por la muerte del obligado a la prestación personal.

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

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

### VII. La teoría de la imprevisión

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

#### VII.1. Texto legal

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

---

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

## VII.2. Condiciones de aplicación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Muchos acontecimientos son en abstracto previsibles: la inflación, las alteraciones de un tipo de cambio, el precio de los *commodities*, la

muerte de una persona física o el cambio de una determinada política estatal (3). Pero puede ser *no previsible* que acontezcan en la vida prevista del contrato. Con lo cual el acontecimiento era *previsible*, pero su acaecimiento resulta *imprevisto*.

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

Un ejemplo de la vida real puede servir para ilustrar nuestro discurso: en la República Argentina se estableció en algún momento (por 1978, aproximadamente) la denominada por el lenguaje coloquial “tablita cambiaria”, una regulación del mercado cambiario que establecía la cotización que tendría el dólar en cada día del futuro. Las partes celebraron contratos en dólares sin decir expresamente que lo hacían ponderando la vigencia de la “tablita”, cuyo mantenimiento anunciaba el gobierno a quien quisiera escucharlo. En 1982 se produce un cambio de gabinete ministerial y el nuevo responsable del área económica pronunció una frase que quedó en la historia: “el que apuesta al dólar, pierde”. Pocos días después se derogó la “tablita”, se liberó el mercado de cambios, se produjo una pronunciada devaluación de la moneda nacional y por ende los obligados en dólares sufrieron un gran perjuicio. Es claro que los cambios de política económica son “previsibles”, lo mismo que las devaluaciones del signo monetario y con mayor razón en la Argentina, donde periódicamente se sucedían crisis económicas muy profundas. Sin embargo, aunque el abandono de la “tablita” era en abstracto previsible y lo mismo la consiguiente devaluación, la jurisprudencia consideró aplicable la teoría de la imprevisión. Porque este cambio de política económica y esta devaluación fueron imprevisibles en concreto. O, si se quiere, la vigencia de la “tablita” constituyó una “presuposición”

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

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

de las partes o mejor aún, una base objetiva sobre la cual se celebró el contrato, y su desaparición justificaría la revisión o extinción de este, aunque tal desaparición hubiera sido en abstracto previsible.

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

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

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

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

#### VII.3.c. Importancia relativa de la imprevisibilidad

En fin, las nociones de imprevisto o imprevisibilidad no solo no son unívocas, sino que además han dejado de ser el núcleo del tema de la

revisión del contrato que se ha tornado excesivamente oneroso.

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

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

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

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

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

Esto es muy importante; es que se advierte que todos tenemos tendencia a suponer que un acontecimiento que sucedió era previsible, es más, era inexorable que se produjera. Un ejemplo es la crisis argentina de 2002: todos

---

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

los gurúes económicos pero también la generalidad de la población concluyeron en que la crisis se veía venir y que era inevitable. Pero lo cierto es que la mayor parte de la población, y entre ellos los mismos gurúes, no habían adoptado conductas que tuvieran en cuenta ese futuro “tan previsible”.

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

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

#### VII.4. La excesiva onerosidad

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

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

(6) CONTHE, Manuel, “La paradoja del bronce”, Ed. Crítica, Barcelona, 2007, p. 13. En el cap. 4, a partir de p. 106 explica concretamente en qué consiste el sesgo retrospectivo, con cita de experimentos que lo demuestran a las claras.

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

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

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

#### VII.4.a. Prestación tolerable

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

#### VII.4.b. Cláusula de ajuste

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

Y ello supone que el perjudicado puede invocar que el ajuste previsto es insuficiente. Por ejemplo, en contratos entre empresas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### VII.6. Derechos del demandado

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

- reconvenir por cumplimiento del contrato;
- frente a una pretensión rescisoria, ofrecer el reajuste;
- frente a una pretensión de reajuste, pretender la extinción del contrato.

En realidad estas opciones del demandado no surgen expresas del art. 1091 Cód. Civ.

y Com., pero no hay razón alguna para negarle estas distintas opciones.

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

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

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

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

### VIII. *Hardship*

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

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

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

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

hechos, generalmente son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión” (10).

### IX. La frustración del fin

#### IX.1. *Texto legal*

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

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

#### IX.2. *Condiciones de aplicación*

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

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

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

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

La causa final objetiva es “el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(11) C1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 30/07/1987, inédito, citado por STIGLITZ, Rubén, “Frustración del fin del contrato”, JA del 17/06/1998; RIVERA, Julio César, “La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión”, ED 179-60.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

responsabilidad pero por caso fortuito y no por la frustración del fin.

(13) CNCiv., sala F, 25/04/1996, AR/JUR/579/1996. La sentencia es relevante porque el tribunal delineó la figura con precisión; así, afirmó que el fin del contrato es el propósito básico de una de las partes, conocido y aceptado por la otra, de manera tal que se objetiva y se convierte en fin de ambas partes; y su frustración se configura cuando la prestación contractual es aún factible pero la

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

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

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

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

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

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

Esta “tutela” se inspira en el *anticipatory breach of contract* y podría operar no solo frente a la insolvencia de la contraparte sino también de cara a un menoscabo significativo de su capacidad de cumplir, lo cual abarca situaciones

finalidad no puede cumplirse por circunstancias ajenas a las partes

de hecho así como también hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar el contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

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

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

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

Todo ello transitoriamente.

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

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

Ahora bien; si quien puede lo más puede lo menos, el dueño de la obra o el comitente si es una locación de servicios también puede suspender la ejecución del contrato si la imposibilidad fuera transitoria. Así lo señala la doctrina con relación a la locación de obra, en el cual el efecto de la imposibilidad transitoria es la sus-

pensión del plazo para cumplir con la obra (14); entendemos que la misma *ratio legis* —que no es otra que facilitar la continuidad del vínculo contractual— debe aplicar a la locación de servicios, permitiendo entonces suspender la vigencia del contrato mientras dure el impedimento.

## XI. Alguna noticia sobre el derecho comparado

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

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

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

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

Cabe señalar que si bien la doctrina de la frustración del fin del contrato tiene un obvio origen jurisprudencial, como veremos seguidamente, algunos aspectos —en particular, la alocación

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

(15) Sobre la regulación propuesta en el Proyecto de Unificación de 1987, ver RIVERA, Julio César, "La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa", RDCO 1987-867.

de riesgos y consecuencias— han sido regulados en la Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 (16).

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

Los casos más conocidos son:

— “Taylor v. Caldwell”. Este caso de 1863 es sumamente conocido: se trataba del alquiler de un salón para realizar cuatro conciertos, pero el local se incendió. El locatario pretendió una indemnización por incumplimiento del contrato, pero la acción fue rechazada con el argumento de que el incendio hizo imposible cumplirlo. Obviamente en los países del *civil law* el caso se hubiera resuelto por aplicación de las reglas sobre el caso fortuito, suponiendo que el incendio en el caso concreto hubiera sido realmente no imputable al locador.

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

— “Fibrosa Spolka v. Fairbairn” [1943]. Una empresa inglesa que fabricaba maquinaria tex-

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

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

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

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

(16) Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>. Muy probablemente esta legislación estuvo dirigida a resolver conflictos contractuales causados por la guerra.

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

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

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

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

---

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

(18) Seguimos la exposición que hace THOMS, Anahita, “Coronavirus: A Global Guide to Force Majeure and Mitigating Measures on Supply Chains”, disponible en <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/coronavirus-a-global-guide-to-force-majeure>.

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

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

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

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

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

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

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

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

Un documento emanado del estudio Mayer/Brown indica que en febrero de 2020 el gobierno chino emitió más de tres mil certificados que

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

### XI.3. Francia

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

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

(19) Disponible en <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/03/coronavirus-covid19-construction-frustration-force-majeure-what-does-contract-law-say>.

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

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

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

El nuevo art. 1195 dispone: "Si un cambio imprevisible de circunstancias al final del contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no ha aceptado correr el riesgo, esa parte puede solicitar una renegociación del contrato a su socio contratante. Continúa cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación. En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la terminación del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o solicitar al juez de común acuerdo que proceda con su adaptación. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin a la fecha y en las condiciones que él fije" (22).

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

El informe al presidente sobre la ordenanza de 2016 indica que el nuevo art. 1195 tendría un valor adicional, que las partes del contrato pueden excluir, extender u organizar de manera

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

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

diferente (mientras que lo imprevisto en el derecho administrativo tiene un carácter de orden público). De hecho, el artículo menciona como condición de su aplicación que ninguna de las partes haya aceptado asumir el riesgo del cambio de circunstancias.

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

#### *XI.4. Otros países*

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

El caso de Alemania es muy singular. Por efecto de las guerras, los procesos hiperinflacionarios y otras calamidades que distorsionaron profundamente los contratos, su revisión o extinción fue rápidamente aceptada por la jurisprudencia con el solo fundamento del principio de buena fe consagrado en el art. 212 del BGB. Por lo demás, la doctrina se ocupó extensamente de la materia, siendo pioneros los trabajos de Windscheid, Lenel, Oertmann y Larenz, entre otros. Finalmente, la doctrina de las bases del contrato, elaborada en su versión más afiada por Larenz, ingresó al BGB con la reforma del año 2002 (23).

---

(23) V. RIVERA, Julio César, “La reforma al Código Civil Alemán”, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Dr. Jorge Avendaño Valdés, Lima, 2004, t. II, p. 989. Concretamente el art. 313 del BGB dice ahora: “Alteración de la base del negocio. 1) Sin con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo. 2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos. 3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las

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

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

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

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

En cambio, ha sido aceptada por la jurisprudencia arbitral en “Empresa Eléctrica Guacolda SA c. Empresa Minera Mantos Blancos SA” (fallo arbitral del 25/04/2007) y “Gas Atacama Gene-

---

relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia

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

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

ración SA c. Empresa Eléctrica de Antofagasta SA y otros” (fallo arbitral del 24/01/2008).

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

#### XI.5. Estados Unidos

El art. 2615 del *Uniform Commercial Code* dispone que la demora en la entrega por parte de un vendedor no constituye un incumplimiento si la prestación ha sido impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya *no* ocurrencia fue una suposición básica sobre la cual se hizo el contrato o por el cumplimiento de una regulación u orden de un gobierno nacional o extranjero aplicable, aun cuando después esa orden resulte inválida (26).

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

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

---

(26) El texto completo es el siguiente: “§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions. Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid. (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller’s capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contracts well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable. (c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.”

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

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

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

#### XI.6. Convención de Viena

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

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

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

## XII. Interferencias legislativas en los contratos en curso

Es obvio que los gobiernos van a dictar medidas que van a interferir en los contratos en curso de ejecución. Sea con la finalidad de proteger a

---

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

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

los consumidores financieros, a los inquilinos o las partes más débiles de las distintas relaciones jurídicas, seguramente asistiremos a una fiebre legisferante como ya hemos vivido en la Argentina en muchas oportunidades (29). Sin ir más lejos, durante la crisis económica de 2001-2002, la ley 25.561 es un ejemplo palpable de interferencia del Estado en los contratos privados, habiendo sido seguida por infinidad de disposiciones del Banco Central y de otras autoridades más o menos competentes.

Cabe puntualizar que esto no sucede solo en la Argentina. Es muy conocido el antecedente de la “Loi Failliot” (Francia, ley de 21/01/1918) aplicable a ciertos contratos celebrados antes de la guerra y que autorizaba a demandar la resolución o la suspensión de los contratos si quedaba establecido que por razón del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes entrañaría esfuerzos o le causaría un perjuicio cuya importancia superara en mucho las previsiones que pudieron ha-

---

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

ber sido razonablemente hechas a la época del contrato (30). En España hubo una ley sobre los contratos afectados por la guerra civil y en Alemania se dictaron leyes en ambos períodos de posguerra.

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

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

---

(30) A pesar de que esta ley implicaba aceptar la revisión de los contratos devenidos excesivamente onerosos por causa de la guerra, la Cour de Cassation deseosa de defender las previsiones de las partes, interpretó muy estrictamente la ley limitando su aplicación solo a los contratos comerciales y excluyendo la inexecución culpable: Cass. Req. 30/06/1919, “Hardy/Commune de Clisson”, DP 1920, 1, p. 74 et Cass. Civ., 29/07/1926, “Société d’anthracite et de talc/Commune de La Garde”, S. 1926, 1, p. 372 et Cass. Req., 23/12/1919, “Société anonyme des établissements Mège/Compagnie fuxéenne d’éclairage par le gaz et l’électricité”, DP 1920, 1, p. 29.

# Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor

## Importancia y aplicación en situaciones de emergencia

Carlos A. Calvo Costa <sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. La imposibilidad de cumplimiento.—  
III. El caso fortuito y la fuerza mayor.— IV. Conclusión.

### I. Introducción

Las circunstancias que estamos transitando en la actualidad han provocado, provocan y provocarán efectos anormales y no deseados en las relaciones jurídicas. Las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional a través de sus decretos de necesidad y urgencia ante la pandemia, en un contexto de emergencia sanitaria, han determinado —entre otras cosas— el aislamiento social, preventivo y obligatorio (con la consecuente paralización de muchas actividades económicas y laborales por el tiempo allí previsto) y también han producido efectos sobre determinadas situaciones jurídicas contractuales (p. ej., hipotecas y alquileres); son consecuencias que no han podido ser previstas por las partes al momento de convenir sus derechos y deberes.

Sabemos que —como regla general— el incumplimiento de las obligaciones es generador de responsabilidad civil y, *a priori*, quien incurre en él debe reparar las consecuencias disvaliosas emanadas de esa falta de cumplimiento. Sin embargo, si el incumplimiento obligacional se produce por una causa sobreviniente no imputable a la conducta del deudor, la obligación es susceptible de ser extinguida sin que éste deba reparar daño alguno al acreedor. El Código Civil y Comercial prevé distintas normas genéricas aplicables cuando ello sucede, que habre-

mos de abordar seguidamente. Y en ello, claro está, adquieren sideral importancia también el caso fortuito y la fuerza mayor, institutos que —a los fines de los efectos jurídicos— el derecho argentino toma como sinónimos, más allá de las diferencias conceptuales y del origen que se atribuye a cada uno de ellos, a los cuales nos referiremos posteriormente.

Advertimos al lector que nos referiremos a estos institutos con carácter general, sin abordar —por lógicas razones de extensión— las normas particulares que en el ordenamiento jurídico nacional se refieren a ellos en otras áreas del derecho: contratos, derechos reales, derecho de familia, derecho del consumidor, seguros, etcétera.

### II. La imposibilidad de cumplimiento

#### II.1. Importancia del instituto

Si bien, como hemos mencionado precedentemente, la regla general que impera en la materia determina que el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación a su cargo, su responsabilidad se torna inexistente cuando la prestación resulta imposible de ejecutar en razón del *casus* genérico del art. 1730, Cód. Civ. y Com. En tal sentido, decía el *Digesto*: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

El art. 955, Cód. Civ. y Com., dispone expresamente en su primera parte: “La imposibilidad

(\*) Abogado. Doctor en Derecho. Profesor titular regular de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho (UBA).

sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”.

Es decir, el efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación es la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta del deudor.

La cuestión fundamental de la responsabilidad por incumplimiento recae sobre la configuración de la prueba liberatoria a cargo del deudor; por ende, será el *solvens* incumplidor quien deberá acreditar algún extremo idóneo para sustraerse a la obligación de tener que reparar el daño ante la falta de ejecución de la prestación comprometida **(1)**. Ello así, puesto que el acreedor de una obligación preexistente persigue la realización de su interés, y, por ende, el deudor está constreñido a cumplir con la prestación prometida; de no cumplirse ello, el deudor estará obligado a resarcir los daños provocados por su incumplimiento, a no ser que éste haya sido provocado por una causa que no le es imputable. Aquí es donde se torna relevante el instituto de la *imposibilidad de cumplimiento*, que —como lo expresa una calificada doctrina— es una consecuencia del caso fortuito (que luego analizaremos), aunque a los fines de la exoneración del deudor ambos conformen en materia obligacional un todo inseparable **(2)**; sin embargo, es importante destacar que presentan diferencias conceptuales, toda vez que la imposibilidad de cumplimiento resulta ser una consecuencia del caso fortuito, por lo cual el deudor deberá demostrar que ese he-

cho imprevisible, irresistible e inevitable le imposibilita cumplir con la prestación asumida.

## II.2. Requisitos

Para que medie imposibilidad de cumplimiento como causa de extinción de las obligaciones, se deben configurar los siguientes requisitos:

— *Que la prestación se haya tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida.* La imposibilidad aludida en el Código Civil y Comercial puede ser física o jurídica. Habrá imposibilidad física cuando la prestación sea de realización físicamente imposible, como suele suceder en las obligaciones de hacer *in tuitu personae* ante el fallecimiento del deudor obligado (v.gr., muerte del pintor famoso obligado a pintar un cuadro determinado). En cambio, habrá imposibilidad jurídica cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida (v.gr., la venta de una cosa que haya sido puesta fuera del comercio; o la prohibición legal de ejecutar una actividad en una zona determinada, etc.).

La mera dificultad (*difficultas praestandi*) **(3)**, por más complicada que ella sea, no da lugar a esta causal de extinción; por el contrario, debe tratarse de una verdadera imposibilidad. Debe destacarse, además, que la imposibilidad de cumplimiento debe ser también *sobrevenida*, es decir, debe ser posterior al acto que ha generado la obligación, ya que, si fuera contemporánea al otorgamiento del acto o contrato, nos encontraríamos con que existe un efecto originario fundamental por la falta de objeto —la prestación—, por lo que el problema sería la validez o no de la relación obligatoria, es decir, una cuestión de nulidad **(4)**.

(1) SANTORO, Guido, “La responsabilità contrattuale”, Cedam, Padova, 1992, ps. 5 y ss.

(2) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. 1, p. 370; PICASSO, Sebastián, “La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2009-I-125, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe; PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 339.

(3) FRANZONI, Massimo, “Colpa presunta e responsabilità del debitore”, Ed. Cedam, Padova, 1988, p. 388; GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad contractual”, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, t. 2: “El juicio de responsabilidad”, ps. 103 y ss.

(4) JORDANO FRAGA, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 151; MAYO, Jorge, comentario al art. 888, en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, t. 2-B, p. 337.

Debe quedar claro también, como lo establece el art. 955, Cód. Civ. y Com., que dicha imposibilidad debe ser *objetiva, absoluta y definitiva*:

1) por *objetiva* debe entenderse que el impedimento esté referido al contenido de la prestación en sí y por sí considerada, con abstracción de todo elemento que sea extrínseco a la prestación misma (5). Cabe aclarar, entonces, que cuando hablamos de imposibilidad objetiva lo hacemos refiriéndonos al objeto de la obligación, mientras que cuando se habla de imposibilidad subjetiva se hace hincapié en la persona del deudor. A modo de ejemplo, se puede decir que la muerte de un caballo de carrera que constituía la cosa a entregar por el deudor para cumplir con la obligación provoca una imposibilidad de cumplimiento absoluta y *objetiva*;

2) por *absoluta*, aquella que no puede ser vencida por las fuerzas humanas (6), por lo cual la prestación no puede ser llevada a cabo por nadie. En razón de ello, si existiera alguna persona que —en una situación análoga— pudiera llevar a cabo el cumplimiento, ya no nos encontraríamos en presencia de una imposibilidad absoluta, sino —tal vez— de una de tipo relativa; y

3) por *definitiva*, que no puede ser cumplida la prestación con posterioridad a la ocurrencia del hecho impeditivo. En realidad, aun cuando el ordenamiento jurídico argentino prevea también el supuesto de que la imposibilidad sea temporaria (art. 956, Cód. Civ. y Com.), la absoluta es la única clase de imposibilidad que exonera al deudor de cumplimiento, ya que la temporaria sólo suspende la ejecución de la obligación y exime al deudor de la reparación del daño moratorio que pueda sufrir el acreedor (7).

(5) OSTI, Giuseppe, “Impossibilità sopravveniente”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, t. VIII, p. 288.

(6) OSTI, Giuseppe, “Impossibilità sopravveniente”, *ob. cit.*, t. VIII, p. 289.

(7) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 313.

— *Que la imposibilidad se haya producido sin culpa o dolo del deudor*. La imposibilidad, en consecuencia, no debe ser imputable al deudor, puesto que, en tal caso, no sólo no extinguiría la obligación, sino que agravaría la situación de éste, quien además deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione por ello al acreedor, como veremos seguidamente. Así lo establece el art. 955, *in fine*, Cód. Civ. y Com. Por ende, la prestación debe tornarse imposible en razón del caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730, Cód. Civ. y Com.), es decir, sin culpa o dolo del deudor.

— *Que el deudor no responda por caso fortuito*. Si el deudor ha asumido a su cargo el responder aun por caso fortuito, no podrá exonerar su responsabilidad y responderá por el incumplimiento. Así lo dispone en nuestro Código Civil y Comercial el art. 1733, inc. a). Volveremos más adelante sobre esta cuestión. Debemos aclarar aquí que el alcance del *caso fortuito* como hecho liberatorio es una cuestión compleja, compuesta por dos elementos: uno objetivo —la imposibilidad sobrevenida— y otro subjetivo —la no imputabilidad del deudor— (8). La imposibilidad sobrevenida es así un elemento que integra el hecho complejo que importa el acontecimiento impeditivo, puesto que mientras no ocurra la referida imposibilidad, carece de relevancia que el hecho tenga las características del caso fortuito (9) (es decir, el deudor, pese a la ocurrencia del caso fortuito, puede cumplir con la prestación asumida). Por ende, resulta importante distinguir entre el incumplimiento en sí mismo considerado y el hecho complejo que importa el caso fortuito —incluida la imposibilidad sobrevenida—, en el sentido de que el primero debe encontrarse en relación causal adecuada con el segundo, toda vez que el caso fortuito debe ser la causa determinante del incumplimiento para que el deudor no responda por los da-

(8) Para un mayor detalle del significado del caso fortuito, véase: CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., ps. 790 y ss.

(9) CRISTÓBAL MONTES, Ángel, “El incumplimiento de las obligaciones”, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 184; JORDANO FRAGA, Francisco, “La responsabilidad contractual”, *ob. cit.*, ps. 212 y ss.

ños que ocasione al acreedor con dicha falta de cumplimiento.

### II.3. Supuesto de imposibilidad sobrevenida por causas imputables al deudor

El *id quod interest*: es evidente que cuando esa imposibilidad de cumplimiento de la obligación se ha configurado por alguna causa que es imputable al deudor, en razón de un criterio legal de imputación subjetivo u objetivo, ello no lo liberará de responder por las consecuencias del incumplimiento. Así lo dispone el art. 955, Cód. Civ. y Com., en su parte final: “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”. A idéntica solución habrá de arribarse en el supuesto en que el deudor haya asumido el caso fortuito o exista una disposición legal que lo ponga a su cargo. Destacamos, sin embargo, que aun cuando la obligación se convierta en la de pagar una indemnización dineraria, ello no implica el nacimiento de una nueva obligación, sino que subsiste la obligación primitiva, que sólo sufre una mutación en su objeto, el que va a ser sustituido por el valor de los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento. Es el llamado *id quod interest* (10).

Asimismo, el Código Civil y Comercial también prevé el supuesto de extinción de la obligación para el caso en que la imposibilidad sea solamente *temporaria* y no definitiva, pero limi-

tado a los supuestos previstos en la norma. Así, dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com.: “*Imposibilidad temporaria*. 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”.

Puede ocurrir que la imposibilidad reúna los mismos recaudos previstos en el art. 955, Cód. Civ. y Com., que hemos analizado, pero que, en lugar de ser definitiva, sea temporal o temporaria. Ante ello, cabe preguntarse: ¿debe el acreedor soportar que desaparezca esa causa de impedimento temporaria para poder ver satisfecha la prestación asumida por el deudor? Algunos autores han manifestado al respecto que, de contestarse afirmativamente tal interrogante, sin reserva alguna, podría prolongarse *sine die* el tiempo de incumplimiento, pudiendo llegar a constituir incluso un abuso del deudor el mantener incumplida la obligación sin ningún tipo de consecuencia para el *solvens*. En tal caso, se sostenía ya antes de la sanción del Código Civil y Comercial que debía reconocérsele al acreedor la facultad de asimilar la imposibilidad temporaria a la definitiva para obtener la disolución del vínculo obligacional, aun sin cargo alguno para el deudor, si es que el acreedor no tiene interés en el cumplimiento luego de que ello ocurra (11). Ésta era la solución prevista expresamente en el art. 1256 del Cód. Civil italiano, y la *pregonada por una calificada doctrina extranjera* (12), y que recoge ahora el Código Civil y Comercial en el art. 956. Pero, como lo hemos mencionado anteriormente, la imposibilidad temporaria no exonera al deudor, sino que —salvo que con ella se frustre definitivamente el interés del acreedor— sólo produce una suspensión de los efectos de la relación jurídica durante el período en que persista dicha imposibilidad (v.gr., que no deba abonar el deudor intereses moratorios por no haber cumplido en el plazo pactado); pero, una vez que el evento que provocaba la imposibilidad temporaria desapa-

(11) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Perrot, Bs. As., 1967, t. III, p. 288.

(12) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, “El incumplimiento de las obligaciones”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 104.

(10) Para comprender esta problemática, debemos partir de la existencia de una estructura institucional de la obligación compuesta por dos aspectos o fenómenos que son la deuda o débito y la responsabilidad (*Schuld* y *Haftung* para los alemanes, *devoir* y *engagement* para los franceses, *duty* y *liability* para los anglosajones). De tal modo, estimamos que no existen dos relaciones jurídicas distintas en ambos tramos o aspectos de la obligación, sino que hay una única relación jurídica, ya que ambas fases —deuda y responsabilidad— son inseparables. Es más, gráficamente, podría decirse que la responsabilidad acompaña al débito como la sombra a un cuerpo: allí donde existe una deuda hay un responsable, y viceversa. Por nuestra parte, estimamos que deuda y responsabilidad constituyen tramos inseparables de la obligación, puesto que ambas hacen a la esencia misma del vínculo obligacional: si ellas se escindieran, este último se distorsionaría (véase: CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., ps. 59-62).

rezca, los efectos de las obligaciones asumidas se reanudarán automáticamente **(13)**.

También dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com., que la imposibilidad temporal tendrá efecto extintivo cuando “su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”. Así, el efecto extintivo se producirá cuando el plazo pactado y previsto en la obligación sea esencial: ello guarda lógica y razonabilidad, toda vez que el plazo es *esencial* cuando el tiempo en que debe cumplirse la prestación ha sido un elemento determinante para que el acreedor la celebre, ya que, de no cumplirse en dicha fecha, la prestación no le será útil, dado que carece de interés para él (v.gr., se contrata un servicio de *lunch* para la fecha en que se celebra la fiesta de casamiento del acreedor). El plazo esencial no admite la posibilidad de incumplimiento relativo (cumplimiento tardío) por carecer de utilidad para el acreedor, por lo cual su falta de cumplimiento en término provoca el incumplimiento absoluto de la obligación por parte del deudor.

### III. El caso fortuito y la fuerza mayor

Otros de los institutos a los que vamos a referirnos son el caso fortuito y la fuerza mayor, que comprenden un ámbito mucho más amplio que el de la imposibilidad de cumplimiento, ya que no sólo tendrán incidencia en el ámbito contractual, sino también en el extracontractual, como factores que interrumpen la causalidad; ello así, ya que el hecho que provoca el daño se debe a factores totalmente extraños a la conducta del agente, lo cual imposibilita que pueda ser atribuido a sujeto alguno **(14)**. A raíz de ello, nos encontramos ante un supuesto de causa ajena idónea para fracturar el nexo causal y provocar, por ende, la liberación del demandado, erigiéndose —a tenor de lo dispuesto en el art. 1730, Cód. Civ. y Com.— en la única causal que des-

plaza completamente la autoría del agente **(15)** y exime totalmente de responsabilidad a quien pretende endilgarse el daño.

#### III.1. El caso fortuito y la fuerza mayor en el ordenamiento jurídico argentino

El derogado Código Civil de Vélez Sarsfield establecía en el art. 514: “Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. Se trataba de una norma que se hallaba emplazada en el ámbito de la responsabilidad contractual y que debía ser armonizada con lo dispuesto por el art. 513, que determinaba la irresponsabilidad del deudor ante un supuesto de incumplimiento ocasionado por dicho evento imprevisible e inevitable (podía ser un caso fortuito o un supuesto de fuerza mayor).

El codificador había asimilado —en cuanto a sus efectos jurídicos— el caso fortuito con la fuerza mayor, aunque destacaba en la nota al citado artículo su diferencia conceptual; afirmaba allí: “Los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas; por la naturaleza o por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, p. ej., la impetuosidad de un río que sale de su lecho: L. 15, Dig. *Loc. Cond.*; los terremotos o temblores de la tierra (íd.), las tempestades; L. 2. Dig. *Si quis caution*; el incendio: Dig. *De incendiis*; las pestes, etc. L. 5, § 4, Dig. *Commodato*. Mas los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, mientras que por su intensidad no salgan del orden común. No se debe por lo tanto calificar como caso fortuito o de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los ríos, etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que también traen daños imprevistos. Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos. Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuer-

(13) Véase en este sentido: BÉNABENT, Alain, “Droit des obligations”, Montchrestien, Paris, 2012, 13e éd., n. 339, p. 268.

(14) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - TUNC, André, “Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, Edic. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1977, t. II, vol. II, p. 148.

(15) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, ob. cit., t. I, p. 368.

za mayor, porque son delitos, y como tales están sujetos a otros principios que obligan a la reparación del mal que causen. El artículo habla de ‘casos fortuitos previstos,’ pero no debe entenderse de una previsión precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el art. 1773 del Cod. francés expresa que la estipulación que pone los casos fortuitos a cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino de los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca, y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etcétera.”

Es más, el art. 1570 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield utilizaba ambas designaciones indistintamente: “No siendo notorio el accidente de fuerza mayor [...] la prueba del caso fortuito incumbe al locatario...”

El actual Código Civil y Comercial establece en el art. 1730: “*Caso fortuito. Fuerza mayor.* 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”. Es decir, se trata de un evento de carácter extraordinario, que escapa al control humano, razón por la cual el daño no puede ser imputado a nadie (16).

Este concepto reconoce sus orígenes en el mismísimo derecho romano, en donde el *Digesto* —a través de la fórmula de Ulpiano— establecía que ninguna inteligencia humana puede prever los casos fortuitos (Dig. 50.8.2: *fortuitos casus quod nullum humanum consilium providere potest*), encontrándose tratado también en *Las Partidas* (Partida 7ª, tít. 33, ley 11: “*casus fortuitus*, tanto quiere dezir en romance como ocasión acaesce por ventura de que non se puede ante ver”).

(16) BERTI, Ludovico, “Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova”, Giuffrè, Milano, 2013, p. 82.

Son muchas las normas del Código Civil y Comercial argentino que hacen referencia a los institutos del *caso fortuito* o *fuerza mayor* (entre otros, se alude al “caso fortuito” en los arts. 763, 792, 955, 1201, 1203, 1206, 1371, 1376, 1413, 1536, 1730, 1731, 1733, 1767, 1787, 1975, 2146, 2º párr., 2404, 2515 y 2519, y a la expresión “fuerza mayor” en el art. 1258). Al respecto, debemos recordar que, si bien tradicionalmente se entendía que el caso fortuito estaba referido a los hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor a los actos humanos, hoy el Código Civil y Comercial los asimila expresamente en el art. 1730 que hemos transcrito, como corolario de una pacífica doctrina calificada (17) y de la jurisprudencia que imperaba en nuestro país en las últimas décadas y que consideraba a ambas expresiones como *sinónimos*. También el art. 1612 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 rezaba expresamente en su parte final: “En este Código caso fortuito y fuerza mayor son empleados como sinónimos”. Es más, una prestigiosa doctrina extranjera que también ha tratado el tema afirmaba que carecía de sentido insistir en la distinción conceptual de ambos institutos cuando sus efectos eran idénticos desde lo jurídico (18).

En el campo de las obligaciones, el caso fortuito y la fuerza mayor, una vez configurados, tendrán virtualidad para:

— Eximir al deudor de responsabilidad por incumplimiento, excepto disposición en contrario, como claramente surge de la letra del art. 1730, Cód. Civ. y Com., razón por la cual, cuando la imposibilidad de cumplimiento obedezca a un hecho considerado fortuito, el deudor no deberá responder por ello.

(17) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Platense, La Plata, 1991, t. I, ps. 502-506; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, ps. 300 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 9ª ed., 1ª reimp., nro. 706, p. 307.

(18) JORDANO FRAGA, Francisco, “La responsabilidad contractual”, ob. cit. Afirma que se trata de una “distinción irrelevante en el plano de los efectos de una y otra, y, por tanto, discutir en torno a la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor es una diversión académica” (p. 216).

— Extinguir la obligación por imposibilidad sobrevenida. Aquí es donde se torna relevante el instituto de la imposibilidad de cumplimiento, como lo hemos analizado precedentemente. El art. 955, Cód. Civ. y Com., se encuentra complementado por el art. 1732, Cód. Civ. y Com., que dispone: “*Imposibilidad de cumplimiento*. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”.

Fuera de la órbita convencional, es decir, en el ámbito extracontractual o aquiliano, es muy claro el art. 1730, Cód. Civ. y Com., en cuanto a que el caso fortuito o la fuerza mayor eximen de responsabilidad, por lo cual quien es sindicado *a priori* como autor del daño no responderá, ya que no existirá nexo de causalidad para poder cargar sobre sus espaldas el deber de reparar el perjuicio (19).

A modo de introducción y de ejemplo, y previo a un análisis más profundo del instituto, resta mencionar que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que pueden resultar de aplicación las normas del caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes casos:

a) *Fenómenos naturales*. Las fuerzas de la naturaleza son susceptibles de constituir caso fortuito cuando son extraordinarias y por su intensidad salen de lo común. Sin embargo, se considera que es *ordinario* (y no extraordinario) que las lluvias, los vientos y las inundaciones puedan aumentar su intensidad sin que por ello se consideren inevitables e imprevisibles.

(19) Nos resulta importante destacar que también el art. 1322 del Cód. Civil uruguayo dispone: “Nadie es responsable del daño que proviene del caso fortuito a que no ha dado causa”. Queda claro con dicha redacción que la eximente opera en el plano de la causalidad; por ello, la exoneración cobra importancia debido a que el ofensor no es el autor del daño, al no existir relación de causalidad entre la conducta del agente y el evento dañoso. Ello permite distinguir claramente el caso fortuito de la ausencia de culpa (GAMARRA, Jorge, “Tratado de derecho civil uruguayo”, FCU, Montevideo, 2015, t. XIX, p. 354).

b) *Acto de autoridad pública (hecho del príncipe)*. Se considera tal al emanado de cualquier autoridad pública que impide el cumplimiento de la obligación (v.gr., el dictado de la Ley de Emergencia Económica que instituyó en nuestro país el llamado “corralito financiero”, impidiendo a los titulares de cuentas bancarias disponer libremente de los dólares que tenían depositados en ellas). Muchos autores encuentran configurado en este supuesto el típico caso de fuerza mayor (20).

c) *Guerra*. *Podrá constituir caso fortuito o fuerza mayor únicamente cuando ella ha sido sobrevenida a la formación de la obligación y reúna para el deudor los requisitos propios que requiere el caso fortuito y que expondremos en el apartado siguiente*.

d) *Huelga*. Sólo la huelga ilegal puede configurar un caso fortuito; la huelga declarada legal, según nuestro parecer, evidencia que la actitud de resistencia del empleador ha sido irrazonable y no puede servir para eximirlo de responsabilidad frente a los terceros con quienes hubiera contratado (21).

e) *Hecho de un tercero*. Es el acto emanado de una persona extraña al deudor, el que podrá revestir el carácter de caso fortuito o fuerza mayor en caso de reunir los requisitos del instituto; esto es lo que determina expresamente la última parte del art. 1731, Cód. Civ. y Com. Quedan encuadrados dentro de la órbita del *hecho de un tercero*: el robo, los atentados, los accidentes que sufra el deudor por la responsabilidad de un tercero, etc. También podrían considerarse caso fortuito o fuerza mayor aquellas situaciones que —como lo destaca una calificada doctrina— no reconocen su origen en sucesos naturales (que el avance tecnológico permite controlar cada vez más), sino en acciones humanas ajenas al demandado y que éste no puede impedir, tales como los avatares económicos en países extranjeros, que pueden repercutir lesivamente en los negocios de otros países (v.gr., el “Efecto Te-

(20) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, “Estudios de derecho civil”, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1899, 2ª ed., t. IV, p. 312.

(21) En este mismo sentido: PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, ob. cit., t. I, p. 339.

quila”), así como los atentados terroristas, que causan muertes y destrucción de bienes y hasta desvalorización venal de inmuebles próximos (22).

f) *Enfermedad o accidente del deudor*. La enfermedad del deudor es susceptible de revestir el carácter de caso fortuito o fuerza mayor únicamente si estamos en presencia de una obligación *intuitu personae*, es decir, aquellas en las cuales la prestación puede ser cumplida solamente por el deudor (p. ej., la amputación del brazo que sufre el artista y que le impide realizar la escultura comprometida al acreedor).

g) *Incendio*. Sólo será susceptible de ser atendido como caso fortuito o fuerza mayor en el supuesto de que reúna los requisitos que seguidamente abordaremos.

Luego de esta breve introducción sobre el instituto, nos adentraremos en su estudio.

### III.2. Elementos esenciales para la configuración del caso fortuito

Debemos necesariamente mencionar cuáles son los elementos básicos que deben reunirse para la configuración de un caso fortuito, los cuales también nos brindan los caracteres esenciales —generales y particulares— del instituto.

1) El art. 1730, Cód. Civ. y Com. (al igual que lo hacía su antecedente, el art. 514 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield), que determina lo que debe entenderse por caso fortuito, requiere antes que nada la concurrencia de un elemento objetivo: el *acontecimiento o suceso* (23). Nada especifica el articulado del Código Civil y Comercial respecto a cuáles son los acontecimientos susceptibles de erigirse en caso fortuito, por

lo que puede destacarse *a priori* que serán muchos los susceptibles de serlo, se trate de un hecho del hombre o bien de un fenómeno de la naturaleza. Lo cierto es que no existe un catálogo cerrado de sucesos que puedan considerarse fortuitos, por lo cual habrá que estar a cada caso en concreto para analizar su configuración o no como tal.

2) Ese acontecimiento debe ser *imprevisible*, tal como reza la citada norma al determinar que el caso fortuito es “el que no ha podido ser previsto”; ello significa que la producción del evento no puede ser anticipada a pesar de emplearse las diligencias del caso (24). Con ello podemos manifestar que no resultará suficiente el enlace causal entre el acontecimiento y el daño para que proceda la exoneración de la responsabilidad, sino que es menester que aquél no haya podido ser previsto o, en su defecto, si ha sido previsible, que no pueda ser evitado (25), como veremos seguidamente. Lo importante es que la naturaleza de la obligación y todas las circunstancias que la rodean (v.gr., lugar donde se ha de ejecutar, características particulares de las partes intervinientes, etc.) brindarán una noción previa de cuál debe ser para ese caso puntual la medida de la previsibilidad. Se sostiene, con acierto, que la imprevisibilidad no es una vaga posibilidad de realización, si no todos los eventos serían previsibles; decir que un evento es imprevisible significa que no hay ninguna razón particular para pensar que él ocurrirá (26). Por ende, la previsibilidad que debe ser tenida en cuenta debe ser una previsibilidad conectada con estándares de carácter abstracto (el hombre común, el hombre avisado, el profesional, etc.), y no una previsibilidad de carácter predominantemente subjetiva, como la que caracteriza a la culpabilidad (27). Asimismo, acertadamente se sostiene que cuando se trata del incumplimien-

(22) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, ob. cit., t. 4, p. 301. Agrega expresamente que “eventualmente, dichos sucesos determinan una imposibilidad para cumplir contratos, que no es causalmente imputable a los deudores, sino a esos casos fortuitos”.

(23) Se destaca la presencia de este elemento también en el derecho comparado. A tal fin, pueden consultarse, entre otros: COTTINO, Gastone, “Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)”, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1960, t. VI, ps. 382-385; CANDIAN, Aurelio, “Caso fortuito e forza maggiore. Diritto civile”, en Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1957, t. II, p. 988.

(24) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, ob. cit., t. 4, p. 302.

(25) TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, “Droit civil. Les obligations”, Dalloz, Paris, 11e éd., n. 798, p. 845.

(26) LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loïc, “Droit de la responsabilité”, Dalloz, Paris, 1998, n. 911, p. 298.

(27) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - TUNC, André, “Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, ob. cit.,

to de contratos, la imprevisibilidad propia del caso fortuito no debe medirse al momento del hecho, sino al de la celebración del acuerdo (28). No soslayamos que algunos autores consideran subsumido este requisito dentro del de *inevitabilidad*, puesto que afirman que, si un acontecimiento es inevitable, carece de sentido juzgar si además pudo o no ser previsto por el demandado (29).

3) Otro recaudo que debe contener el evento para poder ser considerado caso fortuito es el de la *inevitabilidad*. Así lo determina el art. 1730, Cód. Civ. y Com., cuando enuncia que también será tal aquel que, si bien ha podido ser previsto, “no ha podido ser evitado” (redacción similar poseía el anterior art. 514 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield). Basta, para ejemplificar la cuestión, con hacer mención a una inundación que se provoca ante el desborde de las aguas por la crecida extraordinaria de un río, o un tsunami o maremoto provocado a raíz de un sismo en una zona costera, e inclusive un atentado terrorista (30). Para que se configure la inevitabilidad, pues, resulta sustancial que el deudor, por más precavido que haya sido, no haya podido contrarrestar el evento (31), creando de tal modo la imposibilidad de cumplir la obligación comprometida. Debemos aclarar que,

t. II, vol. II, p. 177; PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, ob. cit., t. I, § 51, p. 332.

(28) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, ob. cit., t. I, p. 370.

(29) SALVAT, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, Ed. Tea, Buenos Aires, 1956, 6ª ed., actual. por Enrique V. Galli, t. I, nro. 145. Destaca el tratadista argentino que “en realidad, lo fundamental es el carácter de inevitabilidad. Tanto lo imprevisible como lo previsible, exonera al autor de responsabilidad cuando resulta inevitable. La inevitabilidad está implícita en la imprevisibilidad, porque si el hecho se puede evitar, no se configura la imposibilidad de cumplimiento, que es también necesaria para que se produzca el efecto liberatorio. En uno como en otro supuesto, la producción del acontecimiento es superior a las posibilidades del deudor para impedirlo” (ps. 155-156).

(30) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, ob. cit., t. 4, p. 304.

(31) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. I, ps. 507 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, ob. cit., nro. 713, p. 308.

en materia obligacional, como lo hemos analizado precedentemente, se exige como regla general que la imposibilidad de cumplimiento de una obligación, creada por el caso fortuito, sea sobrevenida, absoluta y objetiva (32), como lo disponen actualmente los arts. 955 y 1732, Cód. Civ. y Com., y como lo venía sosteniendo una calificada doctrina, para quien la imposibilidad será objetiva cuando el impedimento para cumplir está referido a la prestación en sí y por sí considerada (33), pudiendo ser no sólo definitiva, sino también temporaria, como lo dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com.

4) El acontecimiento debe ser *actual*, es decir, debe tratarse de un hecho presente al momento del incumplimiento, no bastando ni su inminencia ni la simple amenaza de su ocurrencia.

(32) TRIMARCHI, Pietro, “Istituzioni di diritto privato”, Giuffrè, Milano, 1996, ps. 346 y ss.; GAMARRA, Jorge, “Tratado de derecho civil uruguayo”, t. XVII, ob. cit., ps. 180 y ss.; JORDANO FRAGA, Francisco, “La responsabilidad contractual”, ob. cit., ps. 154-155. En contra: VISINTINI, Giovanna, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, t. 1, ps. 174-184; la profesora italiana destaca, criticando a Osti, que sólo debe exigirse la “absolutes” como recaudo de la imposibilidad; afirma en su defensa que es equívoca la distinción entre imposibilidad subjetiva y objetiva, puesto que hay impedimentos subjetivos que dan pie a una imposibilidad objetiva cuando, a raíz de la naturaleza de la prestación y por su carácter infungible, los impedimentos determinan para el deudor una imposibilidad efectiva de cumplimiento.

(33) OSTI, Giuseppe, “Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione”, Rivista di Diritto Civile, 1918, ps. 219 y ss.; LARROUMET, Christian, “Droit civil. Les obligations”, Ed. Economica, París, 1996, p. 782; BUERES, Alberto J., “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 17, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 1998, p. 113. Véase, además, en este sentido, el profundo análisis que ha realizado el profesor Bueres en su trabajo referido a la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual; en él, destaca que se ha superado el antiguo criterio que determinaba estar en presencia de una imposibilidad objetiva cuando la prestación no puede ser satisfecha por el deudor concreto ni por cualquier otra persona; agrega, además —citando a autores italianos de la talla de Osti y de Giovene—, que en las prestaciones infungibles (obligaciones intuitu personae) las aptitudes del deudor se objetivizan (BUERES, Alberto J., “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual”, en Estudios de derecho civil: obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestroza, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, t. I, p. 168).

En razón de ello, no podrá alegarse el hecho futuro, que resultará incierto, ni un hecho hipotético, ya que el deudor no puede pretender excluir su responsabilidad fundándose en una mera posibilidad de producción (34). Algunos autores argentinos sostienen que debe tratarse de una actualidad lógica antes bien que cronológica, ya que lo importante es que el hecho *tenga incidencia actual*, y ejemplifican su postura con el caso de la cosa cierta vendida que se pierde por un hecho fortuito antes de la fecha prevista para la entrega (arts. 755, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.), supuesto en el cual se produce el incumplimiento del vendedor, quien de todos modos quedará liberado, aun cuando ese hecho ocurra con posterioridad (35).

5) El hecho debe ser *extraño o inimputable* al deudor. En ello resulta contundente la letra del art. 1733, inc. d), Cód. Civ. y Com.: “*Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento*. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: [...] d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa...” Similar redacción presentaba el antiguo art. 513 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield, al establecer que el deudor no sería responsable de los daños e intereses que se originaren al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, “...a no ser que [...] éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor”. Este supuesto es el denominado por los romanos como *casus dolus vel culpa determinatus* (que no constituye causa ajena), en donde el daño se produce por un caso fortuito que deriva, a su vez, de un hecho humano doloso o culposo en sentido estricto (36), que puede ser tanto del mismo deudor (art. 1724, Cód. Civ. y Com.) como también de sus auxiliares o dependientes

(34) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, “La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 180-181.

(35) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto, “Derecho de obligaciones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, 4ª ed., nro. 837, p. 407.

(36) DE CUPIS, Adriano, “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil”, trad. de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 214.

(arts. 732 y 1753, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, si la imposibilidad de cumplimiento resulta de la culpa exclusiva del deudor o del sindicado como responsable (v.gr., si, tratándose de una prestación *intuitu personae*, el deudor no puede cumplir en razón de haberse enfermado por causas a él imputables, p.ej., sobredosis de drogas), el *casus* no se configura, puesto que culpa y caso fortuito son nociones incompatibles (37).

Finalmente, como lo hemos profundizado en otra doctrina de nuestra autoría, a la cual remitimos (38), debemos destacar que el requisito de la *extraneidad* o inimputabilidad exige que los eventos, para poder ser considerados fortuitos, deben ser extraños a la actividad desarrollada por el deudor de la obligación y, por ende, inevitables desde su situación (39). También el recaudo que exige que el hecho deba ser *extraño* implica que sólo habrá caso fortuito cuando el demandado no ha colocado ningún antecedente idóneo (por acción o por omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente (40).

6) En materia de obligaciones, que es el ámbito en el que efectuamos nuestro análisis, se requiere también que el caso fortuito sea *sobrevenido* (es decir, que el hecho se haya configurado con posterioridad al nacimiento de la obligación) y debe provocar un obstáculo absoluto e insupe-

(37) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, ob. cit., t. 1. Destacan los autores que el requisito de exterioridad del caso fortuito exige que no concurra con una culpa del demandado ni constituya una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad, ya que, si ello ocurre, entonces no hay propiamente caso fortuito, y el sindicado como responsable responde por el total del daño causado a la víctima (arts. 379-380).

(38) CALVO COSTA, Carlos A., “El caso fortuito como eximente ante las obligaciones de seguridad”, RCyS 2004-149 y ss.

(39) Véase: EXNER, Adolf, “De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual”, trad. del alemán por Emilio Miñaná y Villagrana, Librería General de Victoria-no Suárez, Madrid, 1905, ps. 133 y ss.

(40) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, ob. cit., t. 4, p. 304. Como ejemplo de ello, afirma la profesora cordobesa que no hay extraneidad si un automotor se desplaza y daña a un tercero en el contexto de una fuerte tormenta, pero la imposibilidad de controlar el vehículo obedece también a un vicio en los frenos del vehículo; o si el deudor que debía prestar servicios personales se enferma con motivo de su ebriedad.

rable para el cumplimiento de aquélla, creando la imposibilidad de cumplimiento a la que nos hemos referido precedentemente.

### III.3. Concepciones subjetivas y objetivas del caso fortuito

Desde hace ya muchos años se ha instalado en la doctrina la discusión en cuanto a si debe efectuarse respecto del caso fortuito una concepción subjetiva o si, por el contrario, debe aprehenderse objetivamente.

Los juristas italianos (41) se han planteado si con la eximente del caso fortuito (o fuerza mayor) se agota el área de los impedimentos susceptibles de convertir en no imputable al deudor la imposibilidad de la prestación. Precisamente con tal finalidad, el Código Civil italiano de 1942 ha reemplazado en el texto del art. 1218 la expresión “caso fortuito” (que se utilizaba en el Código derogado) por la de “causa no imputable al deudor” (*causa a lui non imputabile*, reza la norma) (42), mucho más abarcadora, inclusive, de otra clase de impedimentos, como los internos y personales del deudor.

#### III.3.a. Concepción subjetiva: el caso fortuito como ausencia de culpa

Quienes concibieron la noción de imputabilidad tomando como eje de la discusión la culpa del deudor han sostenido que existirá caso fortuito (o causa no imputable al *solvens*) cuando el deudor —aun aplicando la diligencia debida exigida por la obligación a tenor de lo que disponía el art. 512 del derogado Cód. Civil o del actual art. 1724, Cód. Civ. y Com. (los italianos hablaban de la diligencia del buen padre de familia)— no obtiene el resultado esperado.

Según esta postura subjetivista, la ausencia de culpa es asimilable al caso fortuito, puesto que allí donde finaliza la culpa comienza el *casus*:

(41) VISINTINI, Giovanna, “Tratado de la responsabilidad civil”, ob. cit., t. 1, ps. 189-190.

(42) Art. 1218: “Responsabilità del debitore. Il debitore che non esse gue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

por lo tanto, cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, estamos en presencia del caso fortuito o fuerza mayor (43). Entre quienes sostienen esta posición, cabe destacar a Chironi, Barasi, Savatier, Tunc, Esmein y Windscheid, en el derecho comparado, y a Llambías, Padilla, López de Zavalía y Echevesti, en el derecho nacional.

Así, tal como lo hemos mencionado, para estos autores, que han concebido a la responsabilidad civil desde una postura netamente subjetivista, el caso fortuito es sinónimo de ausencia de culpa del incumplidor, ya que cuando el incumplimiento no es imputable al deudor (obviamente, según este punto de vista, lo será únicamente a título de culpa o de dolo) estaremos en presencia del *casus* (44). De tal modo, no interesa si la imposibilidad es subjetiva u objetiva, sino que lo único relevante consiste en indagar si el deudor ha incurrido o no en culpa; a punto tal que se consideraba que la insolvencia del deudor lo eximía de responsabilidad cuando ello se ocasionaba por acontecimientos no imputables; o bien, como lo mencionaba una calificada doctrina francesa —en un equivocado razonamiento, a nuestro entender—, al determinar que si el fundamento de la responsabilidad es la culpa, y el deudor se exonera de ella por el caso fortuito, éste equivale a la ausencia de culpa (45).

De este modo, el límite de la obligación del deudor estaría dado por la diligencia media (similar a la del buen padre de familia), por lo cual todo lo que exceda ese nivel ingresaría en terreno del *casus*.

(43) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. obligaciones”, ob. cit., t. 3, p. 299.

(44) En este sentido: TUNC, André, “Force majeure et absence de faute en matière contractuelle”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1945, p. 235; SAVATIER, René, “La théorie des obligations en droit privé économique”, Dalloz, París, 1979, 4e éd.

(45) TUNC, André, “Force majeure et absence de faute en matière contractuelle”, ob. cit., ps. 237-238; ESMEIN, Paul, “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, ps. 625 y ss. (en especial p. 627).

III.3.b. Concepción objetiva: el caso fortuito como elemento extraño a la actividad del deudor

Existe otra postura, que estimamos correcta y que no asimila el caso fortuito con la falta de culpa, que denominamos “concepción objetiva”. Según ella, defendida en el derecho italiano por Polacco y Ferrara, entre otros, para la configuración del caso fortuito adquiere una importancia sideral el recaudo del “carácter externo” de la causa impeditiva del cumplimiento, ya que ello permitirá colocar o no sobre las espaldas del deudor incumplidor las consecuencias de la falta de pago fundada en un hecho que —si bien no es directamente imputable a su culpa— no resulta ser “extraño” a su esfera económica como para no poder controlarlo.

En razón de esta concepción objetiva, resulta razonable que se imputen al deudor determinados hechos sobre la base de consideraciones que nada tienen que ver con un examen de su comportamiento negligente (46).

La postura subjetivista ha sido criticada por una moderna doctrina encabezada en nuestro país por Bueres (en diferentes obras publicadas) (47) y Mosset Iturraspe (48), entre otros, y en Uruguay por Gamarra (49), con muy sólidos fundamentos, que sucintamente enunciamos y reproducimos:

(46) VISINTINI, Giovanna, “Tratado de la responsabilidad civil”, ob. cit., t. 1, p. 190. Basta como ejemplo de ello con mencionar el art. 1228 del Cód. Civil italiano, que considera imputable al deudor el hecho de los auxiliares: “Responsabilità per fatto degli ausiliari. Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell’adempimento dell’obbligazione si vale dell’opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro”.

(47) Entre las más relevantes: BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 3ª ed.; “El incumplimiento de la obligación y responsabilidad”, ob. cit., ps. 95 y ss.; y “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual”, ob. cit., t. I, p. 163.

(48) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Rubinzal-Culzoni Edit., Sta. Fe, 2004, t. IV, ps. 123 y ss.

(49) GAMARRA, Jorge, “Tratado de derecho civil uruguayo”, ob. cit., t. XVII: “Responsabilidad contractual”, p. 190.

1) Hay ausencia de culpa cuando el deudor observa la diligencia exigida para la obligación de que se trate; en cambio, el caso fortuito o fuerza mayor requieren demostrar la imposibilidad de la prestación por una causa no imputable al deudor.

2) Si se admite que el caso fortuito es lo mismo que la ausencia de culpa, se debe concluir que toda responsabilidad es subjetiva (lo que resulta falaz) y que carece de relevancia la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, pues el contenido de todas las relaciones obligatorias sería la actividad diligente del deudor, por lo cual la falta de concreción del resultado en ciertas obligaciones en las que el *solvens* se comprometió a la obtención de un fin determinado no acarrearía responsabilidad del obligado en tanto éste probara su diligencia.

3) No se puede hablar de falta de previsibilidad objetiva en el tema de la culpa, del mismo modo en que sí se efectúa en el caso fortuito.

4) Mientras la culpa opera en el ámbito de lo subjetivo, el caso fortuito está referido a una relación material o física carente de toda subjetividad.

Cabe destacar, asimismo, y tal como lo expresaran acertadamente los autores que citáramos *supra* y que critican la tesis subjetiva, que el caso fortuito incide sobre la relación de causalidad entre la conducta del sujeto al que se trata de imputar el daño y el daño mismo, provocando la ruptura del nexo causal y la consecuente falta de autoría (50), ocasionando que el incumplimiento no le sea *objetivamente* imputable. En razón de ello, la mera inculpabilidad no basta para que se configure el caso fortuito, sino que

(50) En contra: PEÑA LÓPEZ, Fernando, “La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual”, Ed. Comares, Granada, 2002: “En el caso de que finalmente el evento se considere caso fortuito, la persona a la que se pretendía imputar el daño no responderá, pero no porque se haya roto o interferido la relación de causalidad, sino porque su conducta ha sido todo lo diligente que exige el derecho, diligencia que debe extenderse a la prevención y anulación de los hechos concurrentes con las acciones que han sido consideradas causas relevantes de un daño. Así, pues, la relación de causalidad subsiste tanto entre el daño y el caso fortuito, como entre el perjuicio y la acción u omisión del sujeto, lo que sucede es que esta última no genera la obligación de responder...” (p. 595).

debe probarse la exterioridad del hecho impositivo: la causa extraña (51). De tal modo, toda la problemática relativa al caso fortuito se soluciona en el ámbito de la relación de causalidad: existen dos causas —la conducta y el evento—, y una de ellas es la que excluye total o parcialmente a la otra.

En concreto, la ajenidad del evento constitutivo de caso fortuito para el sujeto que ha realizado la conducta es lo que determina finalmente que a tal conducta se le niegue total o parcialmente su relevancia causal (52). Asimismo, el caso fortuito, tal como lo hemos analizado, requiere el cumplimiento de una serie de recaudos para verse configurado, los cuales no son exigidos cuando hablamos de inculpabilidad.

También debemos destacar que la noción que asimila la ausencia de culpa al caso fortuito no halla respuesta satisfactoria alguna en los casos de responsabilidad objetiva, como suele ocurrir en las obligaciones de resultado. En ellos, así como la imputación se realiza a través de factores de atribución que son ajenos a la idea de culpabilidad (v.gr., riesgo creado, garantía, etc.), la exoneración de la responsabilidad sólo puede caber mediante la prueba de causas ajenas a la culpa del deudor, es decir, mediante caso fortuito o fuerza mayor, culpa del acreedor o el hecho de un tercero por quien no deba responder el deudor. En este caso, el caso fortuito no se identifica con la ausencia de culpa: aquél tendrá lugar cuando la prestación se torne absoluta y objetivamente de imposible cumplimiento.

Sin temor de resultar repetitivos, creemos importante insistir en que no se debe confundir ni asimilar la ausencia de culpa con el caso fortuito. El *casus* incide directamente sobre la relación de causalidad, mientras que la ausencia de culpa se predica en torno al factor de imputación de la responsabilidad. Ello también resulta de aplicación en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, en donde el acaecimiento del evento fortuito provoca la irresponsabilidad del deudor, aun

cuando éste haya actuado culpablemente (v. gr., la explosión de una bomba en el exterior de una clínica que provoca la muerte del paciente que está siendo sometido a una intervención quirúrgica —caso fortuito— es susceptible de acarrear la irresponsabilidad del médico que lo estaba operando en estado de ebriedad, aun cuando de tal modo se evidencie la falta de pericia, prudencia y diligencia en su conducta). En este supuesto, la falta de responsabilidad del médico se provoca ante la ruptura del nexo causal, mas no por su ausencia de culpa.

Por otra parte, consideramos que la prueba del *casus* debe efectuarse atendiendo a parámetros objetivos. Si el caso fortuito debe estar caracterizado por una imposibilidad absoluta y objetiva, el hecho de que el deudor pruebe el haber adoptado la debida diligencia a fin de impedir la ocurrencia del suceso (o incluso una diligencia superior) probará en definitiva su inculpabilidad (que es el ámbito al que atañe dicha diligencia), pero no la incausalidad (que es el plano en donde surte efecto el caso fortuito). El *casus*, pues, no se ve identificado con la ausencia de culpa, sino que se verá configurado ante la imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación.

### III.3.c. Efectos del caso fortuito

Acreditados y configurados que sean el caso fortuito o la fuerza mayor, ellos son idóneos para fracturar el nexo de causalidad, lo cual provocará indefectiblemente que las consecuencias dañosas que ha sufrido la víctima y que pretendan atribuirse al demandado no le puedan ser endilgadas (cfr. art. 1732, Cód. Civ. y Com.). Ello, claro está, siempre y cuando el *caso fortuito o la fuerza mayor hayan sido la única y exclusiva causa del daño*. Y, en el ámbito convencional, puede dar lugar a que se configure la imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.) que hemos analizado anteriormente.

Sin embargo, a pesar del principio general de irresponsabilidad consagrado en los arts. 1730 y 1732, Cód. Civ. y Com., cuando el daño es fruto de un caso fortuito o fuerza mayor, el art. 1733, Cód. Civ. y Com., establece cuáles son aquellas situaciones especiales y de excepción que alteran el principio de irresponsabilidad que provoca el caso fortuito y obligan a respon-

(51) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", ob. cit., t. 3, p. 301.

(52) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Civitas, Madrid, 1993, 3ª ed., ps. 758-759.

der al demandado. Esta norma dispone expresamente: “Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento 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”.

Es decir, la responsabilidad del deudor no cesará pese a la ocurrencia del caso fortuito:

— *Si ha asumido el cumplimiento, aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad* [inc. a)]. Puede suceder que las partes hayan pactado cláusulas contractuales de responsabilidad, mediante las cuales el obligado se compromete a asumir las consecuencias dañosas que irroge su incumplimiento, aun cuando éste haya sido motivado por un caso fortuito. Como también lo sostiene una calificada doctrina extranjera (53), dichas cláusulas serán en principio válidas y lícitas para los contratos paritarios (en razón de lo establecido por los arts. 958 y 959, Cód. Civ. y Com., en cuanto consagran el principio de la autonomía de la voluntad de las partes), aunque podrán carecer de validez en los contratos celebrados por adhesión [art. 988, inc. b), Cód. Civ. y Com.] y en los de consumo (art. 1117, Cód. Civ. y Com., y art. 37, ley 24.240 de Defensa del Consumidor), en la medida en que dichas cláusulas tiendan a restringir los derechos de la parte débil de la relación jurídica (54), implicando un

(53) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - CHABAS, François, “Leçons de droit civil. Obligations”, Montchrestien, Paris, 1998, 9e éd., n. 581, p. 669.

(54) PICASSO, Sebastián, comentario al art. 1733, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 450; TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ

aprovechamiento de una posición contractual fuerte con relación a la contraparte (55).

— *Si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento.* Este supuesto de excepción está previsto para aquellos casos en los cuales la ley determina que el caso fortuito ordinario *per se* no constituye una eximente pese a su ocurrencia, sino que, por el contrario, debe poseer ciertos caracteres especiales para que pueda ser invocado como eximente. Un ejemplo de ello lo constituye el supuesto del art. 1273, Cód. Civ. y Com., al referirse a la responsabilidad del constructor y determinar que no puede invocarse como causa ajena el vicio del suelo (56).

— *Si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento.* Se trata de un supuesto en el cual el caso fortuito sobreviene a la constitución en mora del deudor. Ello resulta lógico, según nuestro entender, puesto que, al haber ingresado en estado de morosidad, el *solvens* debe asumir todos los riesgos de tal circunstancia: es lógico pensar que, de haber pagado o recibido la prestación a tiempo, el *casus* hubiera sido irrelevante y no hubiera incidido, por lo cual su producción posterior al incumplimiento no puede —bajo ningún punto de

MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 851.

(55) PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, ob. cit., t. I, § 51. Destaca puntualmente el profesor cordobés, en un interesante análisis: “La doctrina moderna, tanto en nuestro país como en el extranjero, ha exteriorizado desde hace tiempo preocupación e inquietud por la protección del contratante débil (adherente), especialmente cuando se predisponen cláusulas leoninas o vejatorias, que desnaturalizan el equilibrio negocial. El tema asume sentido aún más grave cuando la contratación por adhesión se realiza en el marco del derecho del consumo. Pensamos que es tan grave una cláusula que en forma anticipada exime de responsabilidad al predisponente, como aquella que agrava hasta lo fortuito la del adherente. Ambas tienen idoneidad suficiente para desnaturalizar la ecuación contractual, con evidente e injustificado beneficio para el predisponente. Por tal motivo, sostenemos que una cláusula de esta índole es, en principio, nula por atentar contra la noción de orden público económico —arts. 12, 279 y ccds., Cód. Civ. y Com.—” (ps. 350-351).

(56) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, ob. cit., t. I, ps. 381-382.

vista— favorecer a quien no ha cumplido en término. No obstante, se le permite al deudor que pueda probar en contrario que su estado de morosidad ha sido indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento.

— *Si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa.* Estimamos que es evidente que quien actúa con culpa no puede alegar la existencia de un caso fortuito, ya que —como lo hemos destacado precedentemente— el hecho debe ser extraño o inimputable al deudor. Así, a modo de ejemplo, no podría alegar la existencia de caso fortuito quien colisionó a otros vehículos mientras transitaba por una ruta que repentina e inesperadamente se vio cubierta de niebla, si al momento del impacto conducía a excesiva velocidad, lo cual denota su falta de prudencia y de diligencia.

— *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.* Nos referiremos a él seguidamente, al abordar el caso fortuito en la responsabilidad civil contractual, por lo cual remitimos a lo allí expuesto.

— *Si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.* Es lógico que quien se ve obligado a dicha restitución debe asumir los riesgos y no puede invocar el *casus* para intentar liberarse de responder. Un ejemplo de ello lo constituye el art. 1936, Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone la responsabilidad del poseedor de mala fe.

#### IV. Conclusión

Los institutos que acabamos de analizar dan cuenta de que —más allá de los requisitos en particular que exige cada uno de ellos— para su aplicación e invocación deben confluir situaciones extraordinarias y que no hayan podido ser previstas y/o evitadas por las partes.

Estimamos que ellos adquirirán más importancia aún en situaciones de emergencia, como puede calificarse a la pandemia del COVID-19, que ha llevado al Estado argentino a adoptar medidas excepcionales mediante el DNU 260/2020, dictado el 12/03/2020, que amplió la

emergencia sanitaria declarada oportunamente por ley 27.541, el que fue luego complementado por los DNU 297/2020 (que dispuso —sólo con algunas excepciones— el aislamiento social, preventivo y obligatorio de toda la población desde el 20/03 y hasta el 31/03/2020), 325/2020 (que prolongó el aislamiento hasta el día 12/04/2020) y 355/2020 (que lo extendió hasta el 26/04/2020). Si bien los plazos del aislamiento determinados por el Poder Ejecutivo Nacional evidencian que ello obedece a una situación transitoria, no impide a que dichos plazos de aislamiento puedan seguir prolongándose en el tiempo, en la medida en que la situación de la pandemia así lo amerite.

Sin duda alguna, como bien se ha afirmado recientemente, la actual situación provocada por la pandemia y por la normativa dictada en el marco de la emergencia no solamente ha impactado en el ámbito sanitario, sino que también ha provocado drásticas consecuencias en la economía, que influyen sobre todo en las relaciones contractuales, produciendo alteraciones extraordinarias de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, que, a modo de ejemplo, tornarán las obligaciones a cargo de una de las partes en excesivamente onerosas, abrirán las puertas a planteos de resolución o recomposición de las prestaciones (57), etc. Es evidente, pues, que pueden suscitarse situaciones en las cuales se produzcan incumplimientos de obligaciones motivados por la imposibilidad de hacer frente a las prestaciones oportunamente asumidas, en razón de las disposiciones que han determinado el aislamiento de toda la población y de las imprevistas consecuencias que ello provoca.

Ahora bien, ¿podrían invocarse los institutos analizados en el presente aporte en los incumplimientos de las obligaciones que se produzcan en razón de las imposibilidades que provoca la situación actual en las diferentes relaciones jurídicas? Es indudable que estamos ante una situación de emergencia (58), aunque consideramos

(57) ABATTI, Enrique - ROCCA, Ival (h.), “Emergencia locativa. DNU 320/2020. Suspensión de desalojos, prórroga de plazos contractuales, congelamiento de alquileres”, LA LEY del 14/04/2020, p. 5.

(58) Para justificar tal afirmación, basta con acudir a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

que no puede brindarse una respuesta unívoca y general para todos los casos, ya que habrá de estar a cada situación jurídica en particular.

En el ámbito contractual, a modo de ejemplo, además de la aplicación de estos institutos, podrían resultar de aplicación los arts. 1011 (que impone, en caso de contratos de larga duración: “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”), 1090 (referido a la frustración de la finalidad del contrato, ya sea de modo definitivo o temporario), 1091 (que regula la teoría de la imprevisión) (59), 1203 (previsto para la locación: cuando por caso fortuito o fuerza mayor el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato) del Cód. Civ. y Com., etc., además de

---

en sus diferentes decisorios, para extraer como conclusión qué es lo que configura un estado de emergencia: que medie un auténtico estado de necesidad, provocado por un estado fáctico excepcional (CS, Fallos 202:456); transitoriedad de las normas de emergencia (CS, Fallos 136:171 y 200:450); y legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia, es decir, con propósito de bien común, razonable y justa (CS, Fallos 136:171; 200:450; 202:456). Véase el profundo análisis que de ello se realiza en MARANIELLO, Patricio, “Coronavirus. Análisis constitucional y convencional de las medidas de emergencia sanitarias”, Revista Argentina de Justicia Constitucional, nro. 9, abril/2020, Legister.com, IJ-CMXV-277.

(59) Debemos mencionar, sin embargo, que en la reciente sentencia 156/2020 del 06/03/2020, la sala Civil del Tribunal Supremo español (ponente: Ignacio Sancho Gargallo) ha considerado que la regla *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* (que implica 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 cambien) no es de aplicación a los contratos de corta duración.

todas aquellas normas que se vayan dictando para cada situación en particular en la emergencia (v.gr., DNU 320/2020, que establece el congelamiento de alquileres, la prórroga de los plazos contractuales y la suspensión de los desalojos, etc.).

Algunos hechos recientes, sin embargo, nos brindan algunas pautas que pueden ser de utilidad para permitirnos arribar a una conclusión. En este sentido, debemos destacar que, recientemente, la Corte de Apelaciones de Colmar (Francia) ha considerado que el riesgo de contagio del coronavirus constituye un supuesto de fuerza mayor (60).

Insistimos en que cada área del derecho civil y comercial tiene su propia problemática y sus reglas especiales, que resultarán de aplicación según la casuística frente a la cual nos encontramos. Pero no dudamos en afirmar que los institutos que hemos tratado en este aporte estarán seguramente presentes e invocados en cada situación jurídica conflictiva que se haya originado en esta época de emergencia en la cual nos encontramos. Y serán los tribunales, claro está, quienes tendrán la última palabra.

---

(60) Cour d'Appel Colmar, 6e ch., 12/03/2020, nro. 20/01098: “Ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience” (“Estas circunstancias excepcionales, que resultan en la ausencia de M. G. en la audiencia de hoy, adquieren el carácter de fuerza mayor, siendo externas, impredecibles e irresistibles, dado el límite de tiempo impuesto para el fallo y el hecho de que, dentro de este período, no será posible garantizar que no exista riesgo de contagio y tener una escolta autorizada para llevar a M. G. a la audiencia”).

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

Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado

Graciela Medina (\*)

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

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

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

Pero el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, como todo derecho de corte constitucional, no es absoluto, ya que acepta excepciones. Y es justamente sobre esas excepciones

que nos vamos a expedir, en momentos en que una pandemia asola al planeta y los gobiernos limitan las libertades individuales para tratar de evitar los daños a la salud y a la vida de la población.

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

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Es importante mencionar en la temática que estamos abordando la referencia del Tribunal Europeo a la *excepción en tiempo de emergencia a los derechos humanos*. Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado a los Estados la posibilidad de derogar, de manera temporal, limitada y supervisada, su

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

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

obligación de garantizar ciertos derechos y libertades en virtud de la Convención, señalando que el uso de esta disposición se rige por las siguientes condiciones procesales y sustantivas:

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

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

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

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

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

Por otra parte, la función social empresarial también ha sido puesta de relieve por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (4) y su Relatoría Especial sobre Dere-

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

(4) La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y ac-

chos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) (5) el 20/03/2020.

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

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

En este contexto, es indiscutible que una de las excepciones a cumplir los contratos se produce cuando sobreviene una *causa de imposibilidad*, esto es, cuando la prestación se ha convertido en imposible sin culpa del deudor y sin que éste haya asumido el riesgo de la imposibilidad (arts. 955 y ss. del Cód. Civ. y Com. argentino).

Esto ocurriría en algunos casos donde las medidas dictadas por el gobierno con motivo del coronavirus tornan imposible el cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en la obligación de entrega de elementos para ambientar una fiesta

túa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.

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

cuando ese tipo de transporte está prohibido, como así también la realización de fiestas. En este caso estamos ante una imposibilidad sobrevinida, absoluta y definitiva de la prestación, que extingue la obligación sin responsabilidad.

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

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

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

El tema de la eficacia absoluta del vínculo contractual o su limitación y restricción en los supuestos en que la prestación se ha tornado difícil o importa un sacrificio excepcional para el deudor constituye un problema de máxima trascendencia en la actualidad, debido, por una parte, a las cambiantes circunstancias económicas en las que se desarrolla la vida patrimonial en las comunidades nacionales afectadas fundamentalmente por el fenómeno del coronavirus; y, por otra parte, al impacto de las decisiones gubernamentales nacionales, municipales y provinciales que impiden la circulación e intervienen directamente en las obligaciones contractuales, como, por ejemplo, en los contratos de locación o de hipotecas. Esta importancia se agudiza por el crecimiento cuántico de los contratos de larga duración, que son los que más sufren el impacto de los cambios de circunstancias que importan o bien la imposibilidad de cum-

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

plimiento o bien la extrema dificultad u onerosidad en su realización, como en el supuesto de los contratos de concesión administrativa de peaje de las autopistas, donde no existe flujo de fondos y las concesionarias tienen múltiples obligaciones, o en los contratos de concesiones comerciales.

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

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

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

Por estas razones, en el presente estudio nos proponemos abordar el tratamiento jurídico de aquellos supuestos que dispensan a una de las partes del contrato, en general al deudor, del cumplimiento de su obligación, liberándolo por tanto de su responsabilidad contractual, por

---

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

concurrir circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, que hacen imposible, absurdo o excesivamente oneroso el cumplimiento, y en los cuales, en virtud de la frustración del contrato, el incumplimiento de la obligación pactada o bien no genera o bien mengua la responsabilidad contractual.

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

Comenzaremos nuestra exposición con una explicación de los supuestos de imposibilidad, para luego adentrarnos a considerar los casos de dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad sobreviniente, conocidos en el derecho continental europeo como “teoría de la imprevisión”, para finalmente ocuparnos de los supuestos de frustración del contrato por pérdida de las bases objetivas y subjetivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este contexto, es indispensable plantear el análisis de este problema contractual desde las respuestas dadas por el derecho comparado en situaciones similares, como son las guerras, ya que nunca el planeta tuvo una pandemia de este rigor como para que los abogados se vean beneficiados con el conocimiento de las soluciones

que se dieron en otro lugar del planeta a problemas que presentan alguna similitud (8).

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

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

## III. Imposibilidad de cumplimiento

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

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

Las dos expresiones representan eventos de distinto origen, pero con los mismos efectos (10). La fórmula que los comprende alude

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

(9) PIERO, A., “Función y método del derecho comparado”, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf3>, consultada el 09/10/2013; PIERO, A., “Función y método del derecho comparado”, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf>, recuperada el 30/03/2020.

(10) El Código Civil argentino definía al caso fortuito como “el que no ha podido preverse, o que previsto, no

a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles o que, previsibles, no son evitables y hacen imposible el cumplimiento del contrato.

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

Cabe señalar que tanto el derecho civil como la Ley de Contratos china reconocen el caso fortuito y la fuerza mayor, que en épocas de coronavirus, y siendo China uno de los gigantes del comercio mundial, cobran máxima importancia, inclusive para nuestro país, que tiene un gran comercio internacional con China. De allí que los operadores jurídicos internacionales se han dedicado a su estudio; prueba de ello son los primeros *papers* que aparecen sobre la materia, como, por ejemplo, “Supreme Court interpretation brings major changes to China’s contract law” (11) y “Coronavirus outbreak: *force majeure* from a PRC law perspective” (12).

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

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

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

### III.2. Imposibilidad

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

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

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

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

El ejemplo clásico de la jurisprudencia inglesa sobre imposibilidad de cumplimientos está

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

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

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

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

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

Esto fue lo que se decidió en la jurisprudencia norteamericana en el caso “Bunge Corp. vs. Recker”, en el año 1985. Los hechos del caso eran los siguientes: Bunge (P), un comerciante de granos, contrató con Recker (D), un granjero, la compra de 10.000 toneladas de soja. El granjero perdió la soja. El contrato no especificaba el origen de los granos, excepto que debían ser cultivados dentro del territorio continental de Estados Unidos. Como el agricultor perdió su soja, no cumplió con su contrato, motivo por el cual Bunge demandó a Recker por la entrega de los granos. Recker opuso como defensa la pérdida de la cosa. El tribunal desestimó la defensa e hizo lugar a la demanda, porque se trataba de

un producto reemplazable o fungible (16). Y resaltó que, como el contrato no especificaba que los granos que se entregaran debían provenir de determinada finca, el deudor podría haber cumplido su obligación mediante la entrega de los granos adquiridos a otro productor. El tribunal entendió que el hecho de que los granos que el demandado debía entregar fueran destruidos no era excusa para el incumplimiento.

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

### III.2.b. Jurisprudencia del Perú

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

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

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

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

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

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

por largas horas, porque la propia empresa había realizado acciones para prever los saqueos.

Tomamos este caso como ejemplo para analizar la situación ante el COVID-19. Cabe señalar que la pandemia era imprevisible, pero una vez producida sus efectos son conocidos y la forma de prevención también; de allí que la no adopción de los sistemas de prevención, cuando para las reglas del arte son conocidos, produce responsabilidad.

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

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

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

III.2.c. La cuestión en Chile

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

---

(19) CORRAL, Hernán, “Terremotos y caso fortuito”, <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/04/06/terremotos-y-caso-fortuito/>.

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

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

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

III.2.e. La imposibilidad legal

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

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

Un ejemplo de imposibilidad legal sobreviniente complejo se dio en el caso del alquiler de negocios para la venta de bebidas alcohólicas cuando se dictó en los Estados Unidos la “Ley Seca”. Allí el alquiler era posible, pero el fin para el cual se destinaba el negocio arrendado era ilegal. En este supuesto hay que distinguir si el único objeto del negocio era la venta de bebidas alcohólicas del supuesto en el cual se alquilara un negocio para vender bebidas alcohólicas y para otros fines, en cuyo caso la locación podía

---

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

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

(22) Adviértase que en nuestro país los contratos de locación han sido intervenidos por el dec. 320/2020.

cumplirse para alcanzar los fines no prohibidos por la ley. Éste es un supuesto de frustración del fin del contrato, más que de imposibilidad legal de cumplimiento.

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

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

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

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

Este principio se encuentra especialmente establecido en la mayoría de los Códigos del sistema romano-germánico. El nuevo § 275, BGB, tras la reforma del 2002, o el art. 791 del Cód. Civil portugués. Más habitual es la contemplación, como causa de la resolución del contrato, de la muerte del trabajador o del prestador el servicio (p. ej., § 613, BGB; art. 1153, Cód. Civil austríaco; arts. 2118.II, y 2122, Cód. Civil italiano; art. 3381, CO suizo). En contrapartida, la relación laboral no se ve afectada por la muerte del empleador, aunque quepa inferir otro resultado a la luz del contrato particular, por ejemplo, si el trabajo consiste precisamente en atender y cuidar al empleador en su última enfermedad (art. 338, CO suizo). Asimismo, en los contratos de agencia, la muerte del agente o del principal es considerada comúnmente como causa de extinción del contrato (art. 1022, Cód. Civil austríaco; art. 2003, Cód. Civil francés; § 673, BGB; art. 1722, Cód. Civil italiano; art. 1732, Cód. Civil español; art. 405, CO suizo); únicamente el derecho alemán parte de la idea contrapuesta de que, en caso de duda, el contrato de agencia no se extingue por la muerte del principal (§ 672, BGB).

Incluso cuando el contrato de agencia termina por la muerte del principal, la agencia se considera subsistente, siempre que la terminación del contrato pusiere en peligro el interés del principal o de sus herederos. Del mismo modo, un contrato de obra que implique labores que requieran capacidades personales especiales se extingue por fallecimiento del constructor, salvo supuestos excepcionales en que la ejecución del contrato no requiera su participación personal. Finalmente, debe tenerse en cuenta la autonomía con que el derecho alemán, tras la reforma del derecho de obligaciones del 2002, trata el problema de la imposibilidad moral (nuevo § 275.3, BGB), que puede englobarse, sin embargo, como una especialidad de la imposibilidad subjetiva (23).

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

### IV. La excesiva onerosidad

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

Cabe señalar que la imprevisión de las circunstancias que alteran el pacto autoriza el ejercicio de las acciones de resolución del contrato (24) y de adecuación cuando se ha perdido la relación de equivalencia o conmutatividad por el efecto de acontecimientos extraordinarios.

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

(24) Un sector importante de la doctrina argentina afirmaba, ya antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., que el perjudicado por los acontecimientos imprevisibles y extraordinarios también puede proponer la acción de revisión del contrato; en este sentido v. MORELLO, Augusto M., “La reconstrucción equitativa del contenido del contrato”, JA 193-II-974. Ello ha quedado consolidado con la reforma al Cód. Civ. y Com.

rios e imprevisibles. Se aplica a los contratos bilaterales, sean conmutativos o aleatorios (25), y a los unilaterales onerosos, siempre que sean de ejecución continuada o diferida (26).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

— Subida de hasta un 180% de los combustibles.

— Aumento de un 80% de los salarios.

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

---

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

(28) Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), cit. por FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam,

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

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

Por otra parte, jurisprudencialmente se señaló: “No basta invocar las medidas de gobierno adoptadas en junio de 1975 como causa de la excesiva onerosidad del contrato, porque además es necesario demostrar de una manera concreta y acabada por qué ese caso ha impedido satisfacer la prestación debida y la cuantía del perjuicio que se dice haber sufrido, ya que a este respecto resulta totalmente ineficaz la permanente refe-

“Teoría de la imprevisión”, Ed. LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2ª ed. actual, y <http://www.cepal.org/argentina/noticias/documentosdetrabajo/4/22504/5%20cap%203%20I.pdf>, consultado el 05/01/2014.

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

rencia que se hace a la eruptiva agravación de la depreciación monetaria” (30).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la teoría de la imprevisión se aplicó porque no existían motivos para pensar que el gobierno abandonaría bruscamente la política que él mismo había fijado y asegurado, máxime cuando el ministro de Economía Sigaut decía: “el que apuesta al dólar pierde”. En definitiva, “era improbable para el ciudadano común que contrató hasta diciembre de 1980 estando en vigencia un cronograma cambiario con pautas que se habían venido cumpliendo, y sin existir elementos de dudas sobre la continuidad cambiaria, poder prever la magnitud de los cambios acontecidos” (33).

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

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

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

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

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

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

En esta oportunidad no era tan sencillo juzgar si era de aplicación la teoría de la imprevisión, ya que no es fácil admitir que era imprevisible

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

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

(36) Carlos S. Menem (Anillaco, 02/07/1930) es un político y abogado argentino que fue el cuadragésimo cuarto presidente de la Nación Argentina desde 1989 a 1999. Cumplió su primer período presidencial de 1989 a 1995, luego de de Raúl Alfonsín, e impulsó la reforma de la Constitución Argentina de 1994, que disminuyó la extensión del mandato a cuatro años y habilitó una reelección presidencial inmediata. Esto le permitió presentarse como candidato y ser reelecto en 1995 para un segundo mandato, que se extendió hasta 1999, año en que fue sucedido por Fernando de la Rúa.

la devaluación de febrero de 1989 a la luz de los cambios producidos en 1975 y en 1981, porque los contratantes podían imaginar que las circunstancias no eran tan estables. Sin embargo, la inflación de 1989 excedió cualquier previsión, aun la más diligente; ni el más imaginativo podría haber avizorado semejante crisis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Podría concluir este breve relato sobre la imprevisión en la Argentina señalando que la ley 25.561 de Emergencia Económica (38), sancio-

(38) Para reglar la crisis, el gobierno dictó la ley 25.561, que en su art. 11 establece: “Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: [...] 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio [...]; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas

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

jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 [teoría de la imprevisión] del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido”

(39) Existe coincidencia en que los hechos del año 2002 constituyen acontecimientos imprevisibles y que por sí ameritan ponderar sus efectos sobre los contratos vigentes a esa época. Se trata de un hecho notorio al que brindaron principal atención tanto los periódicos como las autoridades políticas y la opinión pública y especializada, y, finalmente, fue confirmado por decisiones judiciales [véanse CNCiv., sala E, 18/12/2003, LA LEY, 2004-C, 519; CIFUENTES, Santos, “Aplicación de la corrección de los contratos por imprevisibilidad (art. 1198, Cód. Civil) a las obligaciones alcanzadas por la ley 25.561 y disposiciones complementarias”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Buenos Aires, 2003, p. 13; y las citas de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Cambios de circunstancias y distribución del riesgo contractual”, LA LEY, 2002-E, 1166]. La ley 25.561 de Emergencia declaró “la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria”, lo cual de por sí identifica la profundidad de la crisis (otras leyes fueron señalando después la emergencia en otros ámbitos, como por ejemplo la emergencia productiva y crediticia —ley 25.563—), todo lo cual motivó un enorme complejo de normas, que en algún caso han sido calificadas como una verdadera “maraña” (v. GERSCOVICH, Carlos G., “Legislación de emergencia. Decreto, resoluciones ministeriales y comunicaciones del BCRA anotados y concordados”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2002). La ley dispuso la pesificación de las obligaciones concebidas en moneda extranjera y fijó reglas generales aplicables a las relaciones jurídicas entre particulares, y a estos fines también previó la posibilidad de adecuaciones a ser realizadas por los tribunales ponderando las circunstancias particulares de cada caso. Así, el art. 11 de la ley 25.561, respecto de las obligaciones dinerarias en moneda extranjera, propicia las negociaciones directas entre deudor y acreedor, así como autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a dictar dis-

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

Es decir que en la Argentina tenemos un gran número de casos jurisprudenciales en los cua-

posiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas sustentadas en la doctrina del art. 1198 del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido. A su vez, el art. 8º del dec. 214/2001, al reglar las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, dispone un modo de conversión y, asimismo, que si por su aplicación resulta que el valor de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En otras palabras, ha sido la misma legislación de emergencia la que ha calificado a la devaluación y pesificación como un hecho imprevisible, lo que sin duda no sólo se extiende a las obligaciones concretamente identificadas por la norma, en lo que ha sido calificado como un verdadero “terremoto” desatado con características de imprevisible [GERSCOVICH, Carlos G., “Legislación de emergencia...”, ob. cit., p. 310; GASTALDI, José M., “El contrato y las nuevas medidas económicas (Aproximaciones)”, en Abogados. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 54, marzo de 2002, p. 38; BORDA, Guillermo J., “Efectos de las medidas económicas en materia contractual”, LA LEY, 2002-F, 1453; JUNYENT BAS, Francisco, “Pesificación. Los contratos privados, las deudas en mora y la teoría de la imprevisión y el esfuerzo compartido”, ED 202-779, punto IV, 3.b)], sino también potencialmente a todas las relaciones económicas (CS, 26/10/2004, “Bustos, Alberto R. y otros c. Estado Nacional y otros s/ amparo”, LA LEY, 2004-F, 713, en el que el tema surgió en varios de los votos de los Sres. ministros de la Corte). Respecto de los contratos celebrados en moneda argentina de curso legal, véase ARIZA, Ariel, “Revisión judicial de los contratos en la emergencia económica”, JA 2002-IV-1065 y ss., y en particular en el punto VI.d).

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

les se ha aplicado la teoría de la imprevisión, y si bien no han sido casos de epidemia ni de pandemia, su conocimiento resulta útil en esta situación.

### V. La frustración del fin

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

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

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

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

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

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

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

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

(42) “Krell vs. Henry”, [1903] 2 KB 740, es un caso inglés que establece la doctrina de la frustración de la finalidad de la ley del contrato. Es uno de los casos conocidos como los casos de coronación, que surgieron de los acontecimientos que rodean a la coronación del rey Eduardo VII y la reina Alejandra en 1902. Henry contrató el 20/06/1902 el alquiler de un piso situado en 56 A Pall Mall a Paul Krell, con el propósito de ver la procesión de la coronación de Eduardo VII programada para el 26 y 27 de junio. El ama de llaves de los locales informó a Henry que iba a tener una excelente vista de la procesión desde la habitación. Las partes acordaron un precio de £ 75, pero en ninguna parte de su correspondencia escrita ninguno de ellos menciona explícitamente la ceremonia de coronación. Henry pagó un depósito de £ 25 a Krell para el uso de la vivienda, pero cuando la procesión no tuvo lugar en los días establecidos originalmente (por motivos de enfermedad del rey), Henry se negó a pagar las 50 libras restantes. Krell demandó a Henry para recuperar el saldo de £ 50, y Henry respondió con otra demanda para recuperar su depósito de 25 £. El juez Williams enmarcó la cuestión jurídica en este caso como si hubiera una condición implícita en el contrato, es decir, que en el momento de celebración del contrato ambas partes sabían que la razón del contrato era ver la procesión de la coronación. Williams sostuvo que tal condición (en este caso, la aparición oportuna del proceso de coronación) no necesita ser mencionada explícitamente en el contrato en sí, sino que más bien puede inferirse de las circunstancias extrínsecas que rodean el contrato (<http://www.casebriefs.com/blog/law/commercial-law/commercial-law-keyed-to-lopucki/performance/krell-v-henry-2/>, consultado el 05/01/2013).

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

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

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

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

Por esta razón es relevante que la causa haya sido conocida por las partes, quienes realizaron el negocio con ese fin. Un tribunal platense ha resuelto que el desistimiento de la boda es una razón que deja sin sentido la contratación de la fiesta de boda y sin causa la retención del precio adelantado en su totalidad (44); la sentencia

---

(43) LARENZ, Karl, "Base del negocio jurídico..."; ob. cit., p. 153.

(44) C1°Civ. y Com. La Plata, sala III, 30/07/1987, inédito, citado por STIGLITZ, Rubén, "Frustración del fin del contrato", JA del 17/06/1998; hipótesis en la que el contrato se extingue por caso fortuito, lo cual viene a coincidir con la teoría de Larenz, quien concretamente dice que para la aplicación de la doctrina de la frustra-

pondera adecuadamente, a nuestro juicio, que la causa del contrato conocido por ambas partes es la boda; si la boda no se puede realizar, se frustra el contrato.

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

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

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

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

La explicación más clara de este precepto está dada en la nota al art. 1522 del Cód. de Vélez, que dice: "cuando en tiempo de guerra, el locatario es obligado a dejar su habitación, o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no

---

ción del fin no han de tenerse en cuenta los acontecimientos y transformaciones que son personales o están en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso, opera como límite la "fuerza mayor") (p. 170).

lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá, o hacer rescindir el contrato, u obtener la disminución del precio, o la cesación momentánea de pago del alquiler”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En principio, estas normas son constitucionales y cumplen con el test de convencionalidad, ya que la Corte Suprema ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos y de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (CS, Fallos 243:467), con el fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (CS, Fallos 238:76). En estos casos, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (CS, Fallos 171:79), toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (CS, Fallos 238:76).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares.

3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias.

4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias.

5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de monotributo, 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 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La pregunta más importante de responder es qué ocurre con la fianza que garantiza el contrato, porque “Las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble locado”.

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

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

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

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

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

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

Este fallo nos parece trascendente para tener en cuenta en el caso de las empresas de viajes que embarcaron a pasajeros en viajes cuando ya se conocía la determinación por parte de la Organización Mundial de la Salud del carácter de pandemia del COVID-19, en cuyo caso debieron

(45) CNCiv., sala A, 24/08/2015, “M. V. T., B. y otro c. Julia Tours SA y otro s/ daños y perjuicios”, RCCyC 2015 (noviembre), 138; RCyS 2015-XII, 117; DJ del 02/03/2016, 68; RCyS 2017-IV, 65; AR/JUR/28309/2015.

haber informado a los pasajeros de las posibles consecuencias dañosas, ante el generalizado cierre de fronteras.

### VIII. *Hardship* o excesiva onerosidad

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

De todos modos, es preciso señalar que *hardship* va ganando espacio en trabajos publicados en español. Así, en la versión castellana de los Principios Unidroit se utiliza esa palabra inglesa para identificar lo que para nosotros sería la regulación de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente. La doctrina contemporánea latinoamericana también emplea esta palabra inglesa, aunque más no sea para identificarla como una cláusula explícita que autoriza la revisión del contrato en ciertas hipótesis y así diferenciarla de la regulación legal que hacen algunos Códigos. Así, se afirma que “la cláusula de *hardship* (infortunio, adversidad, injusticia)”, o de adaptación del contrato, permite revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se “trastorna la relación de valor entre las prestaciones [que] forman parte del contenido económico del contrato” (46). Como cláusula *rebus sic stantibus* perfeccionada, “sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión, pero se diferencia de ella en dos aspectos: (i) como cláusula explícita proviene de la convención de las partes; (ii) los criterios para su aplicabilidad resultan de lo pactado y, en los hechos, generalmente son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión” (47).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### X. Poderes del juez

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

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

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

Si el juez no es prudente, indefectiblemente recaerá en la resolución del contrato, por

(52) BORDA, Guillermo J., “Efectos de las medidas económicas en materia contractual”, LA LEY, 2002-F, 1453; Supl. Esp. Dep. Banc., Pesificación II, noviembre/2002, p. 17.

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

lo cual lo más importante es revisar adecuadamente el contrato y tener en cuenta las circunstancias.

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

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

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

- mantener el marco de renegociación establecido en la cláusula;

- respetar las otras disposiciones del contrato;

- tener en cuenta la práctica prioritaria entre las partes;

- procurar un esfuerzo real para alcanzar el acuerdo;

- producir información relevante para la adaptación;

- mostrar una sincera voluntad de alcanzar un compromiso;

- mantener una conducta flexible en las negociaciones;

- buscar las soluciones de reajuste más razonables y apropiadas;

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

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

— evitar precipitadas sugerencias de reajuste;

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

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

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

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

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

— prohibir la creación de estrategias de *escala-tion* durante las negociaciones;

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

## XII. Conclusión

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

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

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

---

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

# Coronavirus y tutela preventiva en los contratos

## Artículo 1032 del Código Civil y Comercial

Leonardo F. Fernández (\*)

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

### I. Introducción

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

*Caso I:* asumamos por caso que un proveedor ha contratado —antes de la vigencia de las regulaciones— con un cliente el suministro de ciertos bienes (p. ej., partes electrónicas) a ser provistos en un número fijo de entregas a lo largo de un plazo determinado de tiempo, pagándose cada entrega, por ejemplo, a los sesenta días de la fecha de cada factura. Antes de comenzar la producción o fabricación de bienes a suministrar, el proveedor se da cuenta de que,

a resultas de la situación generada por las regulaciones, el comprador experimenta problemas de caja y que su calificación crediticia ha caído o le da a entender que no podrá pagar las entregas regularmente.

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

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

(\*) Abogado. Profesor adjunto regular por concurso de la materia Contratos Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Programa de Actualización en Derecho Societario la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial (el “Cód. Civ. y Com.”) [y salvo por lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercade-

rías (Viena, 1980) (la “CISG”) (1) para el ámbito de su competencia y algunas disposiciones especiales del Código Civil (2)], el proveedor o el cliente, según el caso, no disponía de una solución amplia y enfrentaba un dilema: ante la pura pasividad de su respectiva contraparte, en principio, debía cumplir con sus obligaciones. De otro modo, si suspendiera el cumplimiento de sus obligaciones hasta ver cómo se desenvuelve la situación de su cliente en el marco de una crisis cuyas dimensiones y duración no es fácil predecir sobre bases objetivas, se expondría a quedar en situación de incumplimiento del contrato de provisión, con todas las consecuencias que ello le acarrearía [exposición a deber reparar daños y perjuicios moratorios o compensatorios, resolución del contrato por causas que le serán imputables, imposibilidad de que la contraparte incurra en mora (3)]. En otras palabras, el proveedor o cliente, según el caso (el acreedor), quedaba asumiendo el riesgo de su propia inseguridad acerca de la suerte de su cliente (el deudor).

La venerable figura de la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) consagrada por el Código Civil derogado en su art. 1201 (y su concordante art. 510) sólo protegía a los contratantes en los contratos bilaterales de cumplimiento simultáneo (*Zug um Zug*). Era improcedente cuando se pretendía oponer contra quien todavía no estaba obligado a cumplir, por ejemplo, porque su obligación gozaba de un

plazo no vencido (4). Digamos, de paso, que no

(4) Confr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos. Parte general”, Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2006, 3ª ed., vol. I, p. 604; GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge, “Contratos civiles y comerciales. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 3ª ed. actual. por Lidia Garrido Cordobera, vol. I, p. 370; ALTERINI, Atilio A., “Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1ª ed., 2ª reimp., ps. 538 y ss.; y SALAS, Acdeel E., “De la *exceptio non adimpleti contractus*”, en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, ed. homenaje, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 231 y ss. (el trabajo se publicó originalmente en JA 62-674 y ss.); MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, Ediar, Buenos Aires, 1988, ps. 367 y ss.; MASNATTA, Héctor, “Excepción de incumplimiento contractual”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1967, *passim*, especialmente, ps. 28 y ss. Sobre la cuestión de la denominada “excepción de caducidad” disponible bajo el Código Civil derogado al amparo de sus arts. 572 y 753 (en concordancia con los arts. 1419 y 2002) y art. 128 de la ley 24.522 para el caso de quiebra del deudor, vid. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos...”, *ob. cit.*, vol. I, ps. 604 y ss.; y HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético de derecho concursal”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, 1ª ed., vol. 4, ps. 704 y ss., especialmente ps. 717 y ss. Respecto a los efectos de apertura del concurso preventivo sobre la vigencia (o caducidad) de los plazos, la disputa existente bajo la vigencia del Código Civil ha quedado zanjada por lo dispuesto por el art. 353 del Cód. Civ. y Com., al establecer que “[e]l obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio la seguridad otorgada al acreedor para el cumplimiento de la obligación o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”. Sin embargo, los ecos de aquella tradicional disputa previa a la sanción del Cód. Civ. y Com. no se han acallado y existen proyectos tendientes a modificar el art. 353 del Cód. Civ. y Com. para disponer que la apertura del concurso sí provoca la caducidad de los plazos. Respecto a la polémica previa al Cód. Civ. y Com. a que aludo arriba, por un lado (propugnando la caducidad de los plazos por efecto de la apertura del concurso), vid. TONON, Antonio, “Derecho concursal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, 1ª ed., vol. I, ps. 134 y ss.; VILLANUEVA, Julia, “Concurso preventivo”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2003, 1ª ed., p. 300; HEREDIA, Pablo D., “Tratado exegético...”, *ob. cit.*, vol. I, ps. 475 y ss.; GRAZIABILE, Darío J., “¿Se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo en el concurso preventivo?”, DJ 2001-2, ps. 1163 y ss.; y, por otro (sosteniendo la postura contraria), vid. LORENTE, Javier A., “Ley de Concursos y Quiebras”, Ed. Gowa, Buenos Aires, 2000, 1ª ed., vol. I, p. 257; GRANADOS, Ernesto I. J., “La exigibilidad de los privilegios en el derecho concursal”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2003, 1ª ed., ps. 101 y ss.; ROITMAN, Horacio, “Efectos del concurso preven-

(1) Utilizo la sigla habitualmente empleada por la práctica y que resulta de la denominación de la Convención en inglés: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). La CISG ha sido sancionada en la Argentina mediante la ley 22.765 de 1983.

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

(3) Esto lo disponía claramente el art. 510 del Cód. Civil derogado. De acuerdo con esta norma, sólo el primero de los contratantes que incumplió incurría en incumplimiento; el incumplimiento material del otro no lo hacía incurrir en mora. Creo que la supresión de esta regla ha sido desafortunada, aunque coincido con Sánchez Herrero en que podría entenderse la presupuesta en el art. 1031 del Cód. Civ. y Com. Vid. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., ps. 84-85.

es otra la solución bajo el art. 1031 del Cód. Civ. y Com., bajo la actual denominación de “suspensión de cumplimiento”.

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

Sin embargo, siguiendo algunos conocidos antecedentes existentes en el derecho comparado y la CISG vigente entre nosotros para el ámbito de su aplicación, el Cód. Civ. y Com. incorporó, a través de su art. 1032, la denominada “tutela preventiva” en los siguientes términos: “[u]na parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Como puede apreciarse, a diferencia de la “suspensión de cumplimiento” del art. 1031 del Cód. Civ. y Com., la “tutela preventiva” no circunscribe su amparo a los casos de contratos bilaterales en los cuales estuviera previs-

tivo sobre los contratos preexistentes”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2005, ps. 112 y ss. Sobre la opinión de Osvaldo J. Maffia, quien, entiendo, ha oscilado en su postura respecto de esta cuestión, vid. “Efectos de concordato”, RDCO, vol. 1986, ps. 724 y ss.; “¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?”, LA LEY, 1986-E, 895 y ss.; “Ley de Concursos comentada”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, 1ª ed., vol. I, p. 56, punto g), y ps. 428-9. CS, Fallos 319:2318.

to el cumplimiento simultáneo o contextual de ambas prestaciones, sino a los acuerdos en los cuales una parte tuviera la obligación de cumplir con su prestación *antes* que su contratante (cumplimiento sucesivo), quedando luego de ello expuesta al peligro del crédito (por hipótesis, seriamente empeorado) de su contraparte (5).

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

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

(5) Vid. BLOMEYER, Arwed, Studien zur Bedingungslehre, Teil 1: “Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte”, De Gruyter, 1938 [2013], ps. 108 y ss.

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

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

suspensión, podrá dar “seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones” (8).

Como puede apreciarse a partir de su lectura, el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. se ajusta al modelo de la CISG, disponiendo una potestad para diferir (“suspender”) el propio cumplimiento, sin consagrar expresamente una pretensión dirigida a obtener de la contraparte un “aseguramiento” del cumplimiento de las prestaciones a su cargo (9).

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

finalmente sucederle la extinción —al amparo de otros institutos legales— si el *impasse* creado por la aplicación de la tutela preventiva no encontrara una solución satisfactoria durante su vigencia.

Finalmente, destaco que, pese a que el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. no lo consigna así expresamente, su disciplina encuentra, en principio, aplicación supletoria y no imperativa a los contratos paritarios materia de análisis en esta nota. Ello así merced a lo establecido en el art. 962 del Cód. Civ. y Com., conforme al cual “[l]as normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible”. Como veremos luego, la “tutela preventiva” es uno de los institutos que procuran salvaguardar el equilibrio entre las obligaciones recíprocas (interdependientes) que las partes han acordado al momento de celebrar el contrato (sinalagma genético) durante el desarrollo de la etapa posterior a esa celebración y mientras dure la vigencia del precepto contractual (sinalagma funcional) (13). En ese contexto, los intereses que ampara el instituto que nos ocupa son los particulares de las partes interesadas y, por lo tanto, esas partes, en principio, tienen el poder de disponer en contrario y diversamente de lo previsto supletoriamente en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., modificando o aun excluyendo su aplicación al contrato respectivo (14). Sin embargo, vale tener presente que existen en el derecho comparado algunas limitaciones a la renuncia a la aplicación de esta defensa dilato-

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

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

(10) Confr. GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 176.

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

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

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

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

ria que podrían encontrar aplicación en nuestro derecho (15).

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

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

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

Existe amplio consenso acerca de que la “tutela preventiva” encuentra su ámbito de aplicación en los contratos denominados “sinalagmáticos” o de intercambio (bilaterales y, por lo tanto, onerosos): es decir, aquellos contratos de los cuales resultan obligaciones recíprocas para las partes, entendiendo por dicha reciprocidad (sinalagma) a la relación de interdependencia que media cuando la obligación a cargo de una parte encuentra su razón de ser en la que le es correspondiente a cargo de la otra, y viceversa (16). Así, la tutela preventiva podrá aplicar tanto a los contratos sinalagmáticos nominados (tal el caso de la compraventa, permuta, suministro, locación, *leasing*, obra y servicios, transporte, consignación, factoraje, cuenta corriente,

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

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

agencia, franquicia, concesión, distribución, entre otros) como también a los innominados en la medida en que sean sinalagmáticos (17).

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

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

Estas referencias introductorias no son aquí puramente teóricas, pues, como trataré luego para evitar duplicaciones innecesarias, se ha planteado en el derecho comparado la cuestión de si el instituto que nos ocupa protege a ambas vertientes del sinalagma o sólo al sinalagma funcional, lo cual supone en este segundo caso que la existencia de los presupuestos que dan lugar a su aplicación deben ser necesariamente *sobrevenientes* a la conclusión del contrato, no bastando, por consiguiente, por ejemplo, que la

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

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

parte afectada invoque el posterior conocimiento de una situación de deterioro económico o falta probada de seriedad de la contraparte que, en la realidad, preexistía a la celebración del contrato y recién se manifestó más tarde. Estos casos deberían solucionarse a partir de la teoría del error (19).

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

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

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

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

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

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

Respecto al primer requisito de procedencia de la tutela preventiva (“grave amenaza de daño” en los derechos), el Cód. Civ. y Com. se aparta del criterio dominante en esta materia tanto en el derecho comparado como en los proyectos

de reforma que precedieron al Cód. Civ. y Com. En términos generales, podemos decir que esos antecedentes establecen que la condición para que la tutela preventiva proceda viene dada por la evidencia de que la contraparte *no cumplirá* una porción significativa de las obligaciones a su cargo (presupuesto conceptualmente diverso de la “grave amenaza de daño” en los derechos del art. 1032 del Cód. Civ. y Com.).

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

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

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

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

Así, el art. 7.3.4 de los Principios Unidroit dispone que “[u]na parte que crea razonablemente que *habrá un incumplimiento esencial*, podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, podrá suspender su propia prestación” (énfasis añadido). Una redacción sus-

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

tancialmente similar adopta el art. 8º:105 [1] de los *Principles of European Contract Law* (20).

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

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

En síntesis, cualquiera sea el esquema a través del cual el respectivo ordenamiento jurídico haya escogido implementar la tutela (es decir, medida de suspensión directa o pretensión de

aseguramiento de la prestación), es un denominador común que el evento detonador de la protección suele consistir en el peligro de que la contraparte no pueda cumplir con sus obligaciones (es decir, una parte sustancial de sus obligaciones relevantes).

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

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

Es claro que en muchos casos el peligro de incumplimiento de una obligación contractual relevante generará una “grave amenaza de daño” para el afectado en el crédito correlativo. Pero ello podría no ser así siempre y en todos los casos:

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

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

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

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

(23) Por ejemplo, la interpretación dominante bajo el art. 1419 del Cód. Civil derogado (que permitía al vendedor que había concedido plazo a su comprador no entre-

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

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

gar la cosa si este último estuviera en estado de insolvencia) sostenía la inaplicabilidad de la norma si la obligación del comprador estaba garantizada. Vid. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos...”, ob. cit., y vol. II, ps. 286-287.

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

no fácilmente mensurable): de progresar una ulterior revocatoria deberá “restituir” a la masa la prestación recibida o su valor, siendo por lo demás muy incierto cuál sería el fundamento y alcance del derecho que le podría corresponder contra dicha masa (25).

(25) La cuestión de si el tercero que sufre las consecuencias de la revocación concursal prevista en el art. 119 de la ley 24.522 tiene algún derecho y, en su caso, contra quién es uno de los más atormentados en esta materia. Recordemos que la ley 19.551 derogó el art. 111 de su predecesora, la ley 11.719, que disponía el derecho del tercero de buena fe que sufría la revocación para reclamar de la masa las sumas de su pertenencia que hubieran ingresado a la masa por virtud del acto revocado. A partir de entonces y hasta ahora, la aludida derogación determinó la ausencia absoluta de regulación especial sobre el tema. La doctrina más antigua se ha inclinado por el criterio conforme al cual el tercero que debe restituir en virtud de la revocación tiene el derecho de reclamar su contraprestación en especie, si ella subsiste en el patrimonio del quebrado o, en caso contrario, verificar en la quiebra su valor (vid., por todos, FERNÁNDEZ, Raymundo, “Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra”, Ed. Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937, 1ª ed., ps. 991 y ss.). Otra postura somete al tercero a la carga de verificar su crédito por la prestación que cumplió en virtud del acto revocado en todos los casos (se encuentre o no en especie en el patrimonio del fallido), percibiendo esa devolución en moneda de quiebra (vid., por todos, CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, ob. cit., vol. III, p. 2218-9, texto y nota 281). Finalmente, las corrientes más actuales parten de la base de que la sentencia revocatoria declara la inoponibilidad del acto a los acreedores del quebrado, pero el contrato es válido y eficaz entre las partes y respecto de terceros, con excepción de esos acreedores y hasta el límite del perjuicio efectivamente sufrido por estos últimos. De allí que el tercero pueda evitar los efectos de la revocación cubriendo el perjuicio específico producto del acto. Por lo tanto, estando frente a un acto válido, no surge a su favor ningún crédito producto de la sentencia de revocación, ni el fallido tiene obligación de restituir la prestación recibida en virtud de ese acto que, como se dijo, no ha sido anulado. Por lo tanto, el único crédito que podría surgir en este caso es por el eventual enriquecimiento de la masa producto de la restitución efectiva. Desde esta perspectiva, el tercero que sufre la revocación no sería acreedor concursal por su contraprestación (debiendo verificar el crédito correspondiente), sino del concurso por el eventual enriquecimiento de éste una vez liquidado el producto de la restitución y conjurado o pagado íntegramente el perjuicio que el acto revocado provocó (vid., a este respecto, GRILLO, Horacio A., “Período de sospecha...”, ob. cit., ps. 288-289). Heredia (con cita de Conil Paz) coincide con la naturaleza de la acción revocatoria y sostiene que el eventual crédito del vencido encuentra su fuente en el enriquecimiento sin causa, pero sería de índole concursal (vid. HEREDIA, Pa-

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

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

De todos modos, debo hacer notar alguna inconsistencia interna en el sistema, pues, de acuerdo con lo previsto por el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., la suspensión producto del regular ejercicio de la tutela preventiva cesa si la contraparte “cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”. Una construcción coherente del régimen de tutela debería reconocer que la suspensión se levanta cuando las razones que la justificaron han cesado. Ahora bien, si la razón de la suspensión no es el peligro de incumplimiento, sino “la grave amenaza de daño”, no aparece evidente el motivo por el cual el levantamiento de la suspensión no consiste en la cesación de esa “grave amenaza de daño”, sino en otro hecho diverso, como es el cumplimiento o la garantía de cumplimiento.

blo D., “Tratado exegético...”, ob. cit., vol. 4, ps. 159-160). Vid. la ponencia de LORENZO, Iván, “El vencido en una revocatoria concursal y su situación frente a la quiebra”, en VÍTOLO, Daniel - RICHARD, Efraín (dirs.), Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., ps. 59 y ss. En síntesis: no ha sido mi propósito intentar siquiera dilucidar esta cuestión tan espinosa, sino tan sólo demostrar que en cualquier caso la contraparte del insolvente enfrentará una situación de amenaza de grave daño, pues, de acuerdo con la doctrina dominante, en ningún supuesto podrá recuperar la contraprestación cumplida o su valor.

Así entonces, si quien invocó la tutela preventiva para suspender su cumplimiento lo hizo con base en que la cesación de pagos de su contraparte lo exponía a la amenaza de tener que sufrir las graves consecuencias de una eventual acción de revocatoria concursal, verá levantada esa suspensión como resultado de que el insolvente (cesante) cumplió o garantizó cumplir, con lo cual el riesgo de procedencia de esa acción en los términos del art. 119 de la ley 24.522 subsistirá.

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

En otro orden de cosas, debo añadir que, aun dentro de la “lógica” de la norma, la redacción escogida parece poco acertada, ya que lo que debería ser grave no es la “amenaza” —como dice el art. 1032 del Cód. Civ. y Com.—, sino el “daño” potencial. La importancia de la amenaza ya aparece suficientemente calificada por los eventos de los que debe derivarse, a saber: “menoscabo *significativo* de [la] aptitud para cum-

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

(27) Calamari y Perillo recuerdan que el incumplimiento puede ocurrir aun en casos en que el acreedor se hubiera beneficiado a causa de la falta de cumplimiento [CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 455, con cita de “Beatle c. New York” (1911) en nota 2].

plir, o [la] solvencia” (énfasis añadido), y por lo tanto referir a que debe ser, además, grave es redundante. Lo que se echa de menos en la norma es una definición acerca de que el daño amenazado debería ser “grave” (teniendo en cuenta todas las circunstancias). De lo contrario, una amenaza grave de sufrir un daño nimio habilitaría el recurso a la tutela preventiva, lo cual no luce razonable si se tienen en cuenta las consecuencias de su procedencia.

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

Como hemos visto, bajo el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., la “grave amenaza de daño” de los derechos que habilita la procedencia de la tutela preventiva debe tener su origen en un menoscabo significativo, ya sea: (i) en la aptitud para cumplir, o (ii) en la solvencia de la contraparte.

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

Si se adoptara esta segunda solución, entonces esta tutela podría solaparse con la disponible bajo el sistema de nulidades producto de algunas formas del vicio de error (o de dolo, si aplicara) (28). Ello por cuanto, si una parte hubiera contratado en la errónea creencia acerca de la presencia de ciertas aptitudes o cualidades determinantes en la persona de su contraparte —que, en la realidad, no existían al momento de

la conclusión del acuerdo—, se afectaría la formación del consentimiento y por ello la validez del acto, dando lugar, si se reúnen las condiciones del caso, al remedio nulificadorio del contrato [vid. arts. 267, incs. d) y e), y ccds. del Cód. Civ. y Com.] (29).

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

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

(30) Al respecto, el lector interesado puede ver MAGNUS, Ulrich, “Wiener UN-Kaufrecht (CISG)”, en Von STAUDINGER, J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1994, 13ª ed., ps. 552 y ss., especialmente ps. 552, 555 y 557; UNCITRAL “Official Records”, 1981, ps. 129 y 374 y ss.; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “Compraventa internacional de mercaderías...”, ob. cit., ps. 564-566; OERTMANN, Paul, “Die Geschäftsgrundlage...”, ob. cit., y LARENZ, Karl, “Base...”, ob. cit.

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

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

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

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

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

venta internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial”, Ed. Aranzadi, 2000, p. 283.

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

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

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

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

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

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

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

(36) Roque Barcia define a la “aptitud” como “[l]a suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer algún empleo o cargo. // La capacidad para el buen desempeño de algún negocio, industria, etc.” (vid. BARCIA, Roque, “Diccionario General Etimológico”, Ed. Seix, Barcelona, 1879, vol. I, p. 385). En sentido concordante, el Diccionario de la Real Academia Española trae como primera acepción del término: la “[c]apacidad para operar competentemente en una determinada actividad”. Sin embargo, la tercera acepción de ese mismo Diccionario parece no limitarse a la idoneidad o capacidad del agente en sentido objetivo, sino que añade el concepto de “disposición”, lo cual podría dar pie para cuestionar mi conclusión en el texto: “3. Capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, de una industria, de un arte” (énfasis añadido).

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

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

Creo que esta solución se infiere sin mayor dificultad de una interpretación armónica del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. que vengo glosando con lo dispuesto por el art. 1084, inc. e), del mismo cuerpo legal, cuando establece que constituye “incumplimiento esencial”, a los fines de la resolución del contrato, el anuncio de incumplimiento “por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

Esta última norma consagra el denominado “incumplimiento anticipado” por vía de “repudio” (instituto conocido en el derecho comparado y adoptado por parte de la doctrina nacional aun bajo el Código Civil) y que permite al acreedor resolver el contrato por incumplimiento cuando, pese a no haber llegado aún la fecha en la cual su contraparte debe cumplir (y, por ende, no puede configurarse siquiera un incumplimiento en términos clásicos), dicha con-

(37) Vid. WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, West Publishing Co., Saint Paul, Minn., 1988, 3ª ed., ps. 238 y ss.

(38) En ese caso, aplicarían los arts. 20 y ccdd. de la ley 24.522. Comp. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D. - DI CHIAZZA, Iván G., “Contratos. Parte general”, ob. cit., p. 378, nro. 13.

traparte le ha manifestado al acreedor seria y definitivamente su voluntad de no cumplir, verbalmente o a través de una conducta inequívoca en tal sentido.

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

La determinación acerca del carácter “serio y definitivo” del repudio es una cuestión de hecho que deberá evaluarse en cada situación, de acuerdo con todas las circunstancias del caso. Dicho esto, puede proponerse la discusión acerca de si: (i) esas características del “repudio” deben ser evaluadas con el mismo rigor con el que lo hacen la doctrina y la jurisprudencia en sede de resolución por incumplimiento (40), o cabe flexibilizar ese escrutinio en atención a las más tenues consecuencias de la tutela preventiva; y aun si, por esta razón (ii) en el caso de la tutela preventiva, el carácter definitivo del repudio es igualmente exigible o puede prescindirse derechamente de él. Dado el carácter puramente introductorio de esta nota, dejamos el tratamiento de estas cuestiones para un desarrollo ulterior.

Resta finalmente comprobar si la “grave amenaza de daño” para los derechos de la parte no resulta de los eventos que hasta aquí hemos constatado y que siempre remiten a las partes del contrato mismo, sino del probable incum-

(39) Confr. ATIYAH, P. S., “Atiyah’s introduction to the Law of Contract”, Clarendon Press, Oxford, 2005, 6ª ed. por el profesor Stephen A. Smith, p. 200, aunque con algunas reservas respecto a la actitud que debe adoptar la parte inocente frente al repudio a partir de su obligación de mitigar y no agravar daños [deber que nuestro derecho incorpora ahora expresamente en el art. 1710, incs. b) y c), del Cód. Civ. y Com.].

(40) Remito al respecto a lo que explica SÁNCHEZ HE-RRERO, Andrés, “Resolución de los contratos...”, ob. cit., ps. 34-36. A favor de esta flexibilización, vid. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 460, texto y nota 26.

plimiento originado en otros eventos no relacionados directamente con la contraparte o la relación contractual, como, por ejemplo, la entrega de *commodities* cuyo precio de mercado se encuentra en significativo y sostenido aumento. En esas circunstancias, el acreedor podría razonablemente anticipar que su contraparte no cumplirá al vencimiento de la obligación, lo cual puede constituir una grave amenaza para sus derechos. ¿Podrá en este caso suspender la ejecución de su propia prestación en los términos del art. 1032 del Cód. Civ. y Com.? Una respuesta favorable se ha dado bajo el *Uniform Commercial Code* (41). Creo que, entre nosotros, la solución sería, en cambio y en principio, negativa, pues las normas implicadas del Cód. Civ. y Com. tienen un alcance más restringido que la legislación uniforme citada, al remitir siempre a circunstancias relativas a la contraparte de quien reclama la tutela o a la relación contractual que se apunta a suspender (42).

### III. Presupuestos y condiciones de forma para la procedencia de la “tutela preventiva”

Es de lamentar que la regulación del Cód. Civ. y Com. no haya establecido claramente una mecánica que deba seguirse a los fines de alegar la suspensión del cumplimiento al amparo de la tutela preventiva.

(41) Así, White y Summers han sostenido que “[t]he grounds for insecurity need not arise from circumstances directly related to the parties contract itself. Thus, where the market price of a commodity is rising, the buyer may justify in seeking assurances of performance from the seller even though the seller did nothing to cause buyer’s insecurity” (“[l]as causas de inseguridad necesitan obedecer a circunstancias vinculadas directamente con el contrato mismo. Así pues, cuando el precio de mercado de un commodity se encuentra en alza, el comprador puede estar justificado en pretender seguridades del vendedor a pesar de que éste no ha hecho nada para configurar el probable incumplimiento que se representa el comprador”). Confr. WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, ob. cit., p. 235.

(42) Esta solución, más restrictiva y por razones análogas a las esbozadas en el texto, la propone Huber en su comentario al art. 7.4 de los Principios Unidroit. Confr. HUBER, Peter, en VOGENAUER, Stefan - KLEINHEIS-TERKAMP, Jan, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, p. 850.

El derecho comparado suele disponer que quien pretenda la suspensión de sus prestaciones debe hacerlo saber “inmediatamente” a su contraparte, tal como lo establece, por ejemplo, el inc. 3º del art. 71 de la CISG. Reza esta norma que “[l]a parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe [...] debe comunicarlo inmediatamente a la otra parte”; ello así, pues deberá proceder al cumplimiento si “esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones” (43). En el mismo sentido, el Proyecto de 1998, en su art. 992, preveía que la parte afectada debía comunicar la suspensión “de inmediato a la otra parte”.

Pese a la orfandad normativa en el art. 1032 del Cód. Civ. y Com., entiendo con distinguida doctrina que los principios de ejercicio regular de los derechos y de buena fe consagrados por los arts. 9º, 10, 961 y ccdd. del Cód. Civ. y Com. dan base suficiente para sostener que, como regla, quien alega la suspensión tiene la carga de comunicarlo a la contraparte de forma inme-

(43) Pueden citarse precedentes notables que invalidaron la suspensión cuando no hubiera sido comunicada de inmediato. Así, por ejemplo, en la decisión del 15/10/2002 de un tribunal arbitral holandés (laudo del Netherlands Arbitration Institute nro. 2319; árbitros Dr. F. de Ly, Sr. E. J. van Sandick e Ing. L. Tjioe) se sostuvo que la notificación inmediata del inc. 3º del art. 71 de la CISG es insoslayable para el legítimo ejercicio de la facultad de suspender y que además esa notificación no puede hacerse en la persona de un tercero, sino que es recepticia por la contraparte (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>). De acuerdo con las circunstancias del caso, la “inmediatez” se midió respecto al conocimiento de los hechos invocados para intentar suspender las prestaciones del contrato. En sentido análogo, puede citarse un fallo belga acerca de un contrato de compraventa de bolsas plásticas entre un vendedor de Singapur y un comprador belga regido por la CISG. El vendedor fue demandado por pago del precio y el comprador alegó que había suspendido preventivamente los pagos por falta de conformidad de las mercaderías (conf. art. 71 de la CISG), y además reconvinó por invalidez del contrato y daños y perjuicios. El tribunal entendió que el comprador no tenía derecho a suspender los pagos bajo la norma referida, pero, además, añadió que dicho comprador en todo caso no había cursado la notificación “inmediata” de suspensión al vendedor, conforme lo requiere el art. 71 [3] de la CISG, en razón de que los reclamos por no conformidad de la mercadería entregada habían tenido lugar 14 meses y 5 meses antes de que se cursara esa comunicación (vid. fallo de Hof van Beroep, 28/04/2000, in re “BVBA Janssens Plastics c. Selakota Pte. Ltd.”, <http://www.unilex.info/cisg/case/782>).

diata al conocimiento por la parte inocente de los presupuestos que justifican su procedencia (44).

Dado que, como hemos visto, la parte contra la cual se propone la suspensión con base en la tutela preventiva puede enervar sus efectos por vía de cumplir o de dar garantías adecuadas de cumplimiento, esa comunicación debe, además de ser inmediata, proporcionar de buena fe las circunstancias a disposición del tutelado que permitan a su contraparte ejercer adecuadamente su opción para levantar la suspensión.

Por lo demás, si bien es claro que el régimen del Cód. Civ. y Com. (siguiendo los antecedentes del derecho comparado ya aludidos) contempla el ejercicio extrajudicial de la tutela preventiva (dispuesta directamente por autoridad del afectado, una vez reunidos los presupuestos legales

establecidos al efecto) (45), nada impide que la actuación de dicha tutela pueda encaminarse por vía judicial, ya sea incoando la correspondiente acción u oponiendo una excepción de fondo a los efectos de que el tribunal declare la procedencia de la tutela y disponga la legítima suspensión de la prestación a cargo del afectado, o aun por vía cautelar, en el marco de un proceso que pudiera tener por objeto cualquiera de las vicisitudes del contrato (46).

#### IV. Efectos de la “tutela preventiva”. Cesación de esos efectos

El art. 1032 del Cód. Civ. y Com. aborda las dos cuestiones mencionadas en el rubro: los efectos de la regular invocación de la tutela preventiva (ver punto IV.1) y la cesación de esos efectos (ver punto IV.2). Veamos sucesiva y sumariamente ambas cuestiones.

##### IV.1. Suspensión del contrato

El art. 1032 del Cód. Civ. y Com. dispone que el efecto de la tutela preventiva consiste en suspender el cumplimiento de las propias obligaciones de quien ha invocado regularmente ese amparo.

Esta suspensión comprende, para el caso del contrato de compraventa de mercaderías, al denominado “derecho de detención” (*Anhalterecht, right of stoppage, stoppage in transitu*), que aplica en los casos de “venta con expedición”. En estos supuestos, el vendedor que hubiera remitido las mercaderías al comprador a través un transportista independiente antes de conocer las razones de fondo que justifiquen la aplicación de la tutela preventiva puede intentar impedir la entrega de aquéllas al comprador. Sin embargo, suele tratarse de una facultad limitada en la práctica, pues la tutela preventiva concierne a la relación entre comprador y vendedor y en principio resulta inoponible a terceros, inclu-

(44) Confr. ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 925, y SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Il contratto”, ob. cit., p. 683, en los dos casos comentando el art. 1461 del Codice Civile, que tampoco contempla la obligación de comunicación. Entre nosotros, vid. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Comentario al art. 1032 del Cód. Civ. y Com.”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., vol. V, p. 553. En el texto señalo que ésta debería ser la regla, dado que pueden existir situaciones en las cuales, dada la gravedad de la situación, y sin llegarse claramente a la imposibilidad de cumplimiento [que extinguiría el contrato por aplicación de los arts. 955 y ccods. del Cód. Civ. y Com. (vid. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos...”, ob. cit., p. 48)], la propia contraparte no puede ignorar de buena fe que su aptitud para cumplir ha prácticamente desaparecido y por ende la suspensión se impone: v.gr., grave enfermedad en caso de obligaciones de hacer, indisponibilidad por privación de la cosa cierta que debe entregarse, etc. Es claro que si una parte conoce que prospectivamente dispone de las defensas de imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956 del Cód. Civ. y Com.), no puede ignorar que la otra dispone de la tutela preventiva. Vid. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, ob. cit., p. 435. En este sentido, no es infrecuente encontrar en la práctica contratos que contemplan la obligación de una de las partes (o eventualmente ambas) de comunicar a la otra ciertos eventos sobrevinientes que pueden alterar seriamente su aptitud para cumplir. En este sentido, cabe la pregunta acerca de si no podría entenderse que en ciertos casos graves ese deber de comunicación está implícito, sin necesidad de previsión alguna, a partir de la aplicación del principio de buena fe en la etapa de cumplimiento del contrato (confr. art. 961 del Cód. Civ. y Com.).

(45) Confr. SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Il contratto”, ob. cit., p. 683.

(46) Vid. arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com. En este sentido, alguna doctrina ha entendido que la tutela preventiva que nos ocupa puede encuadrarse dentro de la así llamada función preventiva de la responsabilidad civil [vid. glosa de Jorge e Ignacio Alterini al art. 1032 del Cód. Civ. y Com., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado..., ob. cit., vol. V, p. 554].

sive el transportista o el titular del almacén en el cual las mercaderías se depositen en destino a los fines de su entrega posterior. En la práctica, la eficacia de los derechos del vendedor dependerá de los términos de los contratos respectivos y de que posea los documentos de entrega, todo lo cual ocurrirá en los casos en que hubiera sido quien haya contratado el transporte o el almacenamiento (47).

La suspensión tampoco será oponible a los emisores de cartas de crédito o garantías a primera demanda. En estos casos, la modalidad de cumplimiento escogida por las partes impediría que una de ellas pueda aplicar eficazmente la tutela preventiva debido a que difícilmente pueda oponerse con éxito al pago que el tercero obligado bajo esos instrumentos deba efectuar, aun cuando tuviera razón para temer el incumplimiento de su contraparte (48).

#### *IV.2. Levantamiento de la suspensión del contrato*

La suspensión dispuesta producto del regular ejercicio de la tutela preventiva puede ser desafectada si la parte que amenazaba daño (ya sea por el deterioro de su aptitud para cumplir o su insolvencia o por su repudio) cumple o “da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado” (*vid.* art. 1032 del Cód. Civ. y Com.).

El levantamiento de la suspensión por cumplimiento no suscita mayores comentarios: cumplida la prestación en duda, se despeja todo el fundamento para la suspensión, según ya hemos visto al tratar acerca de las condiciones de fondo de procedencia de la tutela. Sin perjuicio de este enunciado, remito a lo antedicho respecto de los casos en los cuales la tutela hubiera sido invocada sobre la base de amenaza de sufrir daño en carácter de eventual “vencido” en una acción revocatoria concursal.

(47) Confr. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “Compraventa internacional de mercaderías...”, *ob. cit.*, p. 566.

(48) Vid. AUDIT, Bernard, “La compraventa internacional de mercaderías” (trad. de Zavalía), Ed. Víctor Zavalía, Buenos Aires, 1990, p. 185, texto y nota 160.

Por el contrario, el levantamiento de la suspensión por la prestación de “seguridades suficientes” de cumplimiento suscita diversas cuestiones, algunas de las cuales enumero a continuación.

En primer lugar, entiendo que las seguridades ofrecidas deben guardar relación y proporción (tanto en su forma como en su extensión) con la naturaleza de los eventos que hubieran dado origen a la suspensión y la importancia de las obligaciones cuyo cumplimiento ha sido puesto en entredicho (deben ser “suficientes”) (49). La primera distinción al respecto parte de determinar si estamos en presencia de una suspensión originada en el deterioro de la aptitud de cumplimiento o insolvencia o en un repudio [esto último conforme hemos señalado a partir de una interpretación armónica de los arts. 1032, 1084, inc. e), y cclds. del Cód. Civ. y Com.]. En los casos de repudio, la garantía podría provenir de una retractación verosímil de acuerdo con las circunstancias del caso (50); ello ocurriría, por ejemplo, cuando las dudas se refieren a factores que se encuentran enteramente bajo el control de la contraparte. De lo contrario, la garantía de terceros podría ser requerida. En los demás casos, por principio, las dudas sobre el cumplimiento habitualmente resultarán de factores que no están completamente bajo el control de la contraparte; por lo tanto, las garantías reales o de terceros serán las razonablemente requeridas para ser “suficientes” bajo el art. 1032 del Cód. Civ. y Com.

Si las garantías ofrecidas son “suficientes” de acuerdo con las circunstancias del caso y la parte que invoca la tutela las rehúsa y mantiene indebidamente la suspensión, podrá tenérsela por incumplidora con todos los efectos que ello acarrea (51).

(49) Confr. HUBER, Peter, en VOGENAUER, Stefan - KLEINHEISTERKAMP, Jan, *Commentary on the Unidroit Principles...*, *ob. cit.*; SCHNEIDER, A. - FICK, H., “Commentaire du Code Fédéral...”, *ob. cit.*, p. 202.

(50) Sobre la retractación del repudio, *vid.* WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, *ob. cit.*, ps. 241-224. Asimismo, *vid.* AUDIT, Bernard, “La compraventa internacional de mercaderías”, *ob. cit.*, p. 188.

(51) Vid. WHITE, James J. - SUMMERS, Robert S., “Uniform Commercial Code”, *ob. cit.*, p. 236; CALAMARI, Jo-

En segundo lugar, como hemos visto ya más arriba en ocasión de analizar los presupuestos de procedencia de la tutela preventiva, el legislador no ha equiparado el requisito de “grave amenaza de daño” del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. con el “peligro de incumplimiento”. Si el ofrecimiento suficiente de cumplimiento (junto con el cumplimiento efectivo) es uno de los medios de que se dispone para el levantamiento de la tutela, el presupuesto para la aplicación debió haber sido el peligro de ese incumplimiento, y no la “grave amenaza de daño”. La otra forma de alcanzar la coherencia consistiría en que la vía para levantar la suspensión consista en que la contraparte haga cesar la “grave amenaza de daño”, lo cual en la mayoría de los casos vendrá dado por el cumplimiento u ofrecimiento suficiente de cumplimiento, pero, como hemos visto, no siempre es ése el caso.

En tercer lugar, el caso en el cual hubiera peligro de incumplimiento esencial pero ese peligro pueda no amenazar daño, en razón de la existencia de garantías o seguridades, se abrirían dos opciones básicas: o se entiende que, estando la obligación (suficientemente) garantizada, el peligro de incumplimiento por el deudor no genera “grave amenaza de daño”, siendo improcedente la tutela preventiva (solución que, como he anticipado, es la que parece surgir del sistema vigente); o bien se entiende que el peligro de incumplimiento sí habilita en principio esa tutela y la cuestión de las garantías se evaluará al momento en que la contraparte del tutelado procure levantar la suspensión regularmente dispuesta. En este segundo caso, la contraparte exhibirá no sólo las “seguridades suficientes” que ofrezca dar para evitar la suspensión, sino también la suficiencia de las preexistentes.

Si bien la letra del art. 1032 del Cód. Civ. y Com. da suficiente sustento a la primera solución, creo que la segunda alternativa es más equitativa. Ello así por cuanto, excluyendo aquellos casos en los que, pese al peligro de incumplimiento, las garantías existentes sean evidentemente suficientes, que pueden solucionarse sin dificultad a partir de los principios generales de ejercicio regular de los derechos y buena fe (arts. 9º, 10, 961 y cc. del Cód. Civ.

y Com.), creo que habilitar la tutela preventiva en los casos de poca claridad acerca de la “grave amenaza” en razón de la suficiencia o insuficiencia de las garantías o seguridades evitaría para el amparado el grave riesgo de que su declaración de suspensión sea exitosamente cuestionada, porque, al fin del día, no sufriría “grave amenaza de daño”, pese a que el peligro de incumplimiento hubiera sido evidente, teniéndoselo en ese caso como incumplidor del contrato [arg. arts. 1084, inc. e), y cc. del Cód. Civ. y Com.] (52). Creo que esta solución aportaría un mínimo de certeza a las situaciones de incertidumbre como la que nos toca atravesar en estas horas, permitiendo al afectado disponer regularmente (y, por eso, sin riesgo de que se lo considere incumplidor) la suspensión de su prestación si el peligro de incumplimiento grave de su contraparte es razonable (pese a la existencia de garantías), dejando para la etapa de levantamiento de la suspensión la evaluación acerca de su suficiencia o de la necesidad de reforzarlas por el deudor, a tenor de lo dispuesto por el art. 1032, *in fine*, del Cód. Civ. y Com.

En cuarto lugar, nuestro régimen legal, a diferencia de otros en el derecho comparado a los que ya he aludido, no concede al afectado una pretensión para exigir una garantía a su contraparte. Por lo tanto, salvo que la prestación de la seguridad o garantía hubiera estado pactada, el afectado no puede reclamarla y su ofrecimiento es resorte de la contraparte a los fines de evitar los efectos de la suspensión del contrato dispuesta regularmente (53).

Finalmente, y como consecuencia de lo expuesto en el párrafo que antecede, en principio, la falta de prestación de la garantía frente a la suspensión regular del contrato no da al tutelado el derecho para resolver el contrato sobre esa

(52) Vid. el caso resuelto por la Oberlandesgericht Hamm. el 20/09/1992 (en <http://www.jura.unifreiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/57.htm>). En ese caso, el comprador se negó a recibir las mercaderías invocando suspensión de cumplimiento bajo el art. 71 de la CISG. El tribunal entendió que los presupuestos de esa norma no estaban reunidos y consideró entonces al comprador en situación de incumplimiento. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, “Compraventa internacional de mercaderías...”, *ob. cit.*, p. 281.

(53) Comp. CALAMARI, Joseph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, *ob. cit.*, p. 438, nota 57.

seph D. - PERILLO, Joseph M., “The law of contracts”, *ob. cit.*, ps. 438-439.

sola base. Por cierto, podrá ejercer el derecho de resolución cuando se reúnan los presupuestos legalmente previstos al efecto, por ejemplo, en mérito a lo dispuesto por el art. 1083 del Cód. Civ. y Com. una vez que el incumplimiento amenazado o previsto se concrete con el paso del tiempo. Probablemente haga excepción a lo recién apuntado el caso en que la suspensión hubiera sido dispuesta, conforme a nuestra postura, frente al repudio de la contraparte (54). En este caso, si tal repudio exhibe las notas de seriedad y firmeza que el art. 1084, inc. c), requiere para tenerlo como equivalente del incumplimiento anticipado (ya hemos visto que, a los efectos de la tutela preventiva, el repudio podría evaluarse de modo más flexible que en sede de resolución por incumplimiento), el afectado sí podrá prevalecerse de que su contraparte no prestó las garantías suficientes de cumplimiento y disponer la resolución contractual sobre la base de aquel incumplimiento anticipado producto del repudio.

## V. Breve recapitulación

Es casi un lugar común aseverar por estas horas que la aplicación de las regulaciones (aún más que la pandemia en sí misma) causará innumerables dificultades a la hora de cumplir o intentar cumplir con los contratos vigentes. En este contexto, resultará útil tener en cuenta el novedoso instituto de la tutela preventiva, así como su ámbito de aplicación, sus presupuestos de procedencia y efectos.

A tal fin recapitulo algunos de los resultados de esta nota:

(i) En cuanto a su ámbito de aplicación, la tutela preventiva aplica a los contratos sinalagmáticos y, en principio, a partir de la ocurrencia de ciertas circunstancias que deberán ser sobrevinientes a la celebración del contrato. Esas mismas circunstancias, cuando fueran preexistentes al contrato, aunque conocidas luego de su existencia, deberían venir solucionadas a partir de la teoría del error.

(ii) La tutela preventiva constituye [al igual que la “suspensión de cumplimiento” (antes

excepción de cumplimiento)] un remedio dilatorio o suspensivo, y no extintivo o resolutorio. Sin embargo, la “suspensión de cumplimiento” aplica cuando el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato sinalagmático es *simultáneo*, mientras que la tutela preventiva aplica cuando ese cumplimiento es *sucesivo*.

(iii) El primer presupuesto de la tutela preventiva consiste en la “grave amenaza de daño” en los derechos de quien la invoca. Este sintagma no equivale al “peligro de incumplimiento [significativo]” aceptado en general por el derecho comparado. Puede haber casos en los que medie peligro de incumplimiento sin que pueda acreditarse amenaza de daño (v.gr., cuando se trata de obligaciones suficientemente garantizadas), y viceversa, grave amenaza de daño en los derechos por el serio menoscabo de la solvencia de la contraparte (que alcance al estado de cesación de pagos) sin que haya peligro de incumplimiento significativo.

(iv) El segundo presupuesto de la tutela preventiva consiste en que la aludida grave amenaza de daño en los derechos tenga su origen en la contraparte contractual, en concreto: (i) en un menoscabo en la aptitud para cumplir o en la solvencia, o (ii) el “repudio” del contrato.

(v) La tutela preventiva puede ejercerse extrajudicialmente o judicialmente: mediante acciones de fondo por vía de acción o de excepción o por vía cautelar. En el caso de ejercicio extrajudicial, entiendo que en principio es exigible que la parte que requiere el amparo comunique la suspensión a su cocontratante de manera circunstanciada e inmediatamente después de conocidos los hechos en los que se basa.

(vi) El efecto del regular ejercicio de la tutela preventiva consiste en la suspensión de la ejecución del contrato. Esa suspensión puede ser levantada si la contraparte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado. La suficiencia de las seguridades en este caso debe guardar proporción con la gravedad de los hechos invocados para sostener la tutela y la circunstancia de que esos hechos se encuentren o no bajo el completo control de la parte que ofrece las seguridades.

(54) Confr. ATIYAH, P. S., “Atiyah’s introduction...”, ob. cit.

# Soluciones contractuales en situaciones excepcionales

Mateo García Fuentes (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Frustración temporal del contrato. Suspensión del cumplimiento.— III. Frustración definitiva. Imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor.

## I. Introducción

Para poder analizar en concreto las alternativas que el ordenamiento jurídico ofrece a los contratantes en circunstancias excepcionales como la presente (cuarentena obligatoria, aislamiento social, restricciones a los derechos subjetivos, en ocasión de la pandemia de COVID-19) es necesario conocer los pormenores del negocio sobre el cual se pretende operar. Sin perjuicio de ello, es posible abordar las generalidades y los requisitos de procedencia de los institutos que el Código Civil y Comercial (en adelante, “Cód. Civ. y Com.”) prevé para situaciones excepcionales.

No obstante, dado que nos encontramos en el campo del derecho contractual, donde prima la autonomía de la voluntad, entiendo que es fundamental tener a disposición el contrato en particular. Ello, por cuanto pueden haberse pactado cláusulas que obstan a la aplicación de institutos tales como el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1733, inc. a)], por mencionar alguno.

Para poder realizar un correcto análisis del caso y, por ende, del instituto a aplicar, corresponde distinguir si estamos ante una frustración temporal o definitiva del contrato. En este sentido, Brebbia explica que “en el campo jurídico negocial, frustración, en sentido amplio, alude al acto jurídico válido que no puede cumplirse por circunstancias sobrevinientes no originadas por el hecho personal de las partes” y

sigue diciendo que “en un sentido más específico y técnico, como instituto jurídico autónomo, por frustración se entiende la dificultad del cumplimiento del contrato por cambio de las circunstancias objetivas imperantes en el momento de la celebración del acto, que integran la base objetiva del negocio” (1).

En este marco, y según cuáles sean las situaciones fácticas particulares de las partes contratantes, el presente trabajo tratará de presentar diversas soluciones contractuales que el Cód. Civ. y Com. ofrece en el devenir de acontecimientos excepcionales.

## II. Frustración temporal del contrato. Suspensión del cumplimiento

Ahora, ¿qué sucede cuando esa frustración resulta temporaria? Existe enorme cantidad de supuestos fácticos en donde no se presenta un hecho que ponga límite definitivo a las expectativas de una o más partes del contrato, pero modifica temporalmente el contexto originario en el que se gestó la relación. En estos casos, si bien es razonable suponer que las partes afectadas mantienen su ilusión de que el hecho configurativo de la frustración habrá de desaparecer (dejando en claro que muchas veces puede transformarse en definitivo), no es menos real que sería injusto pretender que quien conserva una expectativa deba cumplir tal como si el contrato transitara por un andamiaje de normalidad.

(\*) Abogado por la Universidad Nacional de Rosario. Diplomado en Derecho Constitucional Especializado por la Universidad Austral.

(1) BREBBIA, Roberto H., “La frustración del fin del contrato”, LA LEY, 1991-B, 876.

Al repasar los requisitos que deben concurrir para que se produzca la frustración del fin del contrato, Lorenzetti (2) expresa que:

1) Debe existir un contrato con obligaciones correlativas, en el cual existe un sinalagma funcional.

2) El contrato debe ser de ejecución diferida o de duración.

3) Debe frustrarse el fin del contrato, concedido como la finalidad última de las partes en la concertación; no tiene virtualidad la frustración del mero motivo individual.

4) La frustración es producida por un hecho ajeno a las partes.

5) No debe ser una frustración temporaria, porque en este caso se aplicaría la suspensión del cumplimiento y no la resolución.

En virtud de lo explicado, es posible concluir que la situación que plantea la frustración temporaria tiene un remedio distinto a los supuestos de inmodificabilidad del cuadro de situación, esto es: la facultad de la parte afectada de llevar a cabo “la suspensión del cumplimiento y no la resolución”.

Uno de los fundamentos de la suspensión del cumplimiento es el principio de conservación del contrato, de fuerte arraigo en el derecho argentino. La fiel aplicación de dicho principio —rector en materia contractual— “obliga a un juicio de ponderación tendiente a lograr la máxima satisfacción. Para lograrlo es preciso tener en cuenta que se basa en la autonomía privada, en tanto que es ley para las partes y se trata de mantenerla firme frente a las alternativas que producen su ineficacia. Desde este punto de vista está fundado en la seguridad jurídica y en la buena fe-lealtad” (3). Lorenzetti sostiene, respecto del principio de conservación, que “la aplicación no está encaminada a mantener

el contrato por sí mismo, sino a lograr que se obtenga el resultado económico previsto” (4).

Por su parte, señala Mosset Iturraspe (5) que “el principio de conservación del contrato es mucho más que un mero criterio de interpretación: es, básicamente, el respeto a lo querido por los celebrantes al contratar; busca llegar a resultados negociales positivos y evitar las frustraciones que acarrear los fracasos negociales”. Por tanto, puede afirmarse que es un principio que sirve a la finalidad económica buscada por los celebrantes.

Asimismo, la buena fe juega su papel en la materia, toda vez que solicitar la resolución contractual, cuando jamás se ha dado un hecho configurativo de la frustración definitiva del contrato vigente, implicaría colisionar con este principio rector del ordenamiento jurídico. En este sentido se ha sostenido que “el principio de buena fe debe primar en los contratos, no solamente en su formalización, sino también en su ejecución. La buena fe-lealtad se debe no solo en el período preparatorio y de formalización, sino también en el de ejecución o disolución, en su caso. La buena fe que debe presidir el cumplimiento de las obligaciones impone a los contratantes ciertos deberes secundarios, tendientes a evitar todo aquello que pudiera frustrar el fin de la convención o perjudicar indebidamente a la otra parte” (6).

Lo cierto es que, conforme se encuentra regulado este instituto en el art. 1031, Cód. Civ. y Com., la *exceptio non adimpleti contractus* importa un remedio defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la contraprestación que se le debe. Borda expresa que “se trata de una medida de autodefensa privada, con carácter coercitivo, tendiente a salvaguardar el equilibrio

(2) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos, parte general”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2004, p. 530.

(3) WAJNTRAUB, Javier H., “La suspensión del cumplimiento del contrato”, LA LEY, 2007-C, 870, AR/DOC/1588/2007.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 151.

(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión”, LA LEY, 2006-A, 647.

(6) CNCom., sala B, 22/06/1991, “González, Julio c. Volkswagen SA”, LA LEY, 1991-E, 398.

contractual, y que permite no cumplir porque el otro no ha cumplido” (7).

Con lo cual, técnicamente, no podría una de las partes contratantes disponer la suspensión de la prestación a su cargo, salvo cuando la otra no cumpla o exista riesgo cierto de su incumplimiento. Pero si se integrara este instituto con el de tutela preventiva (art. 1032) podría una de las partes contratantes disponer la suspensión del contrato. Ello, siempre y cuando se funde en el hecho de que la otra parte ha sufrido un menoscabo “significativo” en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

Analizando el estado de cosas, y sobre todo los decretos presidenciales y las resoluciones ministeriales, es posible afirmar (según cuál sea la actividad económica que involucre el contrato en cuestión) que se han acotado ciertamente las posibilidades cumplimiento. Ello, por cuanto el dec. 297/2020 dispuso en su art. 2º que “las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. *Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos*”. En igual sentido el dec. 260/2020 estableció el régimen sancionatorio para quienes incumplieran el aislamiento social dispuesto. De manera que el cumplimiento del presente aislamiento es coactivo, conllevando su transgresión pena privativa de la libertad.

De manera que ciertamente, ante la restricción de la libertad ambulatoria, del flujo comercial y la capacidad de pago, podría afirmarse la posibilidad de invocar la suspensión preventiva del propio cumplimiento. Ya no basado en el incumplimiento de la prestación a cargo del co-contratante, sino en razón de su posible incapacidad de cumplimiento. Todo ello, a fin de prevenir un daño mayor. Razón por la cual la suspensión del contrato, a partir de la integración de los arts. 1301 y 1032 irrumpe como la opción más viable para garantizar la conservación del negocio contractual.

(7) BORDA, Alejandro, “Derecho Civil. Contratos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 184.

A ello cabe sumar, además, que cuando el contrato se frustra por circunstancias externas a las partes sin que medie culpa de ninguna de ellas, el riesgo proveniente de dicha ruptura debe ser compartido por ambas partes en materia de responsabilidad civil.

### III. Frustración definitiva. Imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor

Distinta es la situación que se presenta en el caso de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. En tales situaciones, más que la suspensión preventiva del contrato, lo que ocurre es la extinción de la obligación sin responsabilidad imputable a la parte incumplidora.

El *casus* que hace imposible el cumplimiento de una obligación produce su extinción, como así también la de su eventual obligación correlativa, y, transitivamente, puede llegar a extinguir el contrato que les da origen (aunque esto último dependerá de la importancia que la obligación cuyo cumplimiento se ha hecho imposible tenga en el marco de ese contrato). Además, exime de responsabilidad al deudor de la obligación afectada.

El caso fortuito o de fuerza mayor se presenta como un acontecimiento imprevisible o inevitable, exterior en su caso al riesgo de la cosa o la actividad, y que no tiene por antecedentes una culpa del contratante que la invoca. Produce un quiebre total de la relación causal entre el hecho del agente y el daño, y por esa razón libera totalmente de responsabilidad (8); destacándose como presupuestos exigibles para la exoneración de la responsabilidad:

- a) la imprevisibilidad: como hecho que no habría podido ser previsto;
- b) la inevitabilidad: como hecho que no ha podido preverse, y por ende, tampoco ha podido evitarse;
- c) la ajenidad: solo hay estrictamente caso fortuito cuando el agente no ha colocado ningún

(8) LORENZETTI, Ricardo, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 433.

antecedente idóneo (por acción u omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente **(9)**.

Puede ocurrir que la imposibilidad de cumplimiento reconozca su razón de ser en un supuesto de caso fortuito (art. 955, Cód. Civ. y Com.), sin perjuicio de lo cual, para que se configure la exención de cumplimiento deben concurrir los presupuestos característicos previstos en el mentado artículo:

a) Debe ser sobrevenida;

b) Debe ser objetiva en razón de un impedimento inherente a la prestación, sin que ello se relacione con las condiciones personales o patrimoniales del deudor;

c) Debe ser absoluta, viéndose impedida de cumplimiento en su totalidad y no en términos relativos;

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 (cfr. art. 1732 *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Así las cosas, tal como lo explica Sánchez Herrero, en el derecho continental se reconoce el impacto extintivo de la imposibilidad de cumplimiento por *casus* (no solo de la obligación afectada, sino también de la correspectiva que

pueda existir [y, en su caso, del contrato que les da origen]) y su eficacia como eximente de responsabilidad por el incumplimiento obligatorio, y nunca se apartó de esta línea **(10)**.

En razón de lo expuesto, entiendo que (siempre que *no se trate de algunas de las actividades exceptuadas, por ser consideradas esenciales*) la situación de emergencia sanitaria imperante y sus respectivas derivaciones de diversa índole (económicas, sociales, productivas, etc.) configura en efecto un supuesto de caso fortuito al cumplimentarse con los requisitos legales previstos en el art. 1730.

Es un hecho imprevisto, que ni siquiera el más diligente de los hombres de negocios podría haberse imaginado a fin de prever una disposición convencional, y, por consiguiente, inevitable. Dándose además, el requisito de ajenidad, esto es: independiente del accionar de las partes contratantes.

Ahora, si la situación desencadenada por la pandemia de COVID-19, en tanto caso fortuito, configura un supuesto de imposibilidad de cumplimiento, dependerá exclusivamente del caso concreto. Pues, dependiendo del ramo de actividad, las limitaciones dispuestas por los decretos presidenciales y resoluciones ministeriales pueden o no menoscabar o restringir la capacidad de cumplimiento.

En el caso de que no se trate de una de las actividades exceptuadas, entiendo que, si el incumplimiento reconoce su razón de ser en las consecuencias del presente estado de emergencia, la invocación de imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor parece viable y ajustada a las circunstancias de hecho y derecho.

(9) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, t. 4, p. 304 (cfr. LORENZETTI, ob. cit., ps. 434-435).

(10) SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “El caso fortuito y la imprevisión contractual”, AR/DOC/1581/2019.

# Los impactos del COVID-19 sobre la contratación en el marco de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales

Marcelo J. Hersalis (\*) (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Medidas adoptadas por las autoridades nacionales.— III. El impacto de las medidas sobre la contratación.— IV. Imposibilidad de cumplimiento.— V. Caso fortuito y fuerza mayor.— VI. Imprevisión.— VII. Los convenios de desocupación frente al DNU 320/2020.

## I. Introducción

Los coronavirus (CoV) son una amplia familia de virus que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como ocurre con el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el que ocasiona el síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV) (1).

El nuevo coronavirus o COVID-19 —nueva cepa de coronavirus— es una enfermedad infecciosa causada por un nuevo virus que, hasta el 31/12/2019, fecha en que fue notificado el estallido del brote en Wuhan, China, no había sido detectado en humanos (2).

La sintomatología incluye, en la mayoría de los pacientes, fiebre, cansancio y tos seca. Asimismo, en algunos casos se pueden presentar dolores, congestión nasal, rinorrea, dolor de garganta o diarrea. No obstante, algunos pacientes se infectan sin desarrollar sintomatología alguna. Es de hacer notar que el riesgo aumenta en el caso de personas mayores de 60 años y en aquellas que posean enfermedades crónicas previas.

En cuanto a su propagación, una persona puede contraer COVID-19 por vía de contacto con otra que esté infectada, ya que esta cepa puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o

---

(\*) Abogado (UBA). Director de la Diplomatura en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, en la Universidad Abierta Interamericana (anual). Carrera docente completa en la UAI. Profesor invitado en la Universidad de Bari (Italia). Profesor del Posgrado en Derecho de los Contratos de la UBA, dirigido por R. Lorenzetti. Director y profesor del Curso Profundizado de Daños y Contratos del Colegio de Abogados, CABA. Profesor asociado de la UAI, en la cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales. Profesor en la cátedra de Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor titular permanente por concurso de oposición y antecedentes de Contratos Civiles y Comerciales, UAI. Director de Estudios de Posgrado del Centro Cultural Italiano. Profesor invitado en el Posgrado de Daños de la Universidad de Concepción del Uruguay y la Universidad de Bari (Italia). Director de las Primeras y Segundas Jornadas Ítalo-Argentinas, celebradas en el Centro Cultural Italiano (CCI, U. de Bari). Profesor invitado en la Universidad Nacional de Tucumán. Integrante del Comité Académico de la Carrera de Posgrado del INDAE. Especialización en Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario. Profesor invitado en la Diplomatura en Derecho del Deporte del CPACF. Profesor invitado del curso Derecho, Manage-

ment y Marketing del Deporte del Colegio de Abogados de Quilmes.

(\*\*) Con la colaboración de Verónica Robledo.

(1) Véase <https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus/coronavirus>.

(2) Véase <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

la boca cuando el infectado tose o exhala. A su vez, dichas gotículas caen sobre los objetos y superficies, de modo que otras personas pueden contraer COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca (3).

Entre las medidas de prevención, las autoridades (4), así como los organismos a nivel internacional, recomiendan: distanciamiento social (manteniendo un metro de distancia entre persona y persona); lavado de manos frecuente con agua y jabón o alcohol en gel; toser o estornudar sobre el pliegue del codo o utilizar pañuelos descartables; no llevarse las manos a la cara; ventilar bien los ambientes de la casa y del lugar de trabajo; desinfectar bien los objetos que se usan con frecuencia; no automedicarse.

## II. Medidas adoptadas por las autoridades nacionales

Dadas las características, el impacto, la cantidad de infectados y muertes a nivel global (118.554 y 4281 hasta ese momento, respectivamente), y ascendiendo en aquel tiempo a 110 la cantidad de países afectados, la Organización Mundial de la Salud declaró al brote del COVID-19 como pandemia con fecha 11/03/2020 (5).

Es en este contexto que el gobierno nacional ha adoptado una batería de medidas no sólo tendientes a preservar la salud de todos los habitantes del país, sino también a fin de contener los efectos negativos que recaen sobre la economía. Entre ellas podemos nombrar:

1) El DNU 260/2020, por medio del cual se amplía la emergencia sanitaria y se dispone la adopción de medidas para contener la propagación del nuevo coronavirus.

(3) Véase <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public.q-a-coronaviruses>.

(4) Véase <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus/poblacion/prevencion>.

(5) Véase <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

2) El DNU 297/2020, por medio del cual se establece el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 12/04/2020 para todas las personas que se encuentren en el país, luego ampliado hasta el 26 de abril por DNU 355/2020.

Asimismo, se dispusieron: congelamiento temporario de alquileres y suspensión de desalojos; facilidades para créditos hipotecarios; asistencia a argentinos en el exterior; pago extraordinario para personal de seguridad y defensa; prórroga de vencimientos de deudas para pymes y micro pymes; pago extraordinario al personal sanitario; créditos a mipymes para el pago de sueldos; prohibición del cobro de comisiones por las operaciones en cajeros automáticos; ampliación de los alcances del cierre de fronteras; incremento de partidas presupuestarias destinadas a áreas críticas; obligatoriedad del uso de la aplicación COVID-19 para toda persona que ingrese al país; suspensión temporaria del corte de servicios por falta de pago; suspensión del cierre de cuentas bancarias; Ingreso Familiar de Emergencia; precios máximos para alimentos de la canasta básica y productos de primera necesidad; habilitación de un servicio de videollamadas para personas con discapacidad auditiva; construcción de 8 hospitales modulares de emergencia; creación de la Unidad Coronavirus COVID-19; designación del jefe de Gabinete como coordinador del sector público nacional en el marco de la emergencia sanitaria; paquete de medidas para proteger la producción, el trabajo y el abastecimiento; refuerzos en la política de protección social; línea 134 para denuncias por incumplimiento de la cuarentena obligatoria; suspensión de los partidos de fútbol; nuevas disposiciones para el transporte público; restricción en hoteles para alojar argentinos y argentinas hasta el 31 de marzo; campaña de prevención personalizada para argentinos que viajaron al exterior; nuevo esquema de atención en AFIP y ANSeS; cierre de fronteras; licencias y trabajo remoto para el sector público y privado; suspensión del dictado de clases presenciales en todas las escuelas del país; cierre de los Parques Nacionales y de las áreas protegidas del país; licencias preventivas para la comunidad educativa; implementación de medidas preventivas en el sector hotelero; readecuación del calendario académico en todas las instituciones universitarias y de educación superior del país; actualización de las licencias

para trabajadores; se facultó a las agencias de viaje a atender al público exclusivamente por canales electrónicos; habilitación de vías de comunicación para argentinos en el exterior; regulación de licencias para trabajadores de la Administración Pública Nacional; regulación de los vuelos que arriban a la Argentina; cambios en la operación internacional de la aerolínea de bandera; línea gratuita de consulta para adultos mayores; creación del Comité de Crisis en Materia de Transporte; fortalecimiento del control en los pasos fronterizos; suspensión de la presencia de público en todos los espectáculos masivos a nivel nacional; cierre de espacios culturales nacionales; nuevo protocolo para vuelos que llegan a la Argentina; creación de un fondo especial de \$ 1.700 millones; justificación de inasistencias; licencia excepcional para trabajadores que regresen de zonas afectadas por el coronavirus; supervisión de acciones en el Aeropuerto de Ezeiza (6).

### III. El impacto de las medidas sobre la contratación

Como podemos notar, todas estas medidas que fueron adoptadas por las autoridades nacionales y aquellas que se adopten en el futuro en aras de proteger la salud de todos los habitantes de la Argentina y contener la propagación de la pandemia pueden impedir o dificultar enormemente el cumplimiento de los contratos en vigor.

La principal consecuencia jurídica de la imposibilidad sobrevinida de cumplir los contratos por causa de fuerza mayor y/o por caso fortuito es la exoneración de la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento o cumplimiento tardío al acreedor.

Es así que ante esta pandemia —la cual, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, motivó la sanción de los DNU 260/2020 de Emergencia Sanitaria y 297/2020 de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio— se están produciendo y se generarán también a futuro imposibilidades temporarias o definitivas de cumplimientos y consecuencias en re-

(6) Véase <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/medidas-gobierno>.

lación con los contratos locativos inmobiliarios y sus accesorios, como fianza, cauciones, depósito de garantía, depósito de muebles y objetos que integran la locación, etc. Y también los drásticos cambios producidos en la economía, que influyen en las relaciones contractuales, produciendo alteraciones extraordinarias de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, que tornarán las obligaciones a cargo de una de las partes en excesivamente onerosas, darán lugar a planteos de resolución o adecuación de las prestaciones, por aplicación de la imprevisión contractual.

### IV. Imposibilidad de cumplimiento

El art. 724, Cód. Civ. y Com., define (7) a la obligación como “...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”. Asimismo, en los Fundamentos del Anteproyecto, los miembros de la Comisión Reformadora destacan que la “definición propuesta [...] remarca [...] la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el débito y la responsabilidad (8) como tramos de una misma relación obligatoria”.

Por el otro lado, el art. 955, Cód. Civ. y Com., dispone: “La imposibilidad sobrevinida, 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”; y el art. 956, Cód. Civ.

(7) Es pertinente recordar lo explicitado por Vélez: “nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes...” (nota al art. 495 del Cód. Civil, que dice: “Las obligaciones son: de dar, hacer, o no hacer”).

(8) Se recepta aquí la conocida teoría, de origen alemán, del *schuld-haftung* o del vínculo jurídico complejo. Puede verse, en tal sentido, LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 5ª ed. (actualizada por Patricio RAFFO BENEGAS), t. I, ps. 33-34. Para una mirada crítica de la teoría: CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Platense, La Plata, 1969, 1ª ed., ps. 15-18.

y Com., establece: “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 dichos artículos establece que, si bien el incumplimiento obligacional es generador de responsabilidad civil, si éste se produce por una causa sobreviniente no imputable a la conducta del deudor, la obligación se extingue sin obligación de reparar daño alguno al acreedor; es decir, su responsabilidad se torna inexistente cuando la prestación resulta imposible de ejecutar en razón del *casus* genérico del art. 1730 del Cód. Civ. y Com.; en tal sentido, decía el Digesto: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

Como vemos, el efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación es su extinción y la consecuente liberación del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta de aquél.

El acreedor de una obligación preexistente persigue la realización de su interés, y, por ende, el deudor está constreñido a cumplir con la prestación prometida; de no cumplirse ello, el deudor estará obligado a resarcir los daños provocados por su incumplimiento, a no ser que éste haya sido provocado por una causa que no le es imputable. Aquí es donde se torna relevante el instituto de la imposibilidad de pago.

Para que pueda configurarse la imposibilidad de cumplimiento como causa de extinción de las obligaciones, deben cumplirse los siguientes recaudos:

a) Que la prestación se haya tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida (debemos aclarar que la imposibilidad puede ser física o jurídica, cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida).

b) La imposibilidad debe ser sobrevenida, es decir, debe ser posterior al acto que ha genera-

do la obligación. Asimismo, dicha imposibilidad debe ser objetiva, absoluta y definitiva:

1) por objetiva debe entenderse que el impedimento esté referido al contenido de la prestación en sí y por sí considerada;

2) por absoluta, aquella que no puede ser vencida por las fuerzas humanas, por lo cual la prestación no puede ser llevada a cabo por nadie;

3) por definitiva, que no puede ser cumplida la prestación con posterioridad a la ocurrencia del hecho impositivo.

c) La imposibilidad debe haberse producido sin culpa o dolo del deudor, puesto que, si es imputable al deudor, en tal caso, más que extinguir la obligación, agravaría su situación, quien además deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione por ello al acreedor.

d) Que el deudor no responda por caso fortuito, ya que si lo ha asumido no podrá exonerar su responsabilidad y responderá por el incumplimiento.

El art. 956, Cód. Civ. y Com., dispone que la imposibilidad temporal tendrá efecto extintivo cuando “su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”. También se establece que el efecto extintivo se producirá cuando, frente a una imposibilidad temporaria, el plazo previsto en la obligación sea esencial. La solución legal resulta justa, ya que cuando media un plazo esencial la prestación debe cumplirse en el tiempo pactado; por ende, de no cumplirse en dicha fecha, la prestación no le será útil al acreedor, ya que carece de interés para él. El plazo esencial no admite la posibilidad de incumplimiento relativo (cumplimiento tardío) por carecer de utilidad para el acreedor; por ende, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, aun siendo ésta temporaria, extingue la obligación si no se puede llevar a cabo en el plazo establecido por las partes.

El DNU 260/2020 genera una imposibilidad legal absoluta de cumplimiento, por causa de fuerza mayor, en la cual se encuentran comprometidos intereses de orden superior, como lo son la salud pública y la vida:

a) *Entrega y recepción de la tenencia del inmueble por ambas partes*: se trata de una imposibilidad temporaria para ambas partes, ya que durante la vigencia de la prohibición de transitar ninguna de ellas puede cumplir con la prestación a su cargo: la del locador, de entregar materialmente la tenencia, y la correlativa del locatario, de recibirla. Ello, en el caso de haberse celebrado el contrato de locación con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma prohibitiva, habiéndose diferido la entrega de la tenencia para una fecha que coincidió luego con la imposibilidad de transitar. Es de hacer notar que mientras no se trate de una locación para el cumplimiento de una finalidad determinada, esta imposibilidad temporaria no faculta a ninguna de las partes a rescindir el contrato. En ambos casos, conforme al art. 955, Cód. Civ. y Com., las partes están eximidas de responsabilidad.

b) *Imposibilidad del locatario de pagar el canon locativo durante el período del aislamiento*: esta imposibilidad no reviste el carácter de absoluto, ya que existen medios para realizarlo puntualmente, tales como las transferencias bancarias.

c) *Imposibilidad temporaria del locador de realizar mejoras obligatorias o refacciones en el inmueble*: si el locador está obligado legal o convencionalmente a efectuar refacciones o mejoras en el bien dado en locación, el período de aislamiento obligatorio genera una imposibilidad sobrevinida absoluta y temporaria de materializarlas. No obstante, si ya el locatario lo había intimado a efectuarlas previo a la entrada en vigencia del DNU y el locador no cumplió, una vez desaparecida la causa del impedimento debe realizarlas y, además, asumir los daños y perjuicios causados (9).

## V. Caso fortuito y fuerza mayor

El art. 1730, párr. 1º, Cód. Civ. y Com., establece: “*Caso fortuito. Fuerza mayor*. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previs-

(9) ABATTI, Enrique - ROCCA (h.), Ival, “Recomendaciones legales. Renegociación por imprevisión e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento en locaciones ante la pandemia. Esfuerzo compartido”.

to, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

La norma sigue de cerca al Código de Vélez; este concepto clásico y tradicional del caso fortuito se remonta en sus orígenes al derecho romano. El Código Civil y Comercial de la Nación emplea la expresión “caso fortuito” en los arts. 763, 792, 955, 1201, 1203, 1206, 1268, 1371, 1376, 1413, 1536, inc. d), 1730, 1731, 1733, 1767, 1787, 1975, 2º párr., 2146, 2º párr., 2404, 2º párr., 2515, último párr., y 2519; y la expresión “fuerza mayor”, en el art. 1258 del mismo cuerpo legal. En algunos artículos usa ambas expresiones conjuntamente, unidas por la conjunción “o” (arts. 955, 1203, 1371 y 1730, Cód. Civ. y Com.). También varias leyes especiales, como las leyes 13.246 (de Aparcerías Rurales), 23.370 (de Financiamiento de la Vivienda) y 24.449 (de Tránsito) emplean la expresión “caso fortuito” (10).

Y en el art. 1730, 2º párr., el Código Civil y Comercial de la Nación aclara que emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos, al igual que lo hacía el Código de Vélez en diversas normas; utiliza indistintamente los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”, asignándoles idénticos efectos, siendo indiferente la alusión a uno u otro vocablo (11). Pero ocurre que ontológica o conceptualmente ambas terminologías no sólo no son idénticas, sino que tienen importantes diferencias entre sí, ya que “caso fortuito” es lo que no ha podido preverse, y “fuerza mayor”, lo que no ha podido evitarse, aun previéndose su acontecimiento y su inminencia.

## VI. Imprevisión

La teoría de la imprevisión (12) —actualmente positivizada en el Código Civil y Comercial de

(10) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY, 2015-B, 1108.

(11) CNCiv., sala C, 05/09/2000, JA 2001-II-571.

(12) BUSSO, Eduardo B., “La doctrina de la imprevisión”, RCyS 2002, 1211, Supl. Esp. Revisión y Rción. de las Obligaciones 2003 (septiembre), 143; y en LORENZETTI, R. L. - BENAVENTE, M. I. - RODRÍGUEZ, J. P., Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, t. IV, 919, quien se preguntaba al respecto: “¿De qué

la Nación en el art. 1091 (13)—, para gran parte de la doctrina, fue una verdadera válvula de escape (14): frente al rígido principio *pacta sunt servanda* nace la imprevisión.

serviría el derecho en una ciudad donde faltaran quienes pudieran aplicarlo?”

(13) “En el régimen del Código Civil y a diferencia de lo previsto en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente era sólo una posibilidad otorgada a la parte que no se considera perjudicada pero no un derecho de aquella que considera que su prestación se volvió excesivamente onerosa, puesto que esta última sólo podía demandar su resolución”. CNCCom., sala D, 10/11/2015, “BWA SA c. Autopistas del Sol SA s/ ordinario”, reg. 94.045/2002; “Autopistas del Sol SA c. BWA SA s/ ordinario”, reg. 9.518/2001; y “Autopistas del Sol SA c. Chubb de Fianzas y Garantías SA s/ ordinario”, reg. 61.286/2001, AR/JUR/55363/2015.

(14) DE LORENZO, Miguel F. - TOBÍAS, José W., “Apuntes sobre la acción autónoma de reajuste en los términos del art. 1198 del Código Civil”, en Supl. Esp. Rev. del Contrato 2003 (febrero), 25; LA LEY, 2003-B, 1185; y en ANAYA, Jaime L. - ALEGRIA, Héctor (dir.), Derecho comercial. Doctrinas esenciales, t. II, 615. “Dos décadas atrás, la doctrina nacional se había detenido, en un encendido debate, sobre la posibilidad de acordarle a la parte perjudicada por la excesiva onerosidad una acción autónoma tendiente a lograr el reajuste de las prestaciones. Las diferencias en la doctrina, se reflejaron también en el panorama jurisprudencial que involucró una recordada sentencia de la Corte Suprema que se había pronunciado en el sentido [de] que el art. 1198 del Cód. Civil no concede una acción directa de adecuación del contrato para el supuesto de excesiva onerosidad y que, en un reciente pronunciamiento, el mismo tribunal parece haber reconsiderado. Las dudas e incertidumbres sobre una acción autónoma de reajuste contractual a la luz de los acontecimientos que desencadenaron la actual emergencia económica vuelven lamentablemente a reavivar el tema. Sin embargo, en esta ‘nueva estación del contrato’ en la Argentina, la convicción sobre su procedencia aparece como consolidada”. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La imprevisión y su aplicación a la compraventa de inmuebles por hiperinflación”, LA LEY, 1990-B, 900; y en LORENZETTI, R. L. - BENAVENTE, M. I. - RODRÍGUEZ, J. P., Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales, t. V, 187: “La teoría de la imprevisión consagrada por el art. 1198 del Cód. Civil procura corregir las anomalías contractuales derivadas de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que modifiquen groseramente la equivalencia entre las prestaciones. Su procedencia requiere un desequilibrio sobreviniente muy marcado, con el cual se ignoraría el valor justicia de no intervenir el órgano jurisdiccional. Se supone que todo contrato obliga a lo que expresa y además, a otras previsiones implícitas que se consideren igualmente vigentes como el compromiso de proceder de buena fe y la regla de subsistencia de las condiciones y bases del negocio. Todos estos elementos

Esta figura resulta operativa tanto como causal de extinción o de modificación como de adecuación del contrato, y es de aplicación —como regla general— a los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente.

Si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a pedir la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, ya sea por vía extrajudicial o judicial, y, en este último caso, como acción o como excepción.

Como podemos ver, para que proceda esta figura, la excesiva onerosidad en la prestación a cargo de una de las partes debe tener como causa una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato. Con lo cual, el hecho generador de la alteración extraordinaria debe ser posterior a la celebración del contrato. Dicho acontecimiento sobreviniente, a su vez, debe ser ajeno a la voluntad de las partes y al riesgo asumido por la parte afectada.

Como hemos dicho, su ámbito de aplicación, como regla general, son los contratos de ejecución diferida o permanente, ya que la excesiva onerosidad (15) de la prestación a cargo de una de las partes debe tener lugar durante la etapa de ejecución contractual, cuestión que no puede suceder con un contrato de ejecución instantánea.

integran el consentimiento con diferente jerarquía según los criterios de fundamentación del instituto”

(15) “Si bien las deudas deben ser pagadas, ello no puede ser a cualquier costo, más aún en el caso en el cual el Estado promocionó la atracción de los créditos UVA firmando y asegurando la eliminación del problema inflacionario, resultado que claramente no fue obtenido, sino todo lo contrario, se profundizó, siendo absolutamente injusto cargar a los habitantes de manera individual por las consecuencias de políticas económicas en las que ellos no han tenido incidencia alguna”. Juzg. Civ. y Com. N° 4 Dolores, 16/12/2019, “Pieron, Oscar E. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires (Sucursal General Lavalle) s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)”, AR/JUR/50989/2019.

Excepcionalmente, la figura de la imprevisión rige también para los contratos aleatorios sólo si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia. Esto significa que la excesiva onerosidad debe superar el riesgo asumido por la parte perjudicada, ya que, si aquélla estuviera incluida en el riesgo asumido por la parte contratante, no quedará configurada la causal de resolución o —a diferencia de los restantes modos de extinción— de adecuación del contrato.

Es de resaltar que la excesiva onerosidad sobreviniente y ajena a los contratantes no produce *per se* o de pleno derecho la extinción o adecuación del contrato. Esto es, la parte perjudicada no se encuentra facultada para declarar su resolución o adecuación (16), sino tan sólo a plantearla judicialmente —por vía de acción o excepción— o extrajudicialmente.

Este mismo derecho también le corresponde al tercero a quien se le han conferido derechos o asignado obligaciones resultantes del contrato.

#### *VI.1. Diferencias y similitudes con el pacto comisorio o cláusula resolutoria*

La paridad entre el pacto comisorio o cláusula resolutoria y la imprevisión está dada por la extinción de la relación contractual. Por su parte, las diferencias se pueden resumir de la siguiente manera:

a) La imprevisión se caracteriza por la configuración de una excesiva onerosidad, mientras que el pacto se limita a la reciprocidad de las prestaciones.

(16) “El tomador de crédito UVA y el Banco de la Provincia de Buenos Aires deben, como medida cautelar innovativa, renegociar los términos del crédito en condiciones que el mismo pueda ser abonado por el deudor —al igual que el Estado con sus acreedores—, para lo cual contarán con un plazo de noventa días; y, mientras esa negociación de los términos del contrato sea llevada a cabo, el monto de la cuota que deberá abonar el deudor al banco, no podrá tener una incidencia superior al veinte por ciento (20%) del salario bruto que el deudor percibe como empleado municipal”. Juzg. Civ. y Com. Nº 4 Dolores, 16/12/2019, “Pieroni, Oscar E. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires (Sucursal General Lavalle) s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)”, AR/JUR/50989/2019.

b) La imprevisión se origina por un hecho ajeno a las partes (17), mientras que en el pacto aparece la culpabilidad a través de la configuración del incumplimiento.

c) En la imprevisión se puede peticionar la adecuación del contrato, es decir, reajustarlo conforme a la distorsión producida por el hecho o acontecimiento generador de la alteración extraordinaria, sobreviniente y ajena a la voluntad de las partes, mientras que dicho aspecto no se encuentra contemplado respecto a la cláusula resolutoria, la cual sólo se refiere a la resolución (arts. 1086 a 1088, Cód. Civ. y Com.).

Para concluir en este aspecto, citamos a Messineo, quien, con su gran agudeza de siempre, expresa: “Entre la resolución por excesiva onerosidad y la resolución por incumplimiento existen diferencias: la primera no supone un incumplimiento sino una situación que podría determinar el incumplimiento; la segunda supone un incumplimiento ya en acto y determinado como tal, o, por lo menos, una mora *solvendi* [...]. La primera se determina por una situación objetiva, la segunda depende de un propósito deliberado de incumplimiento (elemento intencional)” (18) (19).

Como es de suponer, toda esta batería de medidas adoptadas para preservar a las personas frente a esta pandemia tiene un impacto tanto en el mediano como en el largo plazo sobre las contrataciones, en el sentido de tornar excesivamente más onerosa la ejecución de la prestación a cargo de una de las partes, lo que dará

(17) “Aunque el actual art. 1091 del Cód. Civ. y Com. no contenga expresamente el requisito de la imprevisibilidad, corresponde entender que es un requisito necesario a los efectos de la aplicación de la normativa citada, puesto que, en caso contrario, integraría el riesgo asumido por la parte afectada al contratar”. CNCom., sala D, 10/11/2015, “BWA SA c. Autopistas del Sol SA s/ ordinario”, reg. 94.045/2002; “Autopistas del Sol SA c. BWA SA s/ ordinario”, reg. 9.518/2001; y “Autopistas del Sol SA c. Chubb de Fianzas y Garantías SA s/ ordinario”, reg. 61.286/2001”, AR/JUR/55363/2015.

(18) MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, t. II, p. 398.

(19) ZAGO, Jorge A. - HERSALIS, Marcelo J., “Pactos en la compraventa”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2012, 1ª ed., ps. 156-159.

lugar, según corresponda, a la resolución o adecuación del contrato.

Resulta interesante el tratamiento que este instituto recibe en el derecho comparado. Así, en el derecho italiano se contempla un “...procedimiento para la excesiva onerosidad que inicia con una demanda de resolución del contrato y otorga al demandado la posibilidad de oponer la adaptación...” (20).

No obstante, es tendencia en el derecho de los contratos el modelo francés, consistente en iniciar el procedimiento con una etapa de renegociación de las condiciones originarias del contrato a los efectos de que sean las partes —principales interesados— quienes decidan sobre el desenvolvimiento del contrato, interviniendo el juez recién para paliar la falta de acuerdo (21).

## VII. Los convenios de desocupación frente al DNU 320/2020

En el marco de la emergencia sanitaria en la que se encuentra nuestro país frente a la propagación del COVID-19, el gobierno nacional, a través del DNU 320/2020, dictado y publicado con fecha 29/03/2020, resolvió suspender en todo el territorio nacional, hasta el día 30/09/2020, el desalojo de inmuebles por falta de pago.

Asimismo, estableció la prórroga, hasta la misma fecha, de la vigencia de los contratos de locación cuyo vencimiento haya operado desde el 20/03/2020, junto con el congelamiento del precio de los contratos de alquiler, debiéndose abonar hasta el 30/09/2020 el monto correspondiente al mes de marzo del corriente año.

Por su parte, la ley 26.994 derogó la ley 21.342 de Locaciones Urbanas, dejando sólo subsistente su art. 6º, con lo que se ha suscitado una tras-

(20) GARCÍA LONG, Sergio, “Contratos en cuarentena. Coronavirus y cambio de circunstancias”, en *Implicancias del coronavirus en el derecho peruano. Derecho civil*, 26/03/2020, IJ-CMXIV-403.

(21) GARCÍA LONG, Sergio, “Contratos en cuarentena. Coronavirus y cambio de circunstancias”, *ob. cit.*

cedente discusión en torno a la validez de los convenios de desocupación y a la eventual aplicabilidad del procedimiento de homologación para su ejecución, insinuándose actualmente una corriente mayoritariamente contraria a su admisión o ya, cuando menos, a autorizar que se los homologue en tanto no se trate de un modo anormal de conclusión de un proceso de desalojo o uno análogo preexistente.

Entendemos —siguiendo a Kielmanovich— que, bajo el actual régimen del Código Civil y Comercial de la Nación, nada impide que se celebren convenios de desocupación una vez vencido el plazo de la locación o extinguida la locación (art. 1217, Cód. Civ. y Com.), ni tampoco antes —cualquiera fuera su destino— si el locatario está en la tenencia de la cosa (art. 1198, Cód. Civ. y Com.), máxime frente a la indisimulada libertad de contratación que establecen los arts. 958 y 959 del citado ordenamiento y el carácter supletorio que señalan los arts. 962 y 963 del referido cuerpo normativo (22).

Es de destacar que del hecho de que la homologación del convenio se encuentre prevista para los modos anormales de conclusión del proceso no se sigue que dicho procedimiento sea improcedente respecto de aquellos acuerdos que suponen la composición previa y privada de un conflicto —por lo que no mediaría infracción de lo que dispone el art. 2º de la ley 27—, máxime frente a la obligatoriedad de acordar una tutela judicial efectiva (arts. 8º y 25, Pacto de San José de Costa Rica, ley 23.054; arts. 706 y ccds., Cód. Civ. y Com.), más allá de que dicho deber no se limita a los procesos contenciosos.

En este tipo de procesos el juez debe limitarse a constatar si el acuerdo (conciliatorio o transaccional, judicial o extrajudicial), que pone fin a un proceso preexistente o no, ha sido suscripto por las partes que supuestamente lo habrían otorgado; la capacidad de éstas para hacerlo; y, en cuanto a su contenido, que lo acordado no sea contrario al orden público o aprehenda derechos indisponibles.

(22) KIELMANOVICH, Jorge L., “Los convenios de desocupación luego de la sanción del Código Civil y Comercial”, *LA LEY*, 2019-E, 1007, AR/DOC/3267/2019.

Es de remarcar que el principio de libertad de contratación **(23)** se encuentra receptado en el art. 958, Cód. Civ. y Com., el cual dispone: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

Aquí se describe el principio de la autonomía de la voluntad, declarando, como premisa, la libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido. La disposición incluye límites que se pueden denominar *límites inherentes a la autonomía de la voluntad* y que se hallan constituidos, entre otros, por: (a) la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958); (b) la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes *cuando lo autoriza la ley*, o de oficio cuando *se afecta, de modo manifiesto, el orden público* (art. 960) **(24)**.

(23) “El art. 765 del Cód. Civ. y Com. no es de orden público, y por ello, no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962, Cód. Civ. y Com.) pacten, como establece el art. 766 del mismo ordenamiento, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada” (C5ª Civ. y Com. Córdoba, 24/06/2016, “Odiri, María Rosa c. Coco Cantor SA s/ ordinarios - cobro de pesos - recurso de apelación”, AR/JUR/47367/2016). “La aseguradora que celebró un contrato de seguro a la exportación de carnes y cueros en dólares debe ser condenada a sufragar la indemnización tarifada en la póliza en esa divisa aun cuando el art. 765 del Cód. Civ. y Com. permita al deudor liberarse dando al accipiens el equivalente en moneda de curso legal, pues esta regla presenta dos excepciones, a saber, que se encuentre prevista otra solución; y que las partes pacten expresamente el pago en moneda extranjera, en consonancia con el principio de libertad de contratación (art. 958, Cód. Civ. y Com.)” (CNCom., sala C, 03/12/2015, “Coto CICSA c. CESCE Argentina SA Seguros de Crédito y Garantías s/ ordinario”, AR/JUR/69292/2015). “Si el pagaré a ejecutar no tiene deficiencias formales, pero surge de la documentación extracartular acompañada por el ejecutante un abuso en la conformación de la deuda, corresponde rechazar la excepción de inhabilidad de título, mandar adelante la ejecución e incluir intereses compensatorios en su justa medida —en el caso, un 4% mensual—, en consonancia con lo dispuesto por los arts. 953 del Cód. Civil y 279, 958 y 1004 del Cód. Civ. y Com.” (CCiv. y Com. Junín, 05/04/2016, “CFN SA c. Arguello, Oscar R. s/ cobro ejecutivo”, AR/JUR/28972/2016).

(24) STIGLITZ, Rubén S., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. V, p. 535.

Hemos expresado que la ley considera a las partes en pie de igualdad (en concordancia con la igualdad entre los hombres, contemplada por el art. 16 de la CN) y les reconoce libertad absoluta para concretar negocios dentro de los límites que imponen la moral, el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, una vez celebrado el acuerdo, la libertad de las partes queda limitada a lo convenido y el incumplimiento dará lugar al pertinente derecho de reclamo. En verdad, la organización jurídica apropiada debe equilibrar esos factores en juego y superar el falso antagonismo “de libertad y autoridad” para lograr un ordenamiento social en el cual el contrato llena una función que, al propio tiempo que satisface el interés individual de los contratantes, coadyuva al bien común de la sociedad, y la autoridad estatal, sin dejar de respaldar el régimen contractual en lo que tiene de conforme con la naturaleza libre y social del hombre, resguarda eminentemente los fueros de la justicia **(25)**.

Siguiendo el mismo razonamiento, Bianca sostiene que para poder hablar de contrato es menester que la disposición sea realizada por las partes, o sea que tenga su fuente en el acuerdo como acto de ejercicio de su autonomía privada. El contrato es la regla, por cuanto deriva del consentimiento de las partes, la autorregulación, y no del poder autoritario externo (regla heterónoma); en una palabra, es una regla convencional **(26)** (*pattizia*) **(27)**.

En este sentido, el Código Civil y Comercial consagra en su art. 959 el efecto vinculante **(28)**

(25) ZAGO, Jorge A. - HERSALIS, Marcelo J., “Pactos en la compraventa”, ob. cit., p. 135.

(26) Sin perjuicio de ello, esta convencionalidad tiene muchas cortapisas; así, p. ej., 1. hay un plazo mínimo para el contrato de locaciones, 2. las sociedades están sujetas a un régimen de tipicidad, 3. los seguros y los círculos de ahorro y préstamos están sujetos a contratos normativos típicos, etc.

(27) BIANCA, Massimo, “Derecho civil. El contrato”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 30.

(28) “Dado que el estatuto de la asociación civil demandada establece la apelación interna de las sanciones disciplinarias como requisito previo al acceso a la vía jurisdiccional, corresponde confirmar el rechazo del pedido de nulidad de la expulsión de socios, pues el agotamiento de los mecanismos de solución de conflic-

de los contratos, al expresar: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

El Código, bajo la denominación de “efecto vinculante”, consagra el principio de la *fuera obligatoria del contrato*, pero apartándose de la literalidad del texto del art. 1197 del Código derogado. Para alcanzar un concepto de lo que significa “efecto vinculante” o “fuera obligatoria del contrato”, vale recordar que esta disposición tomó como fuente lo dispuesto por el art. 1134 del Cód. Civil vigente en Francia. Más allá de que se atribuye a Domat la fórmula empleada en el Código Civil francés, es Marcadé quien la desenvuelve enérgicamente (29), aun cuando, si bien aclara que las convenciones no son leyes “propiamente dichas”, como mínimo les asigna la categoría de reglas a las cuales las partes deben sometimiento “como a la ley misma” (30).

La tarea judicial (31) se complica fundamentalmente (32) en el área de la legislación eco-

tos previstos estatutariamente se funda en el respeto a la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil; arts. 959, 1021 y 1061, Cód. Civ. y Com. vigente) y en la necesidad de brindar la posibilidad de reparación en el propio seno del ente” (CCiv. y Com. 2ª Nom. Córdoba, 18/02/2016, “Orlandi, Domingo J. c. Centro de Jubilados, Pensionados, Tercera Edad y Biblioteca Paz y Progreso y otro s/ societario contencioso - otras acciones”).

(29) MARCADÉ, Victor N., “Éléments du droit civil français”, Ed. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1847.

(30) STIGLITZ, Rubén S., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., t. V, ps. 539-540.

(31) ROUSSEAU, Jean-Jacques, “El contrato social”, Ed. Biblioteca EDAF, Madrid, 2001, 15ª ed., p. 198. “Cuando no es posible establecer una exacta proporción entre las partes constitutivas del Estado, o cuando causas indestructibles alternan sin cesar sus relaciones, entonces se organiza una magistratura particular que, sin estar integrada en las otras, restituye cada término a su verdadera relación y establece una conexión o término medio, ya entre el príncipe y el pueblo, ya entre aquél y el soberano, o entre ambas partes cuando es necesario”.

(32) SAUX, Edgardo I., “Contratos en general. Disposiciones generales. Definición. Libertad de contratación. Efecto vinculante. Facultades de los jueces. Breves referencias al Proyecto de Código Civil y Comercial unificado

nómica (33) que incumbe al contrato. Ésta es esencialmente variable e inestable (34), y los

del año 2012”, Revista de Derecho Privado y Comunitario I-2014, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2014, p. 39. “... Es interesante, p. ej., señalar que en sus arts. 1711 y 1712 admite la tutela inhibitoria del daño incluso activada de oficio (la previsión se inordina dentro de la regulación de otras fuentes de las obligaciones fuera del contrato, pero nada impide que la función preventiva del daño se diera a partir de un acuerdo de voluntades, como podría suceder como ejemplo en un supuesto en el cual por vía contractual se afectara el medio ambiente, o se aplicaran criterios discriminatorios prohibidos por normas constitucionales y legales), lo cual es clara muestra de esa expansión de las facultades judiciales de intervención respecto de la voluntad privada a la cual estamos haciendo referencia”.

(33) TRIGO REPRESAS, Félix, “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, RCyS 2012-IX-5. “Con la ley 25.561, sigue siendo válida y posible la contratación de nuevas obligaciones en moneda extranjera; atento que conforme a su art. 5º continúa en vigencia el texto de los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, según la ley 23.928; máxime teniendo en cuenta que únicamente fueron pesificadas las deudas en moneda extranjera ya existentes antes de comenzar a regir la ley 25.561. De tal forma que hoy se puede recurrir perfectamente a monedas de otros países, en todas las nuevas contrataciones celebradas o a celebrarse después de entrar en vigor la ley 25.561. Empero hubo al respecto algunas dificultades prácticas, ya que en efecto, según el apartado ‘Nuevas imposiciones’, 2º párr., de la res. 6 y sus modificatorias hasta la nro. 46/2002 del Ministerio de Economía, en lo futuro ‘En moneda extranjera: sólo podrán constituirse depósitos a plazo fijo’ en las entidades financieras; lo cual era por otra parte congruente con la compulsiva transformación a pesos de todas las obligaciones en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras que existían en el sistema financiero hasta la ley 25.561, dispuesta por los arts. 1º y 2º del dec. PEN 214/2002. No obstante tiempo después, por el art. 23 del dec. 905 del 31/05/2002, se posibilitó también: ‘la constitución de depósitos en moneda extranjera en cuentas a la vista y depósitos a plazo, siempre que se destinen exclusivamente a la financiación de operaciones de comercio exterior y actividades vinculadas’; aclarándose en el inc. c) del art. 18 de la resolución del Ministerio de Economía 81 del 11/06/2002, que sustituyera el párr. 4º del apartado ‘Nuevas imposiciones’ del ‘anexo’ de la res. 6/2002 y de sus modificatorias, que ello ha de ser así ‘siempre que las entidades financieras destinen los recursos obtenidos por dichas imposiciones exclusivamente’ a tales fines”.

(34) HERSALIS, Marcelo J., “Responsabilidad del deudor en cuanto al cumplimiento de la moneda pactada (la ‘carga de conocimiento’)”, RCyS 2014-VII, 49, AR/DOC/1984/2014. Es importante destacar lo dicho en un fallo reciente: “En efecto la reforma introducida por la ley 23.928 a los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, que ha

tribunales no llegan a consolidar un criterio interpretativo, porque no bien la sentencia se afirma en una orientación, la norma legal que habían estado aplicando es cambiada por otra; de allí que, de algún modo, “la flexibilidad de la política económica choca con la idea de seguridad jurídica” (35).

Debemos remarcar que el derecho no sólo abarca el civil, sino también el laboral, el comercial, el agrario, el penal y hasta el aspecto económico. Destacamos este aspecto, ya que, en reiteradas situaciones, aparece flagrantemente el desequilibrio, y es allí en donde debe mediar el derecho.

Tal principio es consecuencia directa de la fuerza vinculante del contrato, corolario de la autonomía de la voluntad, que, a su vez, es piedra angular de la disciplina general del contrato. Como señala Gamarra, entre los efectos del contrato se destaca, en primer término, “su obligatoriedad; porque el contrato vincula imperativamente a las partes; crea una regulación

ubicado a las obligaciones en moneda extranjera entre las de dar sumas de dinero, suprimiendo la referencia a ‘moneda corriente nacional’ con la derogación de la regla del cumplimiento por equivalente, ha significado que la moneda extranjera, como objeto de pago, tiene poder cancelatorio y al vencimiento de la obligación deberá darse la especie designada en ella. Esto es, la obligación contraída en dólares deberá ser saldada en dólares (arts. 617, 619, 725, 740 y ccds. del Cód. Civil; SCBA, Ac. 4905 del 12/04/1994; Ac. 91.768 del 11/03/2013). Es que los arts. 617 y 619 del Cód. Civil han terminado con la facultad del deudor de convertir el signo adeudado en moneda nacional debiendo considerarse al respecto derogada la regla del art. 518 del Cód. Proc. Civ. Por consiguiente, la sentencia debe condenar a entregar dólares, más aún cuando —como en el caso— el obligado al pago nada dijo al respecto al oponer excepciones (causa SI-6525-2011, del 16/10/2013, de la sala I de esta Cámara; CCiv. y Com. La Plata, sala II, causa 211.724, del 11/03/1992; 108.128 del 28/06/2007; sala III, B69700, del 30/09/1990; CNCiv., sala F, ‘Nigay SA c. Nuevos Emprendimientos argentinos SA s/ ej. hip.’, del 07/03/2012; TRIGO REPRESAS, F., ‘Las obligaciones en moneda extranjera antes y después de la pesificación’, en *Obligaciones en pesos y dólares*, Rubinzal-Culzoni Edit., ps. 39 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, ‘Las obligaciones de dar sumas de dinero después de la ley 23.928’; LA LEY, 1991-C, 1027; ALEGRIA - RIVERA, ‘La Ley de Convertibilidad’, 1991, nro. 47”).

(35) ALTERINI, Atilio A., “Contratos civiles. Comerciales. De consumo”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 91.

preceptiva de intereses que los contratantes están obligados a observar” (36).

Pero los jueces también no pueden ser fugitivos de la realidad ni sus sentencias pueden desentenderse de las consecuencias económicas que acarrearán (CS, Fallos 302:1284; 306:2177).

En los hechos, los jueces pueden cumplir su función como corresponde o pueden no hacerlo; pueden asumir que todas las fórmulas son líneas directrices generales y no deben aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto (un buen juez resolverá según las personas y los casos —*bonus iudex variae ex personis casisque constituet*, Celso—).

Este poder o facultad de los jueces (37) se encuentra delimitado en el art. 960, Cód. Civ. y Com., al expresar: “*Facultades de los jueces*. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”.

En línea acorde a los principios de libertad de contratación (art. 958, Cód. Civ. y Com.) y efecto vinculante (art. 959, Cód. Civ. y Com.), los jueces deben respetar las estipulaciones hechas por las partes en el contrato, las cuales no pueden modificar, pues el art. 960 obsta a dicha facultad.

Las excepciones a esta prohibición están constituidas por los supuestos en los cuales aquella modificación es pedida por una de las partes cuando así lo autoriza la ley [principio

(36) GAMARRA, Jorge, “Tratado de derecho civil uruguayo”, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, 3ª ed., t. XIV, p. 201.

(37) “El hecho de que las partes hayan previsto la eventualidad del incumplimiento de manera expresa fijando una tasa de interés determinada —en el caso, en un mutuo en dólares— no empece a practicar el debido control judicial en torno a si ello resulta atentatorio de la disposición contenida en el art. 953 del Cód. Civil, cuyo espíritu recepta el Cód. Civ. y Com. en los arts. 279, 958 y 960, pues los jueces se encuentran autorizados a morigerar los intereses pactados conforme lo autoriza aquella norma junto con los arts. 21, 656, 1071, 1198 y ccds. del Código de Vélez” (CNCiv., sala J, 21/10/2015, “Cruz, Omar A. c. Macchiavello, Juan Bautista s/ cobro de sumas de dinero”, AR/JUR/47686/2015).

de obligatoriedad de la ley, art. 4º, Cód. Civ. y Com. **(38)**], o los casos en los cuales se ve afectado de modo manifiesto el orden público —en concordancia con el art. 958, Cód. Civ. y Com.—, debiendo el juez bajo estas circunstancias proceder de oficio.

---

(38) “Art. 4º.— Ámbito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales”.

Como podemos ver, conforme a lo expresado en los párrafos anteriores, la suspensión de los desalojos dispuesta por el DNU 320/2020 genera un gran desafío en esta época de crisis frente a los principios de libertad de contratación y efecto vinculante de los contratos. Derechos en contraposición y conflictos que, llegado el caso, los jueces deberán componer en los casos que lleguen a los tribunales, ponderando la situación de emergencia junto con los derechos de las partes contratantes.



# CONTRATOS TURÍSTICOS

---



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

Una mirada superadora

Sandra S. Arcos Valcárcel (\*)

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

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

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

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

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

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

Son públicos, ya que están relacionados con las exigencias de seguridad y orden público, de protección del patrimonio histórico-artístico, de promoción, valoración y defensa medioambiental del territorio y de protección de la salud pública. También hay intereses privados, de tipo empresarial y económico, de entretenimiento y protección de la colectividad en todo lo que concierne al tiempo libre, y de promoción de las iniciativas de carácter social (2).

Ese marco interdisciplinario hizo que la irrupción de la COVID-19 —como enfermedad infecciosa causada por un coronavirus de la familia de *coronaviridae*, desconocido antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciem-

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

bre de 2019— provocara que el turismo se viera ciertamente limitado en determinados países y definitivamente restringido a sus niveles más dramáticos a partir de la declaración de pandemia por la OMS en la alocución de apertura de su director general en la rueda de prensa sobre la COVID-19 del día el 11/03/2020 (3).

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

En razón de la dinámica situación global y puntualmente la relativa a nuestro país, el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3º, de la CN, dictó el DNU 260/2020 (BO 12/03/2020), por el que amplió la declaración de emergencia sanitaria nacional, estableció pautas de aislamiento y medidas preventivas, entre las que se encontraba la recomendación sobre restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas, impedía permanecer en el territorio nacional a los extranjeros no residentes en el país que no dieran cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, suspendió los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”, durante el plazo de treinta días o el mayor plazo que dispusiera la autoridad de aplicación (ANAC, dependiente del Ministerio de Transporte) contemplando excepciones a fin de facilitar el regreso de las personas residentes en el país, en tanto se aplicaran todas las medidas preventivas correspondientes, de modo que los compatriotas que se encontraban fuera de la Argentina pudieran regresar a casa.

Días más tarde, ante la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, se dictó —el 19/03/2020— el DNU 297/2020 con el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional, que estableció fuertes medidas de aislamiento de la población y sanciones para el caso de incumplimiento, medidas

que si bien impedían ejercer la libertad ambulatoria que dimana del art. 14 de la Carta Magna, tenían sustento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) que establece que la garantía a esta libertad “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” y, por su lado, en el art. 22, inc. 3º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el que solo puede ser restringido el derecho a la circulación para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y las libertades de los demás. Por todo ello, se estableció que las personas humanas deben permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encontraban a las 00:00 horas del día 20/03/2020 y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, también desplazarse por rutas, vías y espacios públicos (5). Así, la cuarentena en particular, como aislamiento preventivo a que se somete durante un período de tiempo a las personas por razones sanitarias, es una de las más antiguas medidas de salud pública (6), sin perjuicio de lo cual y a este respecto la Justicia tuvo oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de las medidas cuando, ante una acción de amparo que tildó

(5) El día 10/04/2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó la res. 1/2020, denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, por la que reconoce que, en determinadas circunstancias, con el objeto de generar adecuada distancia social, puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos como el de reunión y la libertad de circulación en espacios tangibles, públicos o comunes que no sean indispensables para el abastecimiento de insumos esenciales o para la propia atención médica y recomienda a los Gobiernos de los Estados miembro a adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia, atendiendo a la mejor evidencia científica, pero apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos.

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

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

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

de inconstitucional el decreto que obligaba al aislamiento obligatorio de las personas humanas, el día 20/03/2020 a las 19.15 hs. el JNCrim. y Correc. N° 14, en la causa CCC19200/2020, dictó una medida en la que reafirmó la constitucionalidad de los decretos y las medidas adoptadas por el gobierno argentino.

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

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

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

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

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

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

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

En el contexto de crisis, el 13/03/2020, el Ministerio de Turismo resolvió que las agencias de viajes debían atender exclusivamente por canales electrónicos y hacer saber a su clientela y la autoridad los datos de contacto en la contingencia, lo cual fue prorrogado hasta el 31/05/2020 por res. 157 del 13/04/2020, que suspendió todos los términos y plazos de tramitación de expedientes administrativos y exoneró del pago de aranceles a los trámites y gestiones que debían llevarse a cabo ante esa repartición. También dictó, el 18/03/2020, una resolución por la que obligó a agentes de viaje y a establecimientos hoteleros a devolver a los turistas usuarios toda suma de dinero que hubieran percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser

usufructuados durante el periodo comprendido entre esa fecha y el 31 de marzo del año en curso (7). Esta medida, si bien resulta protectoria desde el punto de vista de los consumidores de servicios turísticos, resultó complicada o imposible de cumplir por parte de los agentes de viajes, y directamente incumplida por numerosos establecimientos hoteleros que solo ofrecieron reprogramaciones mediante la entrega o el envío de bonos de servicio, para que tales sumas se convirtieran en un crédito a futuro para el usuario, pero de todos modos no pudieron cumplir con tales reembolsos, debido a la crisis.

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

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

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

El hecho de la declaración de pandemia hizo que el turismo se viera severamente restringido a nivel global, en una escala jamás constatada desde que el turismo es la actividad considerada “columna vertebral de la economía mundial”, por cuanto contribuye con el 10,4% del PIB global y genera 1 de cada 10 empleos en todo el mundo, conforme sostiene la WTTC (8). Tan

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

(8) World Travel & Tourism Council (WTTC) es el organismo internacional creado en 1991 que agrupa a todos los actores del sector viajes y turismo (aerolíneas, hoteles,

golpeado está el sector turístico que la OMT lanzó un llamamiento a la acción para la mitigación del impacto de la COVID-19 en el turismo y la recuperación del sector, proponiendo medidas para que los gobiernos adopten en el marco de la crisis, a fin de proteger tanto a los trabajadores del sector, a las empresas y a los consumidores (9).

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

En este sentido, cualquier tipo de contrato que cumpla con la finalidad última —el viaje, es decir, el “resultado perseguido” en la letra del Cód. Civ. y Com.— integra esta pluralidad, ya que todos coadyuvan al logro de un resultado que no se puede alcanzar si no es por la interacción de

alquiler de vehículos, cruceros, agencias de viajes, sistemas de distribución global y empresas tecnológicas, nacido para fomentar la concientización económica que los viajes y el turismo crean en los diferentes mercados y en el empleo, respetando el medio ambiente y que interactúa con los gobiernos y los organismos internacionales. Véase <https://sp.wttc.org/>.

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

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

cada uno de ellos en particular, por cuanto no se puede dudar en afirmar que, mientras esa finalidad común exista, los contratos que se celebren coligados, sean típicos o no, no requieren ni identidad de partes (que se celebren entre los mismos sujetos), ni simultaneidad temporal, ni instrumentación única; lo que deja entender la dimensión cuantitativa que pueden abarcar, en especial cuando se trata de contratos de consumo (11).

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

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

En tanto los pasajeros quisieran reprogramar sus viajes, algunos prestadores incluso imponían penalidades por el cambio de fecha de sus viajes, como si el cambio de fecha del viaje hubiera sido por voluntad del pasajero. Con el correr de los días, las compañías navieras co-

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

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

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

menzaron a otorgar certificados de servicio para ser utilizados en el futuro y las aerolíneas —particularmente golpeadas y, por efecto cascada, las agencias de viajes y los pasajeros— fueron flexibilizando sus políticas de reprogramación de viajes sin el cobro de penalidades por cambios de fecha, en virtud de resultarles mucho más oneroso el reembolso actual del valor del billete de pasaje que la reprogramación del servicio para el futuro. Simplemente cuestión de caja.

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

En ese marco, la IATA pidió apoyo a los líderes del G-20 (15) para mantener la conectividad aérea y evitar el colapso del sector aerocomercial, sin perjuicio de lo cual, en el entramado normativo propio del derecho del turismo, las normas de consumo no pueden ser dejadas de lado. Por tal motivo, es indispensable que en la Argentina se dicten normas concretas en la emergencia para paliar y que no colapsen los organismos de consumo —por la cantidad— ni las agencias de viajes —en su calidad de intermediarias diligentes que pagaron los billetes de pasaje en tiempo oportuno— debido a la cantidad de reclamos que no podrán canalizar ni unos ni otras y los consumidores verán así malogrado tanto el viaje, como el reclamo, lo cual representa —visto de ese modo— la mayor frustración para todo el sistema del consumidor.

Si bien la imperatividad del derecho del consumidor no está en discusión, una visión

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

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

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

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

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

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

Así, ante el hecho de la cancelación de servicios turísticos o prestaciones aéreas a causa del cierre de fronteras y frondosa normativa de crisis en virtud de la obligación de aislamiento obligatorio a causa de la COVID-19; es decir, la imposibilidad temporal mientras dure la pandemia de que se cumplan las prestaciones comprometidas en el contrato de viaje y, a fin de evitar la extinción de la obligación argumentando la fuerza mayor o el caso fortuito —utilizados en el Código Civil y Comercial como expresiones sinónimas, cfr. art. 1730, Cód. Civ. y Com.—, en virtud de principio de conservación del contrato, será menester que las partes involucradas en el entramado de contratos turísticos cooperen, negocien y colaboren entre sí para que las prestaciones puedan cumplirse en el futuro sin pérdida para los involucrados.

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

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

especial de consumo (17). En el mismo sentido, Fernández sostiene que son los principios que sirven para regir las situaciones generales, siempre y cuando no deban ceder ante excepciones concretas del caso analizado y, por supuesto, sin que violenten normas o cláusulas de orden público (18).

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

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

---

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

(18) FERNÁNDEZ, Gustavo N., “Coronavirus, fuerza mayor y cancelaciones”, <https://www.linkedin.com/pulse/coronavirus-fuerza-mayor-y-cancelaciones-por-gustavo-n-fern%C3%A1ndez>.

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

(20) C7ª Civ. y Com. Córdoba, 22/04/2019, “Di Tella, Belén María y otro c. LATAM Airlines Group SA”, expte. 623615, AR/JUR/7319/2019; CS, “Pagano, Roberto E. c. Austral Líneas Aéreas SA y/o Cielos del Sur SA y/o Aerolíneas Argentinas SA s/sumario”, AR/JUR/47120/2018, con comentario de Griselda CAPALDO, [elDial.com](http://elDial.com).

(21) LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit.

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

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

Ese deber tiene varias funciones, entre ellas y como principio general, la función preventiva del daño, en los términos dispuestos por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. —muchas veces, a través de una específica aplicación del deber de información, entendido como deber de advertencia— y también con el fin de evitar la inferioridad negocial que puede generarse si no se suministraran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos, permitiendo así el pleno ejercicio de los derechos, por cuanto la mejor manera de reparar un daño es que el

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

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

daño no se produzca (24). Esto es, la prevención del perjuicio como finalidad primordial, poniendo el acento en actuar con anterioridad a que el daño se produzca en tanto está implícita la obligación de adoptar las medidas razonables (casi una cuestión de sentido común) para evitar que se produzca un daño.

El cambio de condiciones macroeconómicas impuesto de hecho por los efectos de la paralización de toda la actividad, puntualmente la turística, pondrá a los contratantes en situación de conflicto, dificultando —y en muchos casos hasta imposibilitando— de modo absoluto afrontar los compromisos contraídos, por cuanto variaron las circunstancias objetivas que se tuvieron en cuenta al contratar, lo que llevará a una alta conflictividad jurídica, en el supuesto de afeccionarnos estrictamente a esta circunstancia (25).

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

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

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

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

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

(27) Como opinan Picasso y Wajntraub, la aclaración del texto legal es de fundamental importancia, “salvo caso fortuito o fuerza mayor”, por cuanto implica, muy claramente, la atribución del carácter de “obligación de

En efecto, tales opciones son:

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

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

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

de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

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

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

A la vez, de no considerar fuerza mayor, tendría la acción por daños y perjuicios, que —si bien es letra en la ley— en el contexto actual resultaría irrazonable que los jueces acordaran indemnizaciones por incumplimiento de los operadores turísticos, teniendo en consideración la situación sobreviniente a causa de la pandemia, puesto que la situación excede claramente a todas las partes y no resultaría equitativo ni acorde a derecho que pesara sobre los agentes de viaje intermediarios una indemnización por la falta de reembolso del valor de billetes de pasajes que, a su vez, las compañías de aviación no reembolsan ni están en condiciones de reembolsar en lo inmediato, muy a pesar de la opinión de cierta doctrina (28).

---

resultado” a todas las que asuma el proveedor de bienes o servicios frente al consumidor (PICASSO, Sebastián — WAJNTRAUB, Javier H., “En Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, LA LEY Online: 0003/000388).

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

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

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

En tanto unos brindan el servicio de transporte u otro, otros intermedian en el contrato de transporte y/o viaje y otros deciden viajar, se debe renegociar el contrato de viaje en el marco de la buena fe, ya no como exigencia del consumidor en los términos del art. 10 bis LDC, sino consensuadamente, para que adecuada y diligentemente se prevea la factibilidad de reembolsos de manera ecuánime en tiempo razonable para aquellos usuarios que ya no quieran viajar y, a su vez, se pueda renegociar el contrato de viaje para que se den opciones al pasajero para que tome el servicio o uno equivalente y

---

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

(30) WEINGARTEN, Celia, ob. cit.

que, el incumplimiento temporario de los prestadores directos no recaiga de manera directa ni indirecta sobre el patrimonio de las agencias de viajes que, en esta contingencia, no tienen responsabilidad alguna y deben resultar indemnes, puntualmente respecto de los servicios de transporte aéreo en los términos de la res. 824 (31), por la venta de los billetes de pasaje, por el incumplimiento temporario del contrato de transporte y, como consecuencia de ello, la falta de reembolso en tiempo oportuno.

Por ello, pensado ya en otras latitudes (32), y a fin de que los contratos de viaje subsistan sin pérdida para el consumidor, se han dictado normas de crisis que permiten las reprogramacio-

(31) La res. 824 “Contrato de agencia de venta de pasajes”, Secc. 15 - Indemnidades y Renuncia, dispone: “15.1 El Transportista se compromete a indemnizar y librar al Agente, sus directivos y empleados de responsabilidad por cualquier pérdida, lesión o daño, directo, indirecto o emergente, que se origine durante el transporte u otros servicios auxiliares prestados por el Transportista de conformidad con una venta realizada por el Agente a tenor del presente o que dimane de que el Transportista deje de proporcionar el citado transporte o prestar los referidos servicios, excepto en la medida en que el Agente, sus directivos, empleados o cualquier otra persona que obre en representación del Agente, causen o contribuyan a tal pérdida, lesión o daño”. Las denominadas “cláusulas de indemnidad” son de frecuente inclusión en los acuerdos comerciales por cuanto resultan convenientes al permitir, a una o a ambas partes según el caso, lograr un racional acotamiento de los riesgos asumidos, lo que a su vez tiene a facilitar la conclusión de los contratos o transacciones. Se ha definido indemnidad como la seguridad que da una parte a otra de que no sufrirá daño o perjuicio por la observancia de determinada conducta pasado o futura. Por nuestra parte podemos afirmar que las cláusulas de indemnidad son convenciones (arts. 959, 1021, 1061 y 2651 Cód. Civ. y Com.), que se incluyen en el marco de relaciones contractuales mayores, por las cuales una de las partes, el “otorgante”, asume ante la otra parte, el “beneficiario”, el deber de “mantenerlo indemne” frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el contrato (conf. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. — FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales”, <http://www.favierduboisagnolo.com>).

(32) La Comisión Europea dictó directrices para los países de la Unión el día 18/03/2020, en el marco del regl. 262/2004 por el que estableció que las aerolíneas no deben responder por las compensaciones establecidas en el art. 7º de dicho Reglamento, por cuanto las medidas adoptadas en virtud de la pandemia de la COVID-19 constituyen “circunstancias extraordinarias”.

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

De igual manera, Grecia ha dispuesto para los servicios prepagos y para depósitos realizados para reservas que se cancelaron o se cancelaran entre el 25/02/2020 y hasta el 30/09/2020, que los agentes de viajes, hoteles y operadores turísticos ofrecerán una nota de crédito que se podrá canjear hasta 18 meses después de la fecha de emisión que figure en el él y, en caso de que no se utilice, se reembolsará su importe al cliente.

Por su lado, el presidente de la República Federativa de Brasil dictó el 08/04 próximo pasado una medida provisional, que lleva el número 948, que prevé la cancelación de servicios, reservas y eventos en los sectores de turismo y cultura debido al estado de calamidad pública reconocido por el dec. leg. 6, del 20/03/2020, por causa de salud pública en virtud de la circulación internacional de la enfermedad COVID-19. La norma de emergencia dispone que el proveedor de servicios o la empresa prestadora no estará obligado a reembolsar las cantidades pagadas por el consumidor, siempre que aseguren al consumidor: i) la reprogramación de los servicios, las reservas y de los eventos cancelados; ii) la provisión de crédito por uso o descuento en la compra de otros servicios, reservas y eventos, disponibles en las respectivas compañías; o iii) otro acuerdo que se formalizará con el consumidor. La reprogramación se llevará a cabo sin costo adicional, tarifa o multa para el consumidor, siempre que la solicitud se realice dentro de los noventa días, contados a partir de la fecha de entrada en vigor de la medida provi-

sional, y el crédito podrá ser utilizado por el consumidor dentro de los doce meses, contados a partir de la fecha de cierre del estado de calamidad pública reconocido por el dec. leg. 6/2020. Sin duda, una solución inteligente que protege tanto a consumidores, por cuanto reprogramarán sus viajes, servicios turísticos o espectáculos sin costo alguno, como a los prestadores directos y las agencias de viaje, que —luego de meses de facturación cero— no podrían sin duda reembolsar el valor de los viajes que se frustraran a causa de la pandemia.

Como se observa, las medidas extraordinarias adoptadas por otros Estados en la contingencia promueven la conservación de los contratos y el menor impacto en los consumidores y las empresas. Se trata de normas que, en la coyuntura, coadyuvan con los intereses de los consumidores que —en caso de no poder hacer sus viajes en el futuro— verán restituidos los importes por aquello que no han podido utilizar para que, de ese modo, no se vean frustrados sus intereses, y los prestadores podrán retornar a sus labores de

modo tal de cumplir con las prestaciones que, en virtud de la pandemia, quedaron solo temporalmente incumplidas.

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

---

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

# Coronavirus y la mayor crisis del turismo

## Cancelaciones y responsabilidad de las empresas

Karina M. Barreiro (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Las cancelaciones se extendieron a la par del COVID-19.— III. El caso fortuito y la responsabilidad de agencias, aerolíneas, hoteles y demás prestadores turísticos.— IV. El problema de la devolución del dinero por parte de empresas sin ingresos. Agencias vs. aerolíneas.— V. La situación de excepcionalidad y la necesidad de “flexibilización” para afrontar las cancelaciones.— VI. A modo de breve conclusión.

### I. Introducción

Nadie duda, en estos días, de que la pandemia de COVID-19 ha llevado a consecuencias impensadas (imprevisibles jurídicamente) y absolutamente inéditas en la historia moderna. Los mandatarios europeos y el secretario general de la ONU han coincidido en que la gravedad y los desafíos que presenta esta crisis son los más grandes que los países han debido enfrentar desde la Segunda Guerra Mundial.

La enfermedad iniciada en China se ha diseminado a una inmensa mayoría de países, y lo ha hecho a una velocidad de vértigo. Inútil sería relatar datos estremecedores de víctimas, necesidades y pérdidas económicas, cifras que aumentan hora tras hora y que harían que cualquier información quedase desactualizada al día siguiente.

---

(\*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario (INDAE —Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial—, Universidad de la Defensa). Secretaria general del Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Directorio internacional del International Forum of Travel and Tourism Advocates (IFTTA), [www.iftta.org](http://www.iftta.org). Coordinadora académica y profesora del curso de posgrado “Programa de Actualización en Derecho del Turismo”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en Economía y Desarrollo del Turismo (Universidad de San Martín).

Es de una evidencia apabullante que el coronavirus ha cambiado en forma rotunda la vida de los habitantes de este planeta, y por ende ha afectado todas las actividades humanas.

En tal sentido, me atrevo a decir que, de todas las industrias, la primera en sufrir los efectos de esta pandemia ha sido el turismo, que frenó “a cero” como consecuencia de la pandemia.

En efecto, una de las primeras frases que hemos escuchado de los expertos y comunicadores hasta el cansancio ha sido: “el virus viaja en avión”, razón que explica en parte la multiplicación de casos en diversos lugares tan lejanos de China —donde se originó el virus—, como lo es nuestro propio país.

De allí también que entre las primeras medidas adoptadas por los gobiernos afectados por el COVID-19 se encuentre la prohibición de volar desde y hacia lugares considerados “de riesgo”. En dichas decisiones estatales, primero aisladas y luego rápidamente multiplicadas hasta llegar al cierre de fronteras, encontramos el primer rastro de un vertiginoso camino que condujo final e inexorablemente a la extinción abrupta y temporal de la actividad turística.

Ciertamente, los primeros efectos se vieron en el transporte aéreo, toda vez que las aerolíneas comenzaron a verse impedidas de arribar

a determinados destinos. Pero también significó una enorme cantidad de cancelaciones de paquetes turísticos completos, viéndose afectados así agencias de viaje, hoteles y demás prestadores turísticos.

La velocidad con la que ocurrieron los acontecimientos fue un verdadero desafío para las empresas del sector. Por un lado, las agencias de viaje debieron reprogramar los regresos de aquellos pasajeros a los que en destino los sorprendió la restricción de vuelos, de manera que para continuar su viaje o regresar requirieron la modificación de itinerarios y cambios de pasajes, estadía, etcétera.

Hoteles vacíos, barcos varados con miles de pasajeros a la deriva que vieron convertidas sus vacaciones en una verdadera pesadilla sanitaria.

Las cifras suelen ser tan escalofriantes como lo es ver fotos de lugares desiertos de gente, en sitios que solo conocíamos atestados de personas y turistas.

El coronavirus ha provocado en el turismo la mayor crisis de su historia. El Consejo Mundial de Viajes y Turismo (WTTC), que representa al sector privado mundial de viajes y turismo, realizó en sus primeras estimaciones un cálculo de 75 millones de puestos de trabajo que podrían desaparecer en el sector turístico a raíz de la crisis del coronavirus.

Las aerolíneas más importantes del mundo han solicitado rescates económicos a sus gobiernos y dejan la mayor parte de sus aviones en tierra; mientras que, a la vez, se suman hoteles cerrados; operadores turísticos imposibilitados de afrontar la devolución del dinero de cancelaciones; la baja estrepitosa del valor de las acciones de las empresas turísticas más grandes, que se desploman en la bolsa (1), y las empresas

---

(1) Despegar, la mayor agencia de viajes de la Argentina, ha visto caer estrepitosamente el precio de sus acciones. El 27 de marzo tenía market cap de poco más de USD\$ 420 millones, mientras que, en su pico desde su IPO, en 2007, la empresa llegó a valer más de US\$ 2.200 millones, hace sólo dos años. Fuente: <http://www.tynmagazine.com/despegar-dejo-de-ser-un-unicornio-vale-55-menos-que-hace-tres-meses/>.

más pequeñas también solicitan auxilio estatal para evitar su desaparición.

En tal sentido, el WTTC hizo un llamado a los líderes mundiales del turismo para ejecutar medidas cruciales para salvar al sector y así evitar un colapso catastrófico luego de la propagación de la pandemia de coronavirus, e imploró a los líderes del G20 que asignen recursos y coordinen esfuerzos para rescatar a las principales empresas de viajes, como aerolíneas, cruceros, hoteles, GDS y empresas de tecnología, así como también a las pymes, tales como agentes de viajes, operadores turísticos, restaurantes, trabajadores independientes y toda cadena de suministro, con el fin de salvar los empleos de las 330 millones de personas que dependen de viajes y turismo para su sustento (2).

## **II. Las cancelaciones se extendieron a la par del COVID-19**

Los prestadores de turismo debieron hacer frente a la necesidad de responder en forma urgente a las cancelaciones requeridas por la excepcionalidad de la situación.

En efecto, la venta de viajes tiene como característica el ser realizada por anticipado, incluso con mucho tiempo de antelación, y, en consecuencia, no sólo se debieron afrontar los problemas de repatriación o reprogramación de viajes afectados en lo inmediato, sino también de aquellos viajes futuros en los cuales los pasajeros, ante la incertidumbre y el temor, solicitaron su cancelación.

La casuística es de lo más variada y compleja, pero en todos los casos es preciso analizar la procedencia de las cancelaciones, y especialmente sus consecuencias.

Así, por ejemplo, y en virtud de la virulencia del contagio y la velocidad de los hechos que antes referimos, en una primera etapa las cancelaciones comenzaron dándose en paquetes a China, debido a las primeras restricciones de vuelos a zonas de riesgo y también en virtud de que los operadores de turismo comenzaron a

---

(2) Ver <https://www.wtc.org/about/media-centre/press-releases/press-rele...ism-sector-and-recognizes-the-kingdom-of-saudi-arabia-leadership/>.

cancelar sus paquetes al país asiático en miras a la incertidumbre de una situación que se vislumbraba cada vez más complicada.

Pero también se sucedieron un sinnúmero de cancelaciones efectuadas por los propios viajeros, que, advirtiendo la cercanía de la fecha de sus vuelos y la expansión de la pandemia, prefirieron cancelar sus viajes a destinos que, si bien aún permanecían en condiciones de recibir vuelos, ya contaban con circulación del virus.

Ante ello, la postura inicial de la mayoría de las empresas del sector fue la de mantener rígidas sus políticas de cancelación, ignorando la existencia del caso fortuito por el solo hecho de que aún no se había decretado el cese de los vuelos a las ciudades que fueran destino de aquellos viajes.

En el actuar cotidiano, lo que sucedía en muchos casos era que el consumidor reclamaba por la devolución del dinero o la posibilidad de cambiar las fechas de su viaje; la primera respuesta a su pedido era negativa, pero con el correr de los días las compañías aéreas recibían la noticia de que se seguía extendiendo la nómina de ciudades a las cuales no podían llegar y, una vez contemplado el destino como “de riesgo”, entonces sí accedían a la cancelación solicitada, esta vez sin penalidades. Es decir, en un comienzo las aerolíneas en general sólo aceptaban las cancelaciones de los pasajeros con el cobro de las penalidades de rigor, pero luego ellas mismas iban cancelando los vuelos a medida que los Estados incluían los destinos en la lista de riesgo.

Al respecto, vale como ejemplo una sentencia interlocutoria dictada en la ciudad de San Juan, la cual hizo lugar a una medida cautelar planteada en el marco de un amparo por una familia que había adquirido un paquete turístico para viajar el 13/03/2020 a Europa (Italia y España) y que, ante el avance del COVID-19, solicitó a la agencia de viajes posponer dicho *tour*, pero la respuesta de la agencia había sido la de cobrarle una penalidad por cancelación (US\$ 200 por pasajero) más las diferencias tarifarias de los vuelos.

Así, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo de San Juan, entendiendo que se encontra-

ban acreditados los requisitos de procedencia de la cautelar, y teniendo especialmente en cuenta la declaración como “pandemia” efectuada por la Organización Mundial de la Salud y las recomendaciones que a esa altura ya había efectuado el gobierno argentino para prevenir los contagios, ordenó a Falabella Viajes y Latam Airlines reprogramar el viaje previsto, *sin penalidad o costos adicionales*.

La sentencia destacó que “la suspensión y reprogramación del viaje que reclaman las actoras hasta tanto cesen las condiciones de salubridad hoy imperantes, es producto de una fuerza mayor, ajena absolutamente a la voluntad de las contratantes, ya que cuando suscribieron el contrato (septiembre de 2019) no existía siquiera amenaza alguna sobre este virus que ha sido declarado pandemia en estas horas. Por ello resulta razonable la pretensión de postergar la realización del viaje para la protección de su salud y, eventualmente, de la salud pública por el eventual contagio que podrían propagar en el caso de contraer la enfermedad” (3).

### **III. El caso fortuito y la responsabilidad de agencias, aerolíneas, hoteles y demás prestadores turísticos**

No existe ninguna duda respecto a que la pandemia ha constituido un caso fortuito, el cual ni las empresas ni los usuarios han podido prever, y de allí que podemos aseverar que opera la extinción de aquellos contratos de viaje que no puedan realizarse en las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar, quedando exentas las partes de responsabilidad por incumplimiento.

Es decir, en el supuesto de cancelación de un vuelo, un paquete turístico o una estadía hotelera, las empresas no son responsables de los daños provocados por dichos incumplimientos. Ello, claro está, no las exime de su obligación de devolver al usuario la contraprestación en dinero recibida con anticipación, el precio pagado.

Del mismo modo, los usuarios tampoco serán responsables ante las empresas por las cancela-

(3) JCont. Adm. San Juan, 12/03/2020, “Ibáñez, Mariela y otros c. Falabella Viajes y Latam Airlines Group s/ amparo”, AR/JUR/6269/2020.

ciones efectuadas, por lo que no deberán soportar penalidades o multas por cancelación.

La imposibilidad exime al deudor de su responsabilidad por incumplimiento, pero no tiene influencia en la obligación de restituir las prestaciones recibidas. Así, si el vendedor recibió el pago de la cosa, cuya entrega luego deviene imposible en los términos del art. 1732, no es responsable de los daños por incumplir la prestación, pero deberá devolver el precio que recibió, si el comprador pagó por adelantado (4).

En dicha inteligencia, la obligación de las empresas de devolver en dinero las sumas recibidas de manos de los consumidores (mediante el mismo medio de pago que hubiera sido utilizado) resulta indiscutible.

En efecto, en lo que respecta al transporte aéreo, los pasajeros tienen derecho a la “inmediata devolución del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas” (art. 12, res. 1532/1998 del entonces Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos).

Ello es de aplicación tanto para los vuelos que han sido cancelados antes de la fecha de inicio (ida y vuelta) como para aquellos viajes en que se ha volado la ida, pero no la vuelta (en este caso, la aerolínea debe reintegrar el valor del pasaje de vuelta); es el supuesto de aquellos pasajeros que debieron abonar otro pasaje para volver al país una vez decretado el cierre de fronteras, volviendo con otra compañía.

En el caso de paquetes turísticos, a las agencias de viaje les cabe, además, en su carácter de intermediarias, gestionar ante los distintos prestadores la cancelación —de ser necesario— y la devolución al pasajero de los importes pagados.

#### **IV. El problema de la devolución del dinero por parte de empresas sin ingresos. Agencias vs. aerolíneas**

No se nos escapa, sin embargo, que lo extraordinario de la situación generada por la crisis del COVID-19 en el turismo requiere de una mirada

---

(4) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 1051.

más amplia que la que nos permite la mera aplicación de las normas vigentes.

En lo personal, no encuentro que la normativa contemple una situación como la que está atravesando hoy la humanidad y, por ende —y muy especialmente—, los actores del sector turismo.

Basta para ello con advertir que la aplicación de las reglas del caso fortuito plasmadas en el Código Civil y Comercial no brindan una solución a la situación de eventual quebranto que se generaría si todos los usuarios decidieran exigir la devolución del dinero abonado, dado el aluvión inusitado de cancelaciones generadas por el COVID-19 y una clara situación de fuerza mayor. Es decir, si se les exigiera a las empresas afectadas por la mayor crisis de su historia (y que en la actualidad han dejado de contar con ingresos por la paralización de su actividad) que, además, desembolsen un dinero que recibieron mucho tiempo atrás para cumplir acabadamente con el sistema de devoluciones, es fácil comprender que muchas de ellas podrían precipitarse a la quiebra.

Al mismo tiempo, tampoco puede considerarse en modo alguno que el usuario estaría haciendo un “abuso de derecho” al exigir la devolución del precio pagado.

La contradicción se explica si se tiene en cuenta que “el caso fortuito” en sí está constituido por la imposibilidad de viajar ante los riesgos de la pandemia y la necesidad de los Estados de contener o evitar los contagios por una cuestión de salud pública —en definitiva, para proteger la vida de las personas—. Pero, más allá de ello, hay otra cuestión que está compuesta por el daño que ese mismo cumplimiento del deber genera a las empresas, y es esta situación —el quebranto— la que debe ser también ponderada a la hora de evaluar la exigibilidad del dinero por cancelaciones a las empresas.

Es decir, conforme a las normas vigentes, podemos analizar los derechos de los usuarios y colegir que están en su derecho de exigir la devolución del dinero que abonaron, pero a fin de que éstos puedan ser debidamente satisfechos en modo real y no sólo teórico (que no es otra cosa que las empresas de verdad puedan afrontar

tar las erogaciones de dinero respectivas), en el marco de esta inédita crisis, se requerirán sin duda normas de excepción.

Al respecto, coincido con lo manifestado por la Agencia de Transporte de Canadá, al señalar que “la legislación, los reglamentos y las tarifas se desarrollaron en previsión de interrupciones relativamente localizadas y de corto plazo. Ninguno contempló el tipo de cancelaciones de vuelos masivos en todo el mundo que se han producido en las últimas semanas como resultado de la pandemia. Es importante considerar cómo lograr un equilibrio justo y sensato entre la protección de los pasajeros y las realidades operativas de las aerolíneas en estas circunstancias extraordinarias y sin precedentes” (5).

#### IV.1. La situación en la Argentina

Hemos visto que, aun sin que el usuario llegue a pedir la cancelación y/o la devolución correspondiente del precio pagado, las compañías aéreas en su mayoría se adelantan a ello y comunican las cancelaciones de los vuelos, a la vez que hacen saber al pasajero que contará a su favor con un “crédito” en la empresa o la posibilidad de reprogramar su viaje, sin que entre las alternativas ofrecidas se encuentre la devolución del dinero, lo que puede interpretarse llanamente como una negativa a reembolsar el dinero.

Esta negativa implícita de las aerolíneas ha acarreado también problemas a las agencias de viaje en aquellos casos en los que los usuarios deciden reclamar a las agencias intermediarias la devolución de las sumas abonadas, mientras que las aerolíneas mantienen su política de no reembolsar en dinero sino de ofrecer la reprogramación.

En el ámbito local, cierto criterio jurisprudencial —en mi opinión desacertado— (6) ha

(5) Ver comunicado de la Canadian Transportation Agency sobre los vales y la pandemia de COVID-19, documento recuperado el 31/03/2020 en <https://otc-cta-gc.ca>.

(6) Ver, al respecto: BARREIRO, Karina, “Transporte aéreo y agencias de viajes. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor ante la quiebra de la aerolínea”, LA LEY, 2016-E, 47; RCyS 2016-X, 47; AR/DOC/2403/2016; y “La

llevado a extender la solidaridad en la responsabilidad a las intermediarias en la venta de pasajes aéreos, y ello podría importar un riesgo de que las agencias de viaje fueran sometidas a nuevas obligaciones desproporcionadas: la devolución del 100% de un pasaje cuyo precio no retuvieron, más allá de una comisión pactada. Entiendo que en tal supuesto corresponde que el reclamo sea efectuado a la aerolínea, y la agencia deberá también actuar en defensa de su cliente, intimando a la compañía aérea a cumplir con dicha devolución.

Por otra parte, los hoteles y dueños de departamentos turísticos se han visto compelidos a la devolución del dinero por cancelaciones, arrastrados por la decisión de Booking.com, que —al igual que Airbnb— tomó la decisión de permitir el reembolso a los usuarios, sin gastos y sin dar la opción a los verdaderos prestadores del servicio de alojamiento de brindar cambios de fecha o *vouchers* para ser utilizados en otro momento.

#### IV.2. La situación en Europa

La nueva Directiva sobre Viajes Combinados, en vigencia desde el año 2018, impone la obligación de las agencias de viaje de devolver a los usuarios la totalidad de los importes pagados por cancelaciones.

Ante ello, las agencias de viaje han venido reclamando por una necesaria morigeración, toda vez que algunas aerolíneas no están devolviendo el precio de los pasajes en dinero, sino en bonos (*vouchers* o crédito), mientras las agencias están de cualquier forma obligadas a reembolsar en dinero.

Asimismo, ante la situación planteada, las asociaciones que nuclean a las agencias de viaje han denunciado a las aerolíneas, acusándolas de conducta abusiva, y han advertido respecto a la imposibilidad de hacer frente a las devoluciones de dinero por vuelos si no es a través de los mismos bonos que emiten las aerolíneas en cada caso.

Finalmente, España, tomando en cuenta esa situación, ha sido el primer país en dictar una

responsabilidad de la agencia de viajes ante la quiebra de la aerolínea”, DJ del 27/04/2016, 23, AR/DOC/871/2016.

norma de excepción temporal (7), vigente solamente durante el tiempo que dure la crisis sanitaria desarrollada por el coronavirus, para morigerar la aplicación de la Directiva. En efecto, el Consejo de Ministros ha resuelto autorizar que las agencias de viaje emitan bonos en lugar de efectuar reembolsos. Asimismo, los usuarios podrán exigir a las agencias que acrediten que el proveedor de servicios no está realizando reembolsos. De igual forma, se establece el plazo de un año para la utilización de los *vouchers* y, en el supuesto de que a dicho término no hubieren sido utilizados, el consumidor puede solicitar la devolución del precio abonado.

Por su parte, el Reglamento (CE) 261/2004, aplicable al transporte aéreo, impone a las aerolíneas el reembolso íntegro del precio de los pasajes cancelados dentro de los 7 días, conforme a lo dispuesto por su art. 8º.

---

(7) Dispone el real decreto 11/2020, sección 3ª, art. 36.4 (dictado el 31/03/2020): “En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID-19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución. No obstante, lo anterior, el organizador, o en su caso el minorista, deberán proceder a efectuar el reembolso a los consumidores y usuarios en el supuesto de que éstos solicitaran la resolución del contrato, de conformidad con lo previsto en el apart. 2º del art. 160 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si sólo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato. El organizador o, en su caso, el minorista, procederán a efectuar los reembolsos citados anteriormente en un plazo no superior a 60 días desde la fecha de la resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución.”

Asimismo, el citado Reglamento impone compensaciones a los pasajeros en caso de cancelación, pero desde ya éstas no resultan aplicables ante la situación de fuerza mayor que generó las cancelaciones en cuestión, motivadas por la expansión de la pandemia de COVID-19.

Esto último fue materia de expreso pronunciamiento por la Comisión Europea, que el día 18/03/2020 dictó las Directrices en Materia de Derechos de los Pasajeros ante la situación generada por el coronavirus (8). Al respecto, la Comisión estableció que las aerolíneas no deben responder por las compensaciones establecidas en el art. 7º de dicho Reglamento, toda vez que las medidas adoptadas para la contención de la pandemia de COVID-19 constituyen una “circunstancia extraordinaria” en los términos del art. 5.3, que libera a las empresas de la responsabilidad por compensación por cancelación.

Vale decir, entonces, que las aerolíneas no serán responsables por los daños que pudieran provocar las cancelaciones habidas, pero seguirán estando obligadas a reembolsar el precio abonado previamente por cada pasajero, de total conformidad a lo establecido en el art. 7.3.

Respecto a la posibilidad de que las aerolíneas en Europa otorguen *vouchers* (bonos) para ser utilizados en futuros viajes, en lugar del dinero efectivo, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), refiriéndose a las nuevas Directrices, advierte que “al pasajero que se le haya ofrecido un bono tiene derecho a solicitar el reembolso del billete en efectivo a la compañía. En caso de que la compañía no atienda su reclamación puede reclamar gratuitamente ante AESA o en vía judicial. El bono sólo sería válido si tras haber ofrecido la compañía la opción de reembolso en efectivo o mediante un bono, el pasajero eligió libremente esta última opción” (9).

---

(8) EUROPEAN COMMISSION, “Interpretative guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with COVID-19”, Bruselas, 18/03/2020, C (2020) 1830, final.

(9) Ver [https://www.seguridadaerea.gob.es/lang\\_castellano/noticias\\_revista/noticias/200331\\_faq\\_derech\\_pasaj\\_est\\_alarm.aspx](https://www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/noticias_revista/noticias/200331_faq_derech_pasaj_est_alarm.aspx).

En definitiva, la Directriz es clara al establecer que “si el transportista propone un cupón, esta oferta no puede afectar el derecho del pasajero a optar por el reembolso”.

Sin embargo, algunas aerolíneas niegan a los usuarios la posibilidad de reembolso de las sumas pagadas, limitando las opciones de los pasajeros a recibir un bono o reprogramar su viaje. Ante ello, en España, una asociación de consumidores ha efectuado una denuncia formal contra las aerolíneas que niegan a los usuarios el reembolso (10).

### V. La situación de excepcionalidad y la necesidad de “flexibilización” para afrontar las cancelaciones

Hasta ahora, las empresas, los empleados y profesionales del turismo han intentado una toma de conciencia de los ciudadanos, promoviendo en todo el mundo una campaña en las redes sociales instando a los usuarios a no cancelar sino a reprogramar los viajes, con el fin de “salvar al turismo”.

Efectivamente, ante la crítica situación de los establecimientos cerrados y la falta de ingresos por inexistencia de actividad turística, si a ello se agrega la obligación de las empresas de efectuar desembolsos de dinero por el aluvión de cancelaciones, la situación claramente se vuelve imposible de sobrellevar para muchas de ellas.

Ante la falta de normas que permitan la flexibilización de las condiciones de devolución

(10) FACUA - Consumidores en acción anunció que ha interpuesto una denuncia contra las aerolíneas Air Europa, KLM, Latam Airlines, Lufthansa, Transavia y United Airlines por “negarse” a devolver el importe de los vuelos cancelados como consecuencia de la pandemia de coronavirus. Estas denuncias se suman a las presentadas por el mismo motivo en las últimas semanas contra Vueling y Air France, según precisó a través de un comunicado la organización, que ha presentado sus denuncias ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y ante la Dirección General de Consumo, perteneciente al Ministerio de Consumo. FACUA ha emplazado a ambos organismos a que insten a las aerolíneas a “cumplir la ley y proceder a los reembolsos”. Fuente: [www.abc.es](https://www.abc.es/31/03/2020), 31/03/2020, [https://www.abc.es/viajar/noticias/abci-ocho-aerolineas-facua-denuncia-negarse-devolver-dinero-vuelos-cancelados-202003301847\\_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.ar%2F](https://www.abc.es/viajar/noticias/abci-ocho-aerolineas-facua-denuncia-negarse-devolver-dinero-vuelos-cancelados-202003301847_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.ar%2F).

por las cancelaciones masivas generadas por la pandemia, algunas empresas aéreas se encuentran en la etapa de convencer a sus pasajeros de reprogramar su vuelo o dejar el pasaje abierto para hacer uso de éste en otra fecha, o de recibir un crédito para utilizar en otro momento.

Claro está que para lograr su objetivo han debido flexibilizar sus propias condiciones de contratación (algunas de las cuales han sido desde siempre bastante leoninas y arbitrarias). En tal sentido, va de suyo que no les cobran a sus clientes las “penalizaciones” por cancelación, pero lo más novedoso es que algunas de las aerolíneas más importantes han eliminado el principal obstáculo que conlleva una reprogramación del viaje por parte del pasajero: *las diferencias de tarifa que pudieran existir ante el cambio de fecha*.

Sucede que la facultad legal de las empresas de transporte aéreo de aplicar a cualquier cambio de pasaje *la diferencia tarifaria* que corresponda suele someter al usuario a una situación desventajosa, en la que está obligado a aceptar abonar una diferencia —inexplicable la mayoría de las veces— entre el precio que abonó oportunamente y el precio que la aerolínea le informa que corresponde al pasaje al cual pretende acceder, sin opciones de tomar aquellos pasajes más baratos o de promoción.

De tal manera, si se salva el escollo de las diferencias de tarifa y las aerolíneas permiten a sus usuarios utilizar sus pasajes para otras fechas, con el compromiso de no cobrar dichas diferencias, entiendo que gran parte de los usuarios encontrarán una ventaja en reprogramar voluntariamente o dejar abierta la fecha de su pasaje. Recordemos que en nuestro país muchos de esos pasajeros adquirieron sus billetes a precios más económicos que los actuales por el solo hecho de no haber tenido que abonar el impuesto país del 30%.

Creo que, además, una buena y necesaria medida para incentivar a que los usuarios cambien sus pasajes o viajes, en lugar de solicitar el reembolso del dinero abonado, es la de extender los plazos para realizar los viajes.

Es sabido, por un lado, que las aerolíneas permiten el cambio de fecha de pasaje por un año,

contado desde la fecha en que el pasaje se adquirió, no desde la fecha del vuelo. Algunas aerolíneas, sin importar la fecha de adquisición del pasaje, prevén el cambio de fecha de éste hasta el 31/12/2020, fecha que, para muchos, puede resultar aún insuficiente.

En consecuencia, propugno que también se flexibilice el plazo para la utilización de los pasajes, lo que seguramente redundará en un mayor porcentaje de reprogramaciones.

En dicho sentido, en España se estableció el plazo de 1 año contado desde la finalización del “estado de alarma” (aún vigente) por COVID-19. La Agencia de Transporte de Canadá, por su parte, recomienda que dicho plazo sea de 24 meses.

#### **VI. A modo de breve conclusión**

En cuanto a las consecuencias de la pandemia sobre las empresas de turismo en general, entiendo que existen dos etapas o dos frentes distintos que atender, de cuyo éxito en el manejo dependerá probablemente la supervivencia de todas ellas: la política de cancelaciones de viajes pactados con anterioridad a la pandemia, por un lado, y la posibilidad de generar nuevas estrategias que permitan a la actividad recuperarse lo más rápidamente posible, por el otro.

Respecto de la primera, considero propicio el dictado de normas de excepción que, sin perder de vista la protección de los usuarios, brinden una salida a las empresas, ante la obligación legal de devolver el dinero de las cancelaciones. Desde ya, ello deberá contemplar ventajas para los usuarios a fin de que no se torne oneroso para sus intereses. Así, por ejemplo, hemos adelantado la posibilidad de que las empresas no cobren diferencias de precio al cambiar las fechas de los viajes y brinden, además, un plazo extendido para hacer uso de los servicios, que comience a correr recién una vez finalizadas las circunstancias extraordinarias actuales.

En cuanto a la segunda, queda una enorme tarea por delante, por parte tanto del Estado (que se beneficia con los resultados de la actividad turística, generadora de empleo y divisas) como del sector privado. El turismo tiene la capacidad de recuperarse rápidamente en cuanto las condiciones para viajar tengan parámetros normales de seguridad; se trata de una actividad que ha crecido exponencialmente en forma continua desde la segunda mitad del siglo XX, hasta que el coronavirus la paralizó abrupta y temporalmente, pero que sin duda mantiene intacto su potencial de ser un vital motor de desarrollo, a la espera de ser puesto en marcha prontamente.

# El impacto del COVID-19 en el turismo

Andrea L. Koulinka (\*)

Actualmente el turismo es considerado, sin lugar a dudas, como un gran dinamizador de la economía y la cultura a nivel mundial. Es una actividad en continuo crecimiento cuyo volumen ha igualado y, a veces, superado las exportaciones de petróleo, productos alimenticios y automóviles, convirtiéndose en uno de los principales actores del comercio internacional según la Organización Mundial del Turismo (OMT).

La ley nacional 25.997 establece en su art. 1º la importancia del turismo para nuestro país, declarándolo de interés nacional como actividad socioeconómica, estratégica y esencial para el desarrollo del país, dándole prioridad dentro de las políticas de Estado.

Si bien en la actualidad la industria turística parece crecer incluso en tiempos de crisis económica, el impacto negativo que ha generado el COVID-19 podría detener e incluso retrotraer ese crecimiento a niveles catastróficos.

Aunque es demasiado temprano como para estimar en su totalidad las pérdidas que la pandemia generará en el sector turístico, la OMT compara el actual escenario con el impacto del SRAS en 2003, estimando que la llegada de turistas internacionales podría disminuir entre un 1% y un 3%, en comparación con el crecimiento de entre un 3% y un 4% que se tenía previsto a principios de enero de 2020 (1). Ello, por supuesto, no deja de ser un estimativo, ya que la evolución del brote aún no se ha estabilizado y por ende no puede realizarse un análisis más certero.

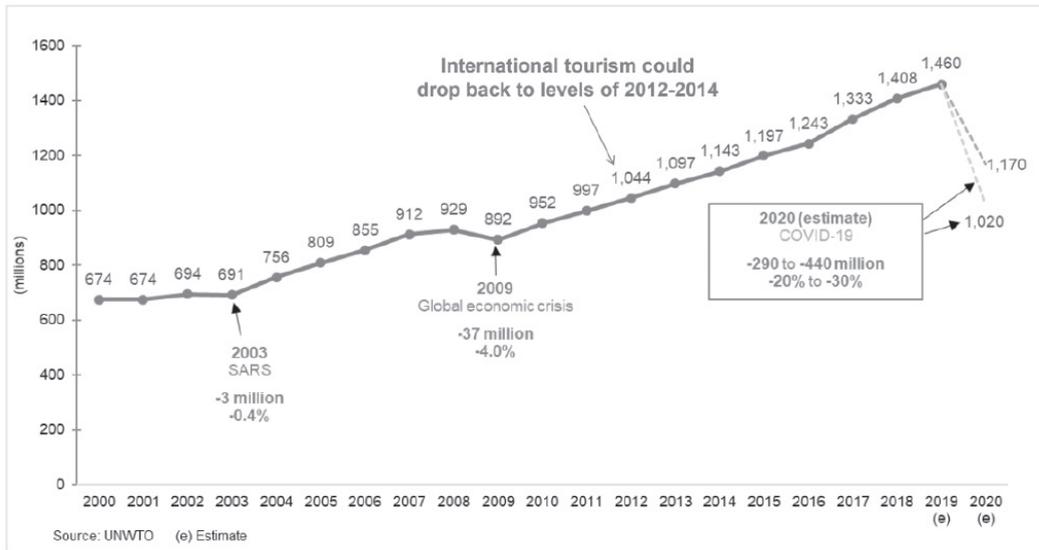
De acuerdo con un informe realizado por la OMT el 23 de marzo, se estima que la actividad turística podría descender a los niveles del 2012-2014 (2). Considera además un impacto global con una disminución de arribos de pasajeros de 290 a 440 millones; un retroceso en números de turistas a entre 5 y 7 años y una pérdida en exportaciones turísticas de entre U\$S 300 a 450 billones de dólares.

---

(\*) Abogada (UBA). Maestranda en Economía y Desarrollo Turístico (UNSM). Docente de Instituciones del Derecho Administrativo en relación al Turismo, y Turismo Médico del Posgrado Actualización en Derecho del Turismo (UBA), de la Diplomatura en Derecho del Consumidor (UCES) y de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales y Protección Ambiental (UBA).

(1) <https://www.unwto.org/es/tourismo-covid-19-coronavirus> - Incidencia en el Turismo.

(2) <https://webunwto.s3.eu-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/2020-03/24-03Coronavirus.pdf> - Impact assessment of the COVID-19 outbreak on international tourism.



(Gráfico tomado de informe OMT — Impact assessment of the COVID-19 outbreak on international tourism)

Por ello, la OMT recomienda a los gobiernos tomar decisiones de apoyo financiero y político, medidas de recuperación dirigidas al sector turístico en los países más afectados; planificar e implementar medidas de recuperación, así como ofrecer incentivos en coordinación con organizaciones internacionales de desarrollo y donantes; y, finalmente, que el apoyo al turismo se incluya en los planes y medidas generales de recuperación de las economías afectadas.

Asimismo, el Consejo Mundial de Viajes y Turismo (WTTC — World Travel and Tourism Council) habla de 50.000.000 de empleos a nivel global en riesgo, vinculados al cierre de hoteles, suspensiones y cancelaciones de vuelos y salidas de cruceros y el cierre de fronteras (3).

Debemos dimensionar que aproximadamente el 80% de las empresas vinculadas al turismo son pymes, empresas familiares, y que los costos que esta crisis está generando serán en muchos casos fatales para ellas.

El impacto que el coronavirus tendrá en las economías de los países tampoco será menor. En Francia, p. ej., el 7% del producto bruto interno corresponde al turismo; en la Argentina, un 10%; en China, un 11%; en Italia, un 12%; y en España, un 15%. Ello por supuesto, analizando únicamente la industria turística.

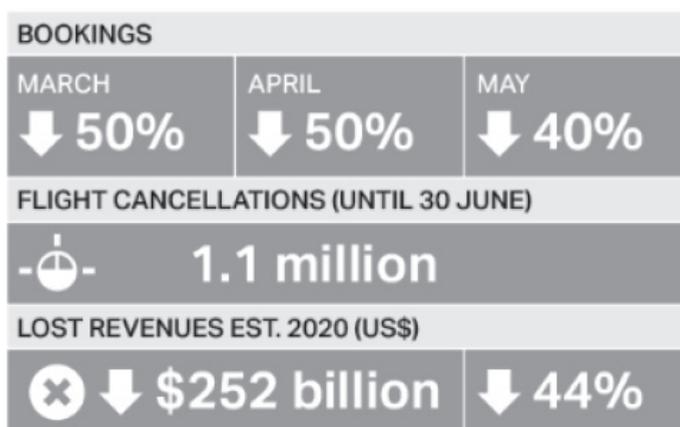
Como hemos mencionado, el sector turístico es claramente uno de los más afectados por esta crisis sanitaria mundial y, en consecuencia, las empresas más golpeadas son las aerolíneas, las agencias de viajes, los hoteles y los restaurantes.

Según una estimación de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA - International Air Transport Association), las aerolíneas podrían afrontar este año pérdidas por más de US\$ 113.000 millones y una reducción considerable en la oferta de vuelos, que en muchos casos supera

(3) <https://www.wttc.org/members-hub/> - Open letter from WTTC to Governments.

el 50% de ellos. A su vez, ha tenido que disminuir los precios de las tarifas de los pasajes a niveles nunca antes vistos.

¿La revolución de los aviones podrá sobrevivir a esta parálisis internacional?



(Gráfico tomado de la página web de IATA)

En la Argentina, las agencias de viajes, a través de la Federación de Empresas de Viajes y Turismo (FAEVYT), solicitaron al Poder Ejecutivo que se las declare en emergencia económica, productiva y fiscal, asegurando que las caídas de las ventas son casi totales entre el impacto del COVID-19 y el impuesto PAIS aprobado por ley 27.541, que ya había encarecido en un 30% los viajes al exterior.

Recordemos que la percepción del impuesto PAIS se realiza “con la compra de servicios en el exterior contratados a través de agencias de viajes y turismo en la fecha de cobro del servicio, aun cuando se abone en forma parcial o en cuotas” (4). El monto es de un 30% sobre la totalidad del precio a abonar en compras realizadas a partir del 23/12/2019.

Por otra parte, los problemas que afrontan las empresas del sector turístico no solo se limitan a las caídas de las ventas, sino a reclamos de pasajeros en tránsito, que se encuentran varados en destino, y muchos otros cuyos viajes programados para los próximos meses han sido cancelados o suspendidos.

En cuanto a los pasajeros que se encuentran varados en distintos países, cabe resaltar que la imposibilidad del cumplimiento de las aerolíneas vinculadas a las cancelaciones de los vuelos de retorno al país está absolutamente encuadrada en el eximente de responsabilidad de caso fortuito y fuerza mayor establecido por el art. 995 del Cód. Civ. y Com.

Nuestra norma define el caso fortuito y la fuerza mayor como el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. En ese sentido, el cierre de las fronteras del país decretado por el Poder Ejecutivo, como asimismo, la declaración del coronavirus como una pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuadran como justificativos en el caso.

(4) <https://www.afip.gov.ar/impuesto-pais/forma-de-ingreso/percepcion.asp>.

Por otra parte, en relación con los viajes próximos programados, les espera un arduo recorrido a las empresas de turismo, particularmente las de transporte aéreo y a las agencias de viajes, ya que la imposibilidad de cumplimiento más la no devolución del precio al pasajero podría interpretarse como un enriquecimiento ilícito, aunque a su vez, la devolución total e irrestricta podría generar la quiebra de muchos prestadores del sector por una situación extraordinaria de la cual tampoco son responsables.

A fin de analizar la situación que nos atañe, no podemos sino remitirnos a las reglas generales del Código Civil y Comercial de la Nación.

En primer lugar, resulta esencial partir de la base de que los contratos deben ser celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe, y que ello obliga a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos.

En ese sentido, podría interpretarse que un contrato de viaje cuadra en la figura de contrato de larga duración, atento a que el único requisito que el art. 1011, Cód. Civ. y Com., establece para estos es que el tiempo sea esencial para que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

De ser ese el caso, el propio artículo determina que la parte que decida la rescisión del contrato deberá dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

En ese mismo orden de ideas, el art. 1090, Cód. Civ. y Com., establece que si bien la frustración de la finalidad del contrato, cuando esta tiene una alteración de carácter extraordinario al tiempo de la celebración y es ajena a las partes, autoriza a la parte perjudicada a declarar la resolución; también determina que, si la frustración fuese temporaria, ese derecho a resolver solo operará si lo que se impide es el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

En el caso en cuestión, ello determinaría que, en un contrato de viaje, si la frustración es temporal, el pasajero debería optar por la reprogramación del viaje, aplicando, además, el

principio de conservación del contrato, y no en primer plano por la cancelación. Salvo, por supuesto, que la fecha del viaje hubiese resultado esencial, en cuyo caso sí podría declarar el contrato como resuelto y requerir la devolución de lo abonado.

Para el caso del transporte aéreo, también habrá que considerar la normativa aeronáutica nacional e internacional. Si se tratara de un vuelo nacional, el art. 150 del Cód. Aer. establece que en caso de que el viaje no se haya realizado, el pasajero tiene el derecho a la devolución del precio del pasaje. En cambio, para los vuelos internacionales, los tratados de Montreal y Varsovia no contemplan esa situación.

Por su parte, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea han sancionado el Reglamento de los Derechos de los Pasajeros Aéreos (CE 261/2004), para viajes que se realicen desde y/o hacia países que conforman la Unión Europea, y cuyo objeto es establecer los derechos mínimos que asistirán a los pasajeros, por ejemplo, en caso de la cancelación de un vuelo. El art. 8º del mencionado reglamento establece que los pasajeros tendrán derecho a solicitar el reembolso. Sin embargo, resulta oportuno aclarar que no tendrán derecho a solicitar compensación por tratarse de circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables (art. 5.3).

Por el momento, las aerolíneas vienen diferenciando según las fechas de los vuelos, si el viaje se encuentra programado dentro de las fechas en que la compañía no puede operar (viajes más próximos) ofrecen, a opción del usuario, la reprogramación del vuelo sin penalidades pero con la aplicación de las diferencias tarifarias que pudieren o no existir en ese momento, o bien la devolución del importe al valor abonado en la fecha de compra o tomando la cotización del dólar de ese día dependiendo de cómo haya sido abonado el precio.

Es importante tener en cuenta que, en caso de que el pasajero optara por la opción de la reprogramación el plazo máximo por el cual puede abrir el pasaje, de acuerdo con la normativa aeronáutica, es de 12 meses contados a partir de la fecha de emisión del pasaje y no a partir de la fe-

cha en la que se solicita dicha reprogramación. Por supuesto, muchas compañías aéreas están evaluando reprogramar a la fecha más lejana permitida y, si el impedimento generado por el COVID-19 aún continuara en ese entonces, ampliar el plazo otros 6 meses más.

Por otra parte, y para aquellas fechas que aún sean consideradas lejanas por las empresas aéreas y para las cuales hoy no exista restricción alguna, la cancelación o modificación del pasaje estará absolutamente ligada a las condiciones establecidas por el ticket aéreo, pudiendo aplicarse penalidades en caso de solicitar la cancelación o reprogramación del vuelo.

Otra cuestión a tomar en consideración es que, para el caso de las reprogramaciones, quienes hayan abonado el pasaje antes de la sanción de la llamada ley 27.541 de Solidaridad se verían en principio alcanzados por el impuesto PAIS. Claro está que dicha suma será percibida por el Estado Nacional, actuando la empresa (agencia de viajes o aerolínea) como mero agente de percepción, pero, aun así, la diferencia debería ser soportada por el usuario. Todo ello en condicional, atento a que a pedido de la FAEVYT y la Cámara Argentina de Turismo (CAT), se ha solicitado dentro de las medidas requeridas al Ministerio de Turismo y Deporte de la Nación la anulación del impuesto PAIS mientras dure la emergencia económica, requerimiento que aún se encuentra en análisis y no ha sido resuelto.

Para el caso en que los pasajeros opten por la devolución, por supuesto, la misma será a los valores efectivamente abonados en la fecha de compra de los servicios o su equivalente en pesos acorde a la cotización de ese día, y quienes sí hayan abonado el impuesto PAIS deberán a su vez, solicitar su reintegro. Dicha devolución va a ser realizada por el agente de percepción y estará sujeta a las medidas de control de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

En el caso de las agencias de viajes, que actúan como intermediarias con los demás prestadores turísticos, por supuesto actuarán de acuerdo con lo que cada prestador disponga. Existe hoy una carrera contra reloj, que se suma al colapso operativo generado por la enorme cantidad de reclamos que reciben estas empresas, para solicitar a muchos de sus prestadores

la modificación de sus cláusulas “sin cambios ni devoluciones”, atento a las obvias restricciones actuales, y al hecho de que también existe fuerza mayor para el pasajero, que debe cancelar o reprogramar su viaje, no por causales atribuidas a él, sino por impedimentos tales como el cierre de fronteras, aeropuertos, cancelaciones masivas de vuelos, exposición a una pandemia, etcétera.

Una de las dudas en caso de que el pasajero solicite la devolución del precio abonado por el viaje es: ¿corresponderá a las agencias de viajes que reintegren el valor percibido como comisión por la organización del viaje? Pues aquí es donde los jueces deberán aplicar con criterio el principio de equidad.

La pregunta más apropiada para obtener la respuesta que se busca deberá ser: ante una situación de la cual nadie es culpable, ¿quién debe soportar las pérdidas? Existe una postura que considera que ante estas circunstancias lo haga quien se encuentre en mejor posición de soportar la pérdida. Sin embargo, y por la particularidad del caso y la masividad de los reclamos, no resulta claro quién es en esta ocasión, sobre todo considerando que la mayoría de las empresas de turismo son pymes y que esta crisis probablemente genere la quiebra de muchas de ellas.

En ese sentido, nuevamente creo que habrá que recurrir al principio de la equidad, evaluar el desempeño del agente de viajes como profesional y analizar si durante la situación de crisis y la duración del reclamo dio respuestas al pasajero, si realizó todos los esfuerzos que estuvieron a su alcance para lograr el reembolso de las prestaciones turísticas oportunamente contratadas a otros prestadores y si asistió al pasajero afectado. Si la respuesta es positiva, mal puede entenderse que no sea merecedor de esa comisión por su intervención en el negocio celebrado.

Por otro lado, en cuanto a los montos de los servicios que componen el viaje (no nos olvidemos de que el contrato de viaje es un contrato conexo), la agencia deberá solicitar el reintegro a los demás prestadores que lo componen. Normalmente, y por tratarse de una relación de consumo, las agencias son responsables solidarias

por toda la cadena de servicios. Sin embargo, al tratarse de un caso de fuerza mayor, si el prestador se negara a realizar el reintegro, probada esa circunstancia, no debería ser la empresa quien soportara esa pérdida. Ello, por supuesto, no será impedimento para que el usuario realice un reclamo formal contra el prestador que efectivamente denegó el reembolso, demostrando nuevamente la importancia del Derecho Internacional Privado en las contrataciones turísticas.

En conclusión, queda aún un largo camino que transitar; los gobiernos indefectiblemente

deberán tomar medidas que colaboren con la recuperación de un sector que quedará severamente castigado, y que sin dudas es necesario para el ingreso de divisas y la reactivación de la economía de los países.

A su vez, los jueces deberán dar respuestas a los reclamos generados por pasajeros afectados, entendiendo que en este caso las empresas son también una parte perjudicada. Ante una situación de total imprevisión, donde las reglas habituales quedan a un lado, siguen siendo los principios generales del derecho los que otorgarán las respuestas.

# Lo que nos va a dejar el COVID-19: demandas por incumplimiento de contratos de servicios de turismo

Juan Ignacio Cruz Matteri (\*)

María Mercedes Brandone (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El contrato de viaje o turismo como contrato de consumo.— III. Responsabilidad de la intermediaria.— IV. Resolución 131/2020 y frustración del fin del contrato.— V. Caso de fuerza mayor y responsabilidad de los prestadores del servicio turístico.— VI. Violaciones a la Ley de Defensa del Consumidor. Incumplimientos contractuales.— VII. Cancelación del servicio.— VIII. Conclusiones.

## I. Introducción (\*\*\*)

Cuando la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia mundial en virtud del COVID-19, el Estado argentino comenzó a tomar diversas medidas a fin de paliar las consecuencias negativas de la pandemia en torno a los contratos de viaje.

---

(\*) Abogado; especialista en Contratos y Consumo por la Universidad de Salamanca, España; secretario y apoderado legal de la Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes; secretario académico del Colegio de Abogados Zárate-Campana; profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires; profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires; premio Mejor Joven Profesional de la Provincia de Buenos Aires otorgado por Colproba (2017).

(\*\*) Abogada en ejercicio, egresada de la Universidad Nacional del Noroeste de la provincia de Buenos Aires (UNNOBA); escribanía (UNNOBA); especialización en curso en Docencia Universitaria (UNNOBA); presidente de la Comisión de Jóvenes Abogados del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín; auxiliar docente *ad honorem* en Derecho Privado IV, “Contratos” para las carreras de Abogado y Martillero Público (UNNOBA).

(\*\*\*) “El trabajo educativo implica la más grave responsabilidad social” (José Ingenieros, “Las fuerzas morales”, Bs. As., 1925).

Muchos argentinos nos encontramos de repente ante la misma situación: fronteras cerradas, viajes cancelados y vuelos demorados, entre otros.

El Gobierno Nacional, mediante la res. 131/2020 (APN-MTYD), publicada el 17/03/2020, estableció que “Los Agentes de Viaje y los establecimientos hoteleros de la Argentina deberán devolver a los turistas usuarios toda suma de dinero que hubieren percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser usufructuados durante el período comprendido entre la fecha de entrada en vigencia de la presente medida y el 31 de marzo del año en curso”.

Sin embargo, varios interrogantes comenzaron a surgir en torno a los contratos de viaje celebrados con empresas extranjeras, ya sean aerolíneas, compañías de cruceros, hoteles, excursiones.

Lo cierto es que en la realidad actual, internet nos invita a celebrar contratos de viaje de manera directa aunque a la distancia con diversas compañías de viaje no solo radicadas en la Argentina, sino también en el resto del mundo. Mediante un simple *click* podemos adquirir paquetes de viaje, boletos de avión y cruceros sin movernos de nuestro hogar.

La actividad turística ha adquirido un notable incremento en especial a partir de la década del sesenta, convirtiéndose en un verdadero producto de consumo. La modalidad de los viajes actuales en cuanto a su organización y comercialización, ha sufrido grandes modificaciones. El esquema tradicional en que el agente de viajes actuaba como un mero intermediario en la adquisición de un pasaje o una reserva de hotel, hoy ha sido sustituido por otras formas.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de dedicarles unas líneas en este trabajo. Mario Folchi relata que la función del agente de viajes palpa, en cierta medida, un aspecto novelesco o poético, ya que pertenecen a lo más recóndito de la naturaleza humana la ansiedad y la curiosidad por conocer otras tierras, lugares y gentes y, entonces, la función de aquel se enlaza con esta última para posibilitar que los sueños se hagan realidad. Así es como se ha dicho que cuando el agente de viajes hace la prosaica cuenta de caja no debe olvidar que en muchos casos es un dispensador de felicidad o un vendedor de sueños (1).

Asimismo la temática exhibe punto de conexión relevante con los derechos del consumidor, que tienen en este ámbito un gran campo de aplicación y una mayor necesidad de tutela.

Hoy en día, y como consecuencia de la pandemia, muchos sueños de viajes se han visto frustrados y esta angustia natural se suma a la impotencia del reclamo. ¿Es posible entonces, hacer cumplir esta normativa en torno a contratos celebrados en el extranjero?

¿Qué ocurre con los consumidores que contrataron a través de páginas argentinas hoteles, traslados o excursiones en el exterior? ¿Quién responde por ellos? Ciertamente es que estas nuevas modalidades de contratación nos llevan a plantearnos la importancia que tiene la protección del consumidor y la posibilidad de radicar los reclamos en la jurisdicción argentina, la cual en algunas oportunidades se ve excluida cuando los contratos son celebrados a través de compañías radicadas exclusivamente en el exterior,

---

(1) FOLCHI, Mario, "Las relaciones del agente de viajes y el transporte aéreo", LA LEY, 2005-A, 1343.

evadiendo la aplicación de nuestra normativa consumeril.

Pero sin embargo, cuando la contratación se realiza en nuestro país, ya sea en persona o a través de medios electrónicos con una compañía radicada en la Argentina, el consumidor cuenta con la ventaja del completo amparo de la normativa protectoria por los daños que pudiera sufrir a raíz de los incumplimientos legales y contractuales incurridos por compañías que escapan a la jurisdicción argentina y en las cuales la empresa de viajes o agencia de turismo no tienen ni participación ni control pero, frente al consumidor están obligadas solidariamente a responder. En efecto podemos sostener que "La elección de la ley aplicable no debe privar al consumidor internauta de la protección que le acuerdan las leyes imperativas del país de su residencia habitual" (2). Tomemos por el ejemplo el usual caso donde una empresa establecida en el extranjero publica sus productos a través de un sitio y los vende por internet a consumidores de la Argentina; no podrá excluir las normas de policía del domicilio argentino del consumidor que le garantizan un nivel mínimo de protección. Si las partes hubiesen querido evadir fraudulentamente este derecho mediante la autonomía de la voluntad, el contrato no tendrá eficacia en la República Argentina (arts. 1207-1208 CC) (3).

En este documento analizaremos la responsabilidad que tienen las empresas de viajes frente al consumidor, en el marco del COVID-2019.

## II. El contrato de viaje o turismo como contrato de consumo

El contrato de viaje, también conocido como contrato de turismo o contrato turístico, es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, comercial —de empresa—, atípico, por adhesión a condiciones generales predispuestas, de eje-

---

(2) SCOTTI, Luciana B., "Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 135.

(3) OYARZÁBAL, Mario J. A., "La lex electrónica: ¿Un common law de la Internet?", Revista DeCITA 03/2005. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades. Inversiones Extranjeras, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2005, p. 138.

cución continuada y de obligaciones múltiples para ambas partes.

Pero, sin lugar a dudas, el contrato de turismo es un de contrato de consumo (art. 1093, Cód. Civ. y Com.), existiendo entre las partes en consecuencia una relación de consumo en los términos de los arts. 3º de la ley 24.240 y 1092 del Cód. Civ. Com.

El art. 1º de la ley 24.240 considera consumidor o usuario a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso o gratuito para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de cosas muebles, la prestación de servicios o la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda.

De ahí que el viajero o el turista son verdaderos consumidores, en tanto contratan a título oneroso los servicios turísticos a una empresa o a una agencia de viajes.

Bajo este prisma, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, con raigambre en el art. 42 de la CN, resulta el marco jurídico más adecuado para garantizar la tutela de los intereses del usuario de servicios turísticos, en tanto establece el deber de información (arts. 4º y 6º), de protección a la salud y seguridad del consumidor (arts. 5º y 6º), la nulidad de cláusulas abusivas y la interpretación del contrato a favor del consumidor (art. 7º), así como el poder vinculante de la oferta pública (art. 7º), entre otros.

La inclusión del contrato de turismo dentro de la ley 24.240 restaura el desequilibrio derivado de la calidad de experto del organizador del viaje y de la debilidad del usuario, impedido de ejercer un verdadero poder de negociación (4).

Alejandro Borda sostuvo que el contrato celebrado con empresas organizadoras de viajes turísticos queda comprendido por la legislación de defensa del consumidor, en tanto el contrato de turismo encuadra perfectamente en la definición por la cual se llama contrato de consumo a aquel que celebran un proveedor de bienes

(4) "Turismo y responsabilidad", disponible en <http://derechodelturismo.net/ver/157/turismo-y-responsabilidad>.

y servicios profesionales y un adquirente que contrate para destinar dichos bienes o servicios para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (5).

La Suprema Corte de Buenos Aires también fue clara al decir que "La ley 24.240 de defensa de los consumidores alcanza al sector turismo, sin perjuicio de la legislación específica, la que debe ser interpretada en beneficio del consumidor (art. 37), y resulta más exigente cuando se trata de liberar de responsabilidad a los prestadores del servicio, quienes solo lo harán si demuestran que la causa del daño les ha sido ajena (art. 40)" (6).

En consecuencia podemos afirmar que si el contrato de viaje se celebró en la Argentina a través una intermediaria, ya sea agencia o empresa de viajes, son aplicables todas las normativas que hacen a la protección al consumidor dentro de nuestro territorio, debiendo responder la intermediaria o agencia de viajes por todos los daños sufridos por los pasajeros que con ella celebraron el contrato (art. 40, ley 24.240), *sin discutir acerca de la naturaleza jurídica de la agencia o intermediaria, pues esta discusión ha quedado finiquitada tras la incorporación de este artículo a la ley de Consumidores, permitiéndole al usuario demandar a cualquier integrante de la cadena de proveedores parte del vínculo jurídico existente.*

*Por lo que cabe concluir que el usuario tendrá derecho a reclamar la aplicación de la normativa dictada por el Gobierno a través de la resolución 131/2020, aun cuando la empresa este radicada en el extranjero siempre que el contrato lo hubiere celebrado a través de una empresa argentina.*

### III. Responsabilidad de la intermediaria

Ya lo decía Lorenzetti: "ya no se trata del viajero solitario, sino de la masividad organizada. La actividad turística se ha estandarizado para dar lugar a la presencia de grandes grupos de suje-

(5) BORDA, Alejandro, "El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo", LA LEY, 2003-B, 213, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales.

(6) SCBA, 12/08/2009, "Licciardi, Francisco c. Fratelli de Brassi SA s/daños y perjuicios" LP C 98790 S.

tos interesados en el viaje, lo cual hace surgir las condiciones generales de la contratación. La decisión individual sobre la organización del viaje se ha trasladado. Ya no es el viajero, sino el organizador del viaje el que promueve “paquetes” turísticos organizados que incluyen el transporte, la hotelería, la comida, las visitas. Si bien el viajero puede elegir entre diferentes lugares, categorías de hoteles, de transporte, de restaurantes, es el organizador el que lo pone en contacto con todos ellos (...). El viaje turístico se ha transformado en un servicio complejo que incluye: transporte por vía terrestre, aérea, naval, alquiler de automóviles, hotelería, restaurantes, excursiones, y muchos otros aspectos que complementan las diversas propuestas. Muchas de ellas incluyen también el financiamiento a través de tarjetas de crédito o préstamos dinerarios. La configuración actual de la relación jurídica presenta al viajero frente a una organización impenetrable y en gran medida anónima” (7).

A la luz de la ley 24.240, las intermediarias y agentes de viajes, responden de manera *objetiva* frente al consumidor por los daños producidos a raíz del contrato de servicios, como lo es en este caso el contrato de viaje (art. 40, ley 24.240).

Esta normativa establece que “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio responderán el productor, el fabricante, el importador y el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

La ley 24.240 de Defensa del Consumidor prevalece por encima de cualquier otra normativa que restrinja o limite los derechos de los consumidores.

No cabe dudas de su superioridad con respecto a la Convención Internacional de Bruselas de

1970, receptada por nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 19.918, no solo por ser la ley 24.240 una ley posterior, sino porque, además, emana y reglamenta el derecho constitucional que ampara a los consumidores (art. 42, CN).

Asimismo, la ley 24.240 contempla en el art. 3º el principio de *in dubio pro consumidor*, receptado también por nuestro Código Civil y Comercial en el art. 1094, según el cual todas normas deben ser interpretadas según el principio rector de protección al consumidor, debiendo prevalecer en caso de dudas la que más favorezca a este grupo vulnerable. En este sentido, este “se justifica en la situación de desventaja y vulnerabilidad estructural en que se encuentran con relación a los proveedores en el mercado. Entre otros factores, la asimetría de la información, la inferioridad de conocimientos técnicos, el menor acceso a asesoramiento jurídico, la dispersión de los integrantes del grupo que dificulta su actuación coordinada (en oposición a la capacidad de coordinación de los proveedores), la falta de poder de negociación, y la necesidad de adquirir ciertos bienes y servicios básicos, tornan necesario el principio protectorio del que resulta una proyección del principio *favor debilis* y se arraiga en la norma operativa del art. 42 CN” (8).

Por su parte, el propio Convenio Internacional de Bruselas resuelve dicha inquietud en el art. 2º, inc. 2º, al disponer que “La presente Convención se aplica sin perjuicio de las legislaciones especiales que establecen disposiciones más favorables a ciertas categorías de viajeros”.

Tampoco cabe dudas de que prevalece la Ley de Defensa del Consumidor por encima de la normativa en materia de navegación: “En virtud de ello, a fin de ponderar la relación entre ambas normas —las leyes 20.094 y 24.240—, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 3º de la ley de defensa del consumidor, que dispone que las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarro-

(7) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos”, Rubinzal-Culzoni Edit., Sta. Fe, 2007, t. III, ps. 187 y 188.

(8) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. III, p. 725.

lle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica. El régimen establecido por la ley de navegación, entonces, debe ceder ante el del consumidor, que goza de preeminencia por sobre cualquier otra preceptiva que pudiese igualmente resultar aplicable a los mismos supuestos que ella regula (conf. esta Cámara, sala I, causa 5072/2012 del 18/02/2014)” (9).

*En consecuencia, al ser el viajero un consumidor, las disposiciones más favorables de la legislación consumerista son aplicables al contrato de servicios turísticos y por ende al sistema de responsabilidad objetiva que esta norma instauro.*

En este sentido se ha sostenido que para todos aquellos supuestos de conflicto entre lo dispuesto por la normativa de agencias de viaje y la Ley del Consumidor, la cuestión ha de resolverse teniendo en cuenta la primacía de la segunda sobre la primera. Dicha conclusión ha sido fundada en el carácter de orden público de sus disposiciones y en la jerarquía constitucional de la protección (arts. 42 y 43, CN) (10).

Por lo tanto, revistiendo la ley 24.240 el carácter de general, aplicable a los consumidores entre los que se encuentran los viajeros, concluimos que no existe contradicción entre aquella y el tratado internacional mencionado pues este ha previsto la situación otorgando a tal efecto preeminencia a la ley más favorable. Ello se justifica plenamente toda vez que la Convención Internacional Relativa al Contrato de Viaje otorga un mínimo de protección a los usuarios, el cual puede ser ampliado a favor de aquellos por los Estados adherentes (11).

Tampoco considero óbice a la conclusión señalada el hecho de que la Convención refiera a “ciertas categorías de viajeros”, pues la falta de

(9) CNCiv. y Com. Fed., sala III, “Meraviglia, Graciela R. c. Costa Cruceros SA s/lesión y/o muerte de pasajero”.

(10) ECHEVESTI, Carlos — SILVESTRE, Norma, “Responsabilidad civil de las agencias de viajes”, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, p. 39.

(11) BARREIRO, Karina, “El derecho del consumidor y las agencias de viaje. Perspectivas y previsiones frente al cambio”, Derecho del Turismo, Ed. Fundación Universitaria, disponible en [http://derechodelturismo.net/ver/30/el-derecho-del-consumidor-y-las-agencias-de-viajes-%20y#\\_ftn1](http://derechodelturismo.net/ver/30/el-derecho-del-consumidor-y-las-agencias-de-viajes-%20y#_ftn1).

discriminación de tales categorías o clasificaciones veda la posibilidad de excluir so pretexto de interpretación a quienes no están incluidas expresamente (ante lo vago del texto normativo), conforme lo dispone el principio constitucional de legalidad (art. 19, CN) (12).

El art. 40 de la ley 24.240 (tras la reforma introducida por el art. 4º, ley 24.999, BO 30/07/1998) ha alterado sustancialmente el régimen de responsabilidad en esta materia. En efecto, esta normativa ha venido a instalar un tipo de responsabilidad típicamente “objetiva”, en contraposición al sistema anterior.

Esto implica ni más ni menos que el hecho de que sobre todos los agentes intervinientes en el contrato de turismo (agencia intermediaria, organizadora y prestadora de servicios) pesa la misma responsabilidad, de tipo objetiva y solidaria. En tanto *toda la cadena de comercialización deviene solidariamente responsable frente al usuario de los daños e incumplimientos sufridos*, el intermediario agente de viajes a los fines de una sentencia condenatoria responderá solidariamente por cualquier incumplimiento o daño ocurrido en el desarrollo de los servicios incluidos en el paquete turístico, aun por aquellos que él no pudo prever o que escapen totalmente a su órbita de acción, no bastando su diligencia o el control que hubiere ejercido a fin de evitar defectos en las prestaciones. Idéntica consecuencia cabe al organizador. Tratándose de una responsabilidad objetiva y tal como ha sido plasmada en la norma citada, ya no existen eximentes de la responsabilidad y la única forma de evadirla es a través de la prueba de algunas de las siguientes circunstancias: a) culpa de la víctima; b) caso fortuito o fuerza mayor y c) hechos de terceros por los cuales la empresa no deba responder (13).

*En conclusión, los derechos del consumidor deben prevalecer sobre la normativa que regula la actividad turística, con la amplitud que dicta el art. 40 en cuanto establece la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los factores de la cadena comercial, incluyendo intermediarios.*

(12) Ibid.

(13) Ibid.

Asimismo teniendo en cuenta que el contrato de viaje es cumplimentado por una pluralidad de sujetos actuantes, se ha insistido en que el viajero se encuentra en muchas oportunidades ante la imposibilidad de individualizar al sujeto responsable. Por eso, las nuevas tendencias de protección del consumidor indican la conveniencia de la concentración de la responsabilidad en un sujeto solvente, que se encuentre cerca del domicilio del turista y responda por la actuación de los múltiples intervinientes en la prestación turística. Los posibles candidatos son: los grandes operadores turísticos, menos cercanos pero más solventes o las agencias de viaje, más cercanas pero menos solventes (14).

En este sentido, en autos “Cristina, Hugo c. Kalmar Viajes y Turismo”, del 16/05/1994, la Justicia sostuvo que “El destinatario de los servicios debe ser protegido, inclusive por el incumplimiento de otras empresas, que no son terceros por los que no debe responder la agencia, sino todo lo contrario, intervienen en la cadena de contratación hasta llegar al usuario”.

En otro precedente se dijo: “La reforma operada sobre el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (efectuado por el art. 4º de la ley 24.999 B.O. 30/07/1998) ha alterado sustancialmente el régimen de responsabilidad señalado en el marco de la ley 19.918. En efecto, esta normativa ha venido a instalar un tipo de responsabilidad típicamente “objetiva”, en contraposición al sistema anterior. Esto implica ni más ni menos que sobre todos los agentes intervinientes en el contrato de turismo (agencias intermediarias, organizadores y prestadores de servicios) pesa la misma responsabilidad, de tipo objetiva y solidaria. Y en tanto toda la cadena de comercialización deviene solidariamente responsable frente al usuario de los daños e incumplimientos sufridos, debe el intermediario agente de viajes responder también solidariamente por cualquier incumplimiento o daño ocurrido en el desarrollo de los servicios incluidos en el paquete turístico, aún por aquellos

---

(14) CAVANILLAS MUGICA, Santiago, “La protección del turista en la práctica judicial española, en Turismo y Defensa del Consumidor. Jornadas Jurídicas, Palma de Mallorca, 1991, p. 68, cit. en KEMELMAJER de CARLUCI, Aida, ob. cit., p. 132.

que él no pudo prever, o escapen totalmente a su órbita de acción, no bastando su diligencia o el control que hubiere ejercido a fin de evitar defectos en las prestaciones. Idéntica consecuencia cabe al organizador. En tal sentido pesa sobre ambos el deber de seguridad, debiendo garantizar la indemnidad de la persona y de los bienes del viajero y su grupo familiar en la ejecución de la prestación” (CCiv. 1ª SN 10565, 17/09/2013, “Giuliano, Adrián F. c. Herrlein, Lucas s/daños y perjuicios”; tribunal origen: JC0300SN).

El organizador del viaje responde por el incumplimiento total o parcial de los servicios contratados, siendo indiferente que los medios que use sean propios o contratados (15).

La responsabilidad de las agencias de viajes, entonces, abarca no solo las hipótesis en que los servicios comprometidos son directamente brindados por ella sino inclusive el caso de supeditación a la actividad de otras empresas prestatarias. Pues todas lucran con la misma actividad, ya sea desarrollada por ellas o por otras cuyos servicios comercializan. Esta cuestión debe ser enmarcada en el art. 15 del Convenio de Bruselas. Según dispone el inc. 11 de dicho artículo, “El organizador de viajes que hace efectuar por terceros prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial de esas prestaciones, conforme a las disposiciones que las rigen. Idéntico criterio se seguirá ante cualquier perjuicio causado al viajero en ocasión de la ejecución de estas prestaciones, salvo si el organizador de viajes prueba que él se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que realiza el servicio”. Con sustento en esta norma se ha sostenido que “Si bien el Convenio de Bruselas releva de responsabilidad al organizador de viajes cuando éste demuestre que ha obrado como un diligente organizador de viajes, el factor de atribución de la responsabilidad es de garantía, que cede sin lugar a dudas cuando demuestra que

---

(15) RITTO, Graciela, “Contrato de turismo. Ratio iuris”, Revista de Derecho Privado, año I, N° 2, 2013, disponible en file:///C:/Users/Maria/Downloads/67-Texto%20del%20art%C3%ADculo-342-1-10-20131209.pdf

los perjuicios ocasionados lo han sido por culpa del tercero (16).

Por ello, no cabe dudas de que, si el contrato de viaje se celebró en la Argentina, es la agencia o empresa de viajes, sea intermediaria o no, la que debe responder frente al consumidor y hacer valer la resolución dictada en el marco de esta pandemia. Lo que se busca evitar es el daño económico al usuario frente lo imprevisible, aun cuando se trata de un caso fortuito. Resulta claro que el Estado argentino busca beneficiar a través de esta normativa a la parte más débil de la contratación.

#### **IV. Resolución 131/2020 y frustración del fin del contrato**

El 17/03/2020, ya comenzada y declarada la pandemia mundial en torno al coronavirus, el Ministerio de Turismo y Deporte de la Nación dictó la presente resolución en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la ley 27.541 y el decreto de necesidad y urgencia 260/2020.

En los considerandos de esta resolución, el ministerio entiende que resulta fundamental contar con la colaboración de quienes integran la cadena de valor del turismo para limitar el número de casos y frenar la propagación del virus, además de hacer valer los derechos de los consumidores y usuarios que hubieren contratado durante el periodo. La presente establece en su art. 1º E que "los Agentes de Viaje y los establecimientos hoteleros de la República Argentina deberán devolver a los turistas usuarios toda suma de dinero que hubieren percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser usufructuados durante el periodo comprendido entre la fecha de entrada en vigencia de la presente medida y el 31 de marzo del año en curso". Asimismo, la normativa tiene vigencia durante el periodo que abarca desde el 18 de marzo de 2020, fecha de su publicación, hasta el 31 de marzo del mismo año. Resulta claro que el objetivo del ministerio es no solo evitar la propagación del virus, sino además brindar protección a

los usuarios que hubieran contratado servicios con agentes de viaje argentinos u hoteles. Entre estos agentes se encuentran también aquellos que actúan como intermediarios, teniendo domicilio en la Argentina pero proporcionando servicios radicados en el exterior. Por lo que podrían eximirse de su responsabilidad alegando que el servicio responde a un hotel, excursión, crucero, etc., radicado en el exterior, en la medida en que, a través de ellos ese servicio se hubiera adquirido. A nuestro entender, cualquier consumidor que tuviera un alojamiento o servicio contratado dentro de este periodo tiene derecho a solicitar la devolución de su dinero, rescindiendo el contrato celebrado.

El gran interrogante planteado es qué ocurre con aquellos cuyos servicios se proporcionarán en fechas posteriores al 31 de marzo, cuando la pandemia mundial sigue su curso. ¿Acaso no se encuentra frustrada la finalidad del contrato? Tampoco dice nada la resolución respecto a aquellos consumidores que tienen la opción de cambiar su pasaje u hotel a otra fecha, sin derecho a reembolso de su dinero.

Aun cuando existiera la posibilidad de viajar y concretar el viaje con posterioridad, mientras la pandemia exista en el lugar de destino, el fin del contrato se halla totalmente frustrado, pues ningún turista podría aprovechar su estadía en un lugar en donde cree que su vida corre peligro. Máxime, cuando la situación es difundida a través de los medios de comunicación mundiales, de manera masiva, existiendo una verdadera situación de pánico social. También es cierto que si el viaje se contrató en determinado periodo de tiempo, no siempre es posible para el consumidor reprogramar sus vacaciones a otras fechas, lo cual también frustraría el fin del contrato. Encontramos que el contrato la prestación final sigue siendo posible, aunque imposible de obtener su finalidad propia haciendo este contrato inútil y carente de interés (17).

En la causa "P. N., M. M. y otro c. J. Tours SA y otro s/ daños y perjuicios", la Cámara Civil, en su sala A, ha dicho que "La teoría de la 'frustración del fin del contrato', facultaba a los actores a pe-

(16) RINESSI, Antonio J., "Responsabilidad del organizador de viajes", RDD vol. 7 - 2000, p. 249, cit. en "Giambelluca, Emilia c. Navil Travel Service SRL y otro s/daños y perjuicios", Sala C, 11/02/2002.

(17) ALTERINI, Atilio A., "Contratos civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., p. 413.

dir la resolución, con fundamento en que pese a que las prestaciones comprometidas pudieran de todos modos haberse ejecutado (...), ellas eran inhábiles para lograr la finalidad turística y placentera perseguida”. En consecuencia dispuso abonar a los actores la suma de dinero equivalente al valor de las prestaciones incumplida, más una indemnización por el daño moral que les había irrogado.

La frustración de la finalidad del contrato se trata de la “imposibilidad de uso o goce de la prestación”, conocida en el derecho francés como *impossibilité de jouissance*, que Vélez ya había previsto en los art. 1522 y 1604, inc. 4º (18). En materia de locación de cosas, son conocidos los ejemplos de Marcadé, que Vélez trae a cita en la nota al art. 1522, Cód. Civ.: cuando en tiempos de guerra las tropas ocupan la casa alquilada, o en tiempos de peste la policía sanitaria impide al inquilino entrar en la finca (19).

En verdad, la similitud entre la “imposibilidad de uso o goce” y la “frustración del fin” es tal que no son pocos los juristas nacionales y foráneos que las han asimilado (20). Según lo tenemos dicho, tales figuras exhiben la siguiente diferencia estructural: la llamada “imposibilidad de goce o de destino de la cosa” sigue planteando un problema de imposibilidad, si bien por una cuestión atinente al *accipiens*: no obstante que la prestación en sí misma es ejecutable por el deudor, el acreedor enfrenta una imposibilidad física o jurídica para aprovecharla o disfrutarla (21). *Mutatis mutandis*, recurriendo al paradigma de los “casos de la coronación” (22), un supuesto sería que el acreedor no haya podido

usar del puesto de ventana porque el edificio en que estaba enclavada hubiese sido clausurado por la autoridad sanitaria o de seguridad (imposibilidad de uso); y otro el caso en que, pese a ser perfectamente habitable el edificio, al acreedor ya no le interese utilizarlo por haberse suspendido el desfile, o por haberse variado el recorrido originario (frustración del fin). Igualmente, en el caso en comentario, puede convenirse en que de hecho era factible el traslado hasta el lugar turístico previsto, pero dadas las circunstancias caóticas imperantes (imposibilidad de circular, interrupción de los servicios de comunicaciones y financieros, transporte restringido, inseguridad, toque de queda...), realmente se hacía imposible disfrutar de las atracciones ordinarias. El viaje al lugar era más propio para un periodista de guerra, que para un turista (23).

#### V. Caso de fuerza mayor y responsabilidad de los prestadores del servicio turístico

En función de todo lo expuesto, entendemos que cualquier viaje, estadía, excursión, que se llevara a cabo existiendo la pandemia mundialmente declarada frustra el fin del contrato de turismo, constituyendo dicha imposibilidad un “caso de fuerza mayor”, dando lugar a la resolución del contrato y por lo tanto el derecho a exigir la devolución del dinero abonado.

Tal obligación de no hacer encuentra su fundamento último en el principio de buena fe (art. 961, Cód. Civ. y Com.). En la frustración del fin, sin perjuicio de la resolución del contrato, el acreedor de la prestación que devino inútil debe reembolsar al deudor los gastos que haya realizado para cumplir con la prestación hasta el momento en que demande o declare la frustración.

Conforme el art. 1090, Cód. Civ. y Com., “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

(18) Marcadé, V., “Explication Théorique et Pratique du Code Civil”, Delamotte et Fils, Paris, 1875, 7e éd., t. VI, p. 467 art 1722.

(19) Vélez toma esta idea del comentario del art 1722 del Código Napoleónico que hace Marcadé. En este artículo los autores utilizaron la misma edición estudiada por Vélez.

(20) GIANFELICI, Mario C., “La frustración del fin del contrato”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 99.

(21) Ibid.

(22) Court of Appeal (of England and Wales, civil division), 11/08/1903, “Krell v. Henry” ([1903] 2 K. B. 740. Véase Lecciones y Ensayos, 90, 2012, ps. 301-313, trad. M. S. Manin, notas C. A. Garaventa.

(23) GIANFELICI, Mario C., “Contrato de turismo y frustración del fin del contrato”, RCyS 2017-IV, 65, cita online AR/DOC/565/2017.

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". Le debe quedar claro a nuestros lectores que la causa fin no solo deberá concurrir al inicio del contrato sino que deberá mantenerse durante toda la relación contractual y hasta la producción de sus efectos. Que tal requisito sea exigido en ambas instancias resulta del art. 1013 al establecer su necesidad.

Vemos que es recomendable que el operador jurídico (y el consumidor), a fin de mantener la figura de la "frustración de la finalidad" (art. 1090, Cód. Civ. y Com.) dentro de sus confines propios, se pregunte —ante todo— si la prestación en cuestión es aún posible, tanto en su realización como en su disfrute. Solo si la respuesta es afirmativa, recién cabrá preguntarse si el supuesto encuadra en la figura de la frustración del fin del contrato.

## **VI. Violaciones a la Ley de Defensa del Consumidor. Incumplimientos contractuales**

Siguiendo el razonamiento arriba expuesto, sería válido demandar en la Argentina a las intermediarias y/o proveedoras del viaje, por los incumplimientos de esta normativa.

Es decir y a modo de ejemplo, si un consumidor contrató en el país un hotel en el extranjero, es la empresa a través de la cual se llevó a delante la contratación quien deberá gestionar la cancelación del hotel y la devolución del dinero al usuario, pues así lo dispone la reciente normativa y así se desprende de la normativa consumeril analizada. En este sentido, la ley 24.240 establece en el art. 10 bis que en caso de incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, el consumidor tiene la facultad de:

- a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
- b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
- c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos

producidos, considerando la integridad del contrato.

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

Asimismo, en lo que respecta a la prestación de servicios, nuestra ley de consumo sostiene que "Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos" (art. 19).

### *VI.1. Incumplimientos al deber de información y seguridad al consumidor frente al COVID-19*

La falta de información constituye la violación grave a un derecho fundamental del consumo contemplado en la Constitución Nacional en el art. 42, además de su recepción en la ley 24.240, art. 4º: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización".

Dentro de la relación de consumo, la información es uno de los derechos fundamentales de los usuarios y consumidores pues, brindada esta de un modo veraz, completo, y adecuado genera, por un lado certidumbre en las decisiones a tomar sobre el vínculo contractual y, por el otro, permite la efectiva tutela de derechos como la protección de la seguridad, de la salud, y de los intereses económicos. Todo esto en pos de asegurar un efectivo ejercicio de, tal cual lo marcaba Fayt en una de sus últimas obras (24), la libertad económica del usuario, y evitar así perjuicios tanto sobre el patrimonio como sobre su persona misma.

Por otro lado, nuestro Código Civil y Comercial establece en su art. 1100 que es deber del proveedor informar toda circunstancia relevante al contrato.

La información al consumidor no solo debe ser con anterioridad a la celebración del contra-

---

(24) FAYT, Carlos S., "Los derechos de tercera generación en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 181.

to, sino que, además, debe existir mientras dure la relación contractual. Todos los cambios, alteraciones y modificaciones deben ser informadas siempre en forma clara y comprensible para el consumidor; todo esto obedece a la asimetría reinante que existe entre las partes que componen esta singular relación jurídica. Así, la falta de información, su ocultamiento o distorsión incrementan la posibilidad de concreción de abusos o engaños por parte del fabricante, proveedor o comerciante sobre el consumidor, ocasionando un daño directo sobre el patrimonio o la persona titular del derecho (art. 40 bis, LDC).

Las agencias de viajes, intermediarias y todas las que ofrezcan y publiciten servicios turísticos tienen a su cargo el deber de informar a los turistas los detalles de los servicios ofrecidos y cualquier cuestión atinente a las particularidades que puedan afectarlos. La información es sustancial a la hora de formar el consentimiento que hace a la celebración del contrato. Y, en la mayoría de los casos, esta información debería otorgarse en soporte escrito.

El derecho a la información también se encuentra receptado tanto la ley 19.918 como en el dec. 2182/1972 a través de la imposición de las condiciones generales de contratación que deben ser contenidas en el documento de viaje, las cuales conforme a lo dispuesto por res. 256/2000 de la Secretaría de Turismo, deben ser entregadas al pasajero en el primer documento de viaje que emita la agencia. Asimismo, en el caso de venta exclusiva por medios electrónicos o sistemas de reserva, debe preverse el conocimiento y aceptación fehacientes por parte del viajero con anterioridad a la reserva.

El derecho del turista a ser debidamente informado ha tomado una dimensión superior a partir de la LDC, que saludablemente establece: “quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. Con razón se sostiene que la información impuesta al experto —agente de viajes— frente al profano —usuario del servicio—, se satisface mediante el cumplimiento de

exigentes pautas: Veracidad, objetividad, detalle, eficacia y suficiencia (25).

Según lo estableció la jurisprudencia, el fundamento del deber de información impuesto por el art. 4º de la ley 24.240 está dado por la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de determinado servicio, y también radica en la evidente desigualdad que existe entre el proveedor y el consumidor en cuanto a la información relacionada con los productos o servicios ofrecidos (26).

Se trata en definitiva de otorgar al usuario turista la información que le permita decidir, evaluar conveniencia y circunstancias, por las cuales pueda hacerse cargo plenamente de su decisión, sin que interfieran en esta nociones confusas o erróneas respecto del resultado buscado. *La información adecuada también permite al usuario la asunción de ciertos riesgos, de manera que pueda contemplarlos y calcular las probabilidades a tener en cuenta (27).*

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que el deber de información no abarca solo las condiciones generales del contrato de viaje sino también todas las condiciones particulares que hacen a él y que preferentemente la información debe darse en soporte escrito (28).

La Organización Mundial del Turismo, por su parte, en 1999 adopta el Código Ético Mundial para el turismo y manifiesta en el art. 6º con relación a las obligaciones de los agentes del desarrollo turístico que

“1) Los agentes profesionales del turismo tienen obligación de facilitar a los turistas una información objetiva y veraz sobre los lugares de

(25) ECHEVESTI, Carlos — Silvestre, Norma, ob. cit. 42.

(26) CNCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 12/11/2003, “Eves SA c. Ciudad de Buenos Aires”, LL 2004-B, 770.

(27) BARREIRO, Karina, “La responsabilidad de las agencias organizadoras de viajes frente al viajero por el incumplimiento en el deber de informar”, LA LEY, 2008-F, p. 382.

(28) CNCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 12/11/2003, “Eves SA c. Ciudad de Buenos Aires”, LL 2004-B, 770.

destino y sobre las condiciones de viaje, recepción y estancia. Además, asegurarán la absoluta transparencia de las cláusulas de los contratos que propongan a sus clientes, tanto en lo relativo a la naturaleza, al precio y a la calidad de las prestaciones que se comprometen a facilitar como a las compensaciones financieras que les incumban en caso de ruptura unilateral de dichos contratos por su parte”.

Este deber de información ha alcanzado reconocimiento universal. La directivas sobre protección del consumidor aprobadas por la ONU en 1985 afirman el derecho del consumidor de recibir una información adecuada (res. 39/248 de la Asamblea General, 16/4/85, art. 3°).

El turista es la persona más vulnerable de la relación ya que en la generalidad de los casos no conoce el lugar de destino, las características del mismo, en ocasiones desconoce el idioma, se encuentra lejos de su residencia habitual, con costumbres muchas veces diferentes, *todo lo cual lo coloca en estado de indefensión*, sin contar con información respecto de cuáles son las conductas que puede seguir y ante quién eventualmente reclamar. Ello ha llevado a la necesidad de brindar protección adecuada al viajero, propiciándose desde la legislación y la doctrina calificar al turista como un consumidor y de esta manera lograr una mayor protección de sus derechos, quedando así destacada la necesidad que al turista debe brindarse información exacta, objetiva y completa, garantizarse la seguridad de su persona y sus bienes, publicidad veraz, clara y sin ocultamientos (29).

Es dable destacar que el proveedor incurre en un acto ilícito pasible de sanción por el ocultamiento, engaño y distorsión de la información o de las condiciones del contrato —y más aún cuando obtienen un beneficio o ganancia a raíz de ese ardid—. Esta situación es más que recurrente en los contratos de adhesión o cláusulas abusivas, los cuales en este trabajo son objeto de análisis, que alteran la igualdad buscada en este tipo de relación.

(29) PÉREZ, Marta Dolores, “El deber de información y el deber de seguridad en el turismo”, <http://congresos.seguridadturistica.org/ponencias/SEGURIDAD/06-MartaPerez.pdf>.

Este deber de información debe cumplirse en todas las etapas de la relación, tanto en la etapa precontractual, cuando se oferta el servicio haciéndolo en forma detallada, clara, y veraz, sin omitir ninguna circunstancia que pueda hacer a las cláusulas y modalidades de la relación, como así también durante la ejecución y prestación del servicio, de modo que el usuario o consumidor pueda comprender el alcance patrimonial de las obligaciones que contrae, evaluar los riesgos, y discernir y decidir sobre la contratación. En la etapa precontractual la información que se brinde servirá para que el usuario decida si celebra o no el contrato, y si la propuesta satisface su interés, constituyendo entonces un elemento importante en la formación del consentimiento del mismo. En la etapa de ejecución la información adecuada también hace a que el acreedor obtenga una ejecución satisfactoria del contrato, no sufriendo daños a su persona o a sus bienes (30).

El deber de información hace al deber de seguridad, también denominado crédito a la seguridad, el cual emerge de la buena fe en su “función integradora de las lagunas del negocio” (31) y forma parte del contenido virtual del contrato; también puede estar impuesta por una disposición legal (arts. 5° y 6° de la ley 24.240, a). De consuno, por virtud del estándar jurídico de la buena fe, este deber viene a integrarse con el resto de las obligaciones emergentes del negocio jurídico (principales o típicas y accesorias, secundarias o instrumentales), sea por derivación de su contenido expreso (convencional o legal) o tácito (32).

En este sentido, el deber de seguridad busca preservar la indemnidad de las personas y es

(30) *Ibid.*

(31) Despacho unánime de la Comisión N° 2 de Derecho Civil de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, octubre 1994, suscripto por Bueres, Goldenberg, Zago, Compagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, Lloveras de Resk, Juanes, Pizarro, Vallespinos, Gesualdi, Vergara, Baarbier, Aguirre Céliz, Zentner, Burgos, Arminciardi, Boragina, Meza y Agoglia.

(32) AGOGLIA, María Martha — BORAGINA, Juan Carlos — MEZA, Jorge A., “La buena fe y la obligación de seguridad. Tratado de la buena fe en el Derecho”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

*autónomo* de los deberes emanados del contrato.

La doctrina nacional coincide en la existencia de la autonomía funcional del deber de seguridad, emanado de los arts. 5º y 6º de la ley 24.240, en tanto opera con independencia del contrato.

En este sentido se ha dicho que “garantizar que el cocontratante no sufrirá daños que pudieren derivarse de la ejecución de las obligaciones primarias, no se corresponde precisamente con una finalidad aleatoria, azarosa o meramente aspirada, sino con un resultado final” (33).

En consecuencia, podemos afirmar que es fundamental brindar en este contexto tranquilidad y respuestas a los consumidores y usuarios frente a esta pandemia mundial respecto del destino de sus viajes contratados. Postergar este derecho implica prolongar el estado de incertidumbre y angustia que la misma pandemia *per se* genera.

#### VI.2. *Trato indigno*

El buen trato al consumidor viajero no solo está contemplado en nuestra ley (art. 8º bis), sino que también es un pilar constitucional del derecho del consumo (art. 42, CN).

Íntimamente este derecho está vinculado al honor y al respeto que se le debe al consumidor por su condición de persona. La dignidad es un principio elemental y de carácter constitucional, por ello se exige la aplicación de los mismos principios ante la misma prestación, excluyendo tratos discriminatorios, arbitrarios o abusivos. Reúne el carácter de un derecho irrenunciable e inherente al ser humano del cual no puede admitirse, siquiera, algún tipo de disminución.

Asimismo, el Código Civil y Comercial, en su art. 1097, establece *que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores, haciendo hincapié en la dignidad humana* y su respecto conforme a los tratados internacionales (34).

---

(33) *Ibid.*, ps. 256 y ss.

(34) Véase art. 1º, DUDH 1948.

Realizando un *racconto* jurisprudencial observamos que la doctrina mayoritaria considera conductas violatorias del art 8º bis aquellas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, la utilización en los reclamos extrajudiciales por deudas de medios que otorguen la apariencia de un reclamo judicial, el control abusivo en locales comerciales invocando razones de vigilancia, el exceso de trámites burocráticos, la falta de respuestas positivas o la falta de solución a reclamos efectuados pese al tiempo transcurrido y la eterna repetición de ellos, entre tantas más cosas.

Para todas estas conductas enumeradas anteriormente nuestro sistema normativo prevé la posibilidad de sancionar al incumplidor con la pena del daño punitivo (arts. 8º bis y 52 bis, ley 24.240).

#### VII. **Cancelación del servicio**

Ahora bien, frente a la situación de crisis sanitaria observamos que gran cantidad de consumidores se toparon con la imposibilidad de completar diferentes servicios aéreos contratos, teniendo como consecuente su imposible vuelta al país. Encontramos en este punto diferentes herramientas para resguardar el derecho de los pasajeros. Tenemos por un lado la res. min. 1532/1998 que aprobó las condiciones generales del contrato de transporte aéreo, consagrando una serie de obligaciones a cargo del transportador frente a los usuarios. La resolución determina que en cuanto al incumplimiento de horarios, itinerarios, cancelación de vuelos y denegación de embarque, se prevé que:

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 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:

- su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del mismo transportador para su destino, o

- al endoso de su contrato de transporte, incluyendo conexiones con espacio confirmado, cuando sea aceptable para el pasajero, o

- 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.

b) 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 deberá reintegrar la diferencia si la tarifa y cargos para la ruta reprogramada son menores:

- a la compensación por embarque denegado de acuerdo a las regulaciones del transportador,

- a la inmediata devolución, si le correspondiere, del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas.

Sin perjuicio de las herramientas que otorgan al consumidor aéreo la Ley de Defensa al Con-

sumidor, el Código Civil y Comercial como así también el Código Aeronáutico, todas dan lugar a la reparación de daños por la inobservancia de la empresa aérea.

### **VIII. Conclusiones**

La pandemia es inevitable y sus consecuencias e impactos económicos también lo son, pero, para evitar prolongar este estado de angustia e incertidumbre en la población, resulta fundamental brindar información clara y respetar el trato digno al usuario, dando respuestas y soluciones ajustadas a la ley a fin de reprogramar o cancelar justamente sus viajes contratados.

Por ello, toda empresa que lucre en la Argentina con la venta de contratos de viajes está obligada a responder por los incumplimientos y daños generados al consumidor por la ejecución de ese contrato, sin poder excluirse de responsabilidad por hechos de terceros, haciendo valer la res. 131/2020. Se trata de empresas que introducen en el mercado argentino un producto, lo comercializan y lucran con ello; son la cara visible de las empresas del extranjero que se contratan a través de ellos. Por lo tanto, deben responder por las violaciones a los derechos de los consumidores frente a esta pandemia mundial, a fin de aminorar los daños económicos que todos sufrimos.



# CONTRATOS DE CONSUMO

---



# Emergencia sanitaria, pandemia y defensa del consumidor

Esteban J. Arias Cáu (\*)

Sofía Nasif (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La emergencia pública.— III. Antecedentes normativos.— IV. El sistema de protección del consumidor en las relaciones de consumo.— V. Conclusiones preliminares.

## I. Introducción (\*\*\*)

Al momento de escribir estas líneas nos encontramos viviendo una situación excepcional en la denominada aldea global y de la cual no existen precedentes en nuestros tiempos. Por supuesto, nos referimos a la pandemia (1) mundial originada por el fenómeno conocido como “coronavirus” (COVID-19), originada en la República Popular China (2), que traspasó veloz-

mente continentes y que impactó en los seres humanos de todas las latitudes, con consecuencias todavía desconocidas.

Los gobiernos de los países que conforman el globo terráqueo adoptaron numerosas decisiones políticas de distinta índole (p. ej., económicas, sociales, sanitarias), pero en las cuales subyace un dato característico y que tiene derivaciones a las cuales no está acostumbrada nuestra sociedad occidental, esto es: *el aislamiento de la población*.

En efecto, una decisión de tal magnitud repercute en todos los ámbitos de la existencia ordinaria y común de los habitantes, a quienes se les modifica por completo su rutina habitual, afectándose su calidad de vida en aras de un valor superlativo, como es el derecho a la vida (3) y, por consiguiente, la salud. Así, por ejemplo, ello cambia las relaciones de familia, impacta sobre la economía por el virtual paro de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, afecta el transporte público, la educación, los servicios en general, etcétera.

Esta situación excepcional se traduce en cambios de hábito de los consumidores y, al mismo tiempo, impone una sobreprotección normativa a fin de impedir abusos de los proveedores.

Pues bien, ante la urgencia, nos proponemos sólo esbozar algunas ideas sobre el impacto que la pandemia produce en el área del derecho del

---

(\*) Abogado (Univ. Nac. Tucumán). Magíster en Derecho Empresario (Univ. Austral). Profesor asociado de Derecho Civil III - Contratos, y profesor adjunto de Derecho de Usuarios y Consumidores (Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS). Secretario de la sede Jujuy del Instituto Noroeste, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de Jujuy.

(\*\*) Abogada (Univ. Nac. Córdoba). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Mediadora (FIME). Poder Judicial de la Provincia de Jujuy.

(\*\*\*) “Nos sorprendió una tormenta inesperada y furiosa. Nos dimos cuenta de que estábamos en la misma barca, todos frágiles y desorientados” (Papa Francisco, Homilía Urbi et orbi, 27/03/2020).

(1) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, en línea, [www.rae.es](http://www.rae.es): “1. f. Med. Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”.

(2) A fines del mes de diciembre de 2019, aproximadamente, llegaron noticias del Lejano Oriente, más precisamente de una ciudad de China denominada Wuhan, correspondiente a la provincia de Hubei, en la cual había surgido una neumonía que afectaba el sistema respiratorio y que se extendía rápidamente, lo que derivó en la cuarentena de esa populosa ciudad.

---

(3) LUFT, Marcelo E., “El derecho a la vida y la relación de consumo”, LA LEY, 2015-B, 17.

consumidor, desde el punto de vista normativo, haciendo especial referencia a los efectos de las medidas dictadas por el gobierno nacional con respecto a la comercialización de bienes y servicios, específicamente sobre el control de precios y el abastecimiento. Por ello, dejamos para otra oportunidad el análisis de otras medidas también relevantes, como, por ejemplo, sobre servicios públicos domiciliarios (4), contratos de locación (5) o créditos hipotecarios (6).

## II. La emergencia pública

### II.1. Ley 27.541

En el mes de diciembre de 2019, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.541 (BO del 23/12/2019), denominada de Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, mediante la cual declaró nuevamente (7) la emergencia pública de la Nación Argentina en aspectos y materias tan diversas como el área económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, hasta el 31/12/2020 (art. 1º).

El objetivo principal de la ley citada, sin duda, era contar con un “paraguas” jurídico a los fines de renegociar la deuda pública, creando condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda, “la que deberá ser compatible con la re-

(4) DNU 311/2020 (BO del 25/03/2020), referido a la “Abstención de corte de servicios en caso de mora o falta de pago”.

(5) DNU 320/2020 (BO del 29/03/2020).

(6) DNU 319/2020 (BO del 29/03/2020).

(7) Como antecedentes de legislación de emergencia de los últimos cuarenta años podemos mencionar las siguientes: 1) ley 23.696 de Reforma del Estado, que declaró la emergencia administrativa (BO del 23/08/1989); 2) ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (BO del 07/01/2002) y sus prórrogas sucesivas. Nota Infoleg: “por art. 1º de la ley 27.345 - BO 23/12/2017 se prorroga hasta el 31/12/2019 la emergencia social en los términos de la ley 27.200 (vigencia: a partir de su promulgación)”; nota Infoleg: “por art. 1º de la ley 27.200 - BO 04/11/2015 se prorroga hasta el 31/12/2017 la vigencia de la presente ley. Vigencia: a partir de su promulgación. Prórrogas anteriores: ley 26.896 - BO 22/10/2013; ley 26.729 - BO 28/12/2011; ley 26.563 - BO 22/12/2009; ley 26.456 - BO 16/12/2008; ley 26.339 - BO 04/01/2008; ley 26.204 - BO 20/12/2006; ley 26.077 - BO 10/01/2006; ley 25.972 - BO 17/12/2004”.

cuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos” [art. 2º, inc. a)]. Sin embargo, a diferencia de sus homónimas, como las leyes 23.696 y 25.561, se adicionó como nuevo ámbito de la emergencia la materia “sanitaria”.

A tales fines, en las bases de delegación [art. 2º, inc. f)] se estableció que el Poder Ejecutivo debía procurar: 1) el suministro de medicamentos (8) esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social; 2) el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no trasmisibles; 3) atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación (9); 4) asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del sistema nacional del seguro de salud el acceso a las prestaciones médicas esenciales.

Luego, en el tít. X: “Emergencia sanitaria” (arts. 64 a 85), el legislador dispuso mantener la prioridad de diversos programas de salud en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación (art. 64), facultarlo a instrumentar políticas y dictar normas aclaratorias (art. 65), promover la descentralización administrativa mediante la suscripción de convenios con provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 66), establecer un mecanismo de monitoreo de precios de medicamentos e insumos del sector salud y de alternativas de importación directa y licencias compulsivas u obligatorias (art. 70), entre otras herramientas normativas.

(8) Art. 76, ley 27.541: “Restablécese el desarrollo del objetivo de universalizar el acceso de medicamentos esenciales a través del Programa Nacional ‘Remediar’, destinado a garantizar la provisión de insumos y medicamentos críticos a través de centros de atención de la salud provinciales o gubernamentales” (nota Infoleg: “por art. 1º de la res. 248/2020 del Ministerio de Salud - BO 21/02/2020 se relanza el Programa Nacional Remediar, cuya meta será universalizar el uso racional y el acceso a los medicamentos esenciales e insumos sanitarios definidos por este Ministerio”).

(9) Ley 27.491 (BO del 04/01/2019), que tiene como objetivo establecer la política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación.

## II.2. Pandemia (COVID-19)

El 11/03/2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunció que la nueva enfermedad por el “coronavirus 2019” (COVID-19) puede caracterizarse como una pandemia.

A partir de allí, los acontecimientos políticos se precipitaron y, ante la imposibilidad de sesión del Congreso de la Nación para evitar la propagación del virus, el Poder Ejecutivo comenzó a dictar instrumentos jurídicos, mejor conocidos como decretos de necesidad y urgencia (DNU), que analizaremos a continuación.

## III. Antecedentes normativos

### III.1. Dec. 260/2020

El Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 260/2020 (10), que dispuso extender “la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto” (art. 1º).

En lo que nos interesa, en una primera etapa, se dispuso el “aislamiento obligatorio” (art. 7º) por el plazo de 14 días y sólo para aquellos casos denominados *sospechosos*, ya sea por síntomas respiratorios [art. 7º, inc. a)], por confirmación médica de enfermedad COVID-19 [art. 7º, inc. b)] y por contactos estrechos [art. 7º, inc. c)], quienes arriben de zonas afectadas [art. 7º, inc. d)], especialmente en los últimos 14 días [art. 7º, inc. e)].

### III.2. Dec. 297/2020

En una segunda etapa, mediante el dec. 297/2020 se generalizó el “aislamiento social preventivo y obligatorio” (11) a todo el país, desde el 20 de marzo hasta el 31 inclusive, con la posibilidad de su prórroga eventual. La medida tiene por objeto reducir drásticamente la circu-

lación de personas (12) (art. 2º) a fin de evitar el contagio y la posterior propagación del virus COVID-19. Empero, esta acción preventiva tiene efectos directos sobre la economía y el consumo, generándose externalidades, positivas y negativas (13), especialmente en el derecho del consumidor, que nos proponemos indagar.

### III.2.a. Fundamento constitucional

La medida citada cuenta entre sus considerandos con un análisis previo de los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en las leyes de la Nación, como también en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Así, la piedra basal es el art. 14 de la Carta Magna, en tanto establece que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de *entrar, permanecer, transitar y salir* del territorio argentino...”

Los derechos enumerados, sin embargo, no son absolutos, sino que deben ser ejercidos “conforme las leyes que reglamenten su ejercicio” (14) y dentro del criterio de razonabilidad (art. 28). En consecuencia, estos derechos se encuentran sujetos a limitaciones de orden público, seguridad y salud pública. Sin dudas, la

(12) Art. 2º, DNU 297/2020: “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20/03/2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas”.

(13) Conf. SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D. - PÉREZ ENRRI, Daniel, “Economía”, trad. por Esther Rabasco y Luis Toharía, Ed. McGraw-Hill Interamericana, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., p. 39: “Existe otro tipo de ineficiencia cuando hay efectos-difusión o externalidades que implican la imposición involuntaria de costos o de beneficios”.

(14) ROSATTI, Horacio D., “El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2016, 1ª ed., ps. 64 y ss.

(10) DNU 260/2020 (BO del 12/03/2020).

(11) DNU 297/2020 (BO del 20/03/2020).

pandemia representada por el COVID-19 constituye una de las excepciones a la garantía de *libertad ambulatoria* y reunión en el territorio nacional, por tratarse de un riesgo sanitario y social sin precedentes.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge en su art. 12, inc. 1º, el derecho a "...circular libremente...", y en el art. 12.3, sus excepciones, entre las que se encuentra la "salud pública". Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su art. 22, inc. 3º, que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el art. 22.1 puede ser restringido en virtud de una ley y con el objeto de proteger —entre otros— la "salud pública".

Delimitado el marco jurídico, y declarado que "la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la salud pública hacen imposible seguir el trámite para la sanción de las leyes", en el marco de la ley 26.122 decreta, en su art. 1º, el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (15).

### III.2.b. Decisiones judiciales

El DNU antedicho motivó diversas decisiones judiciales, en el marco de las ferias extraordinarias dispuestas por los altos cuerpos provinciales, así como planteos de *hábeas corpus*.

En tal sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dictó sentencia en "Kingston, Patricio s/ *hábeas corpus*" (expte. 19.200/2020 - interloc. 14/143) (16),

(15) Art. 1º, DNU 297/2020: "A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado Nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la emergencia sanitaria ampliada por el dec. 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus - COVID-19".

(16) CNCrim. y Correc., sala Integrada de *Hábeas Corpus*, 22/03/2020, "19.200/2020 - Kingston, Patricio s/ *hábeas corpus*. Interloc. 14/143", AR/JUR/3147/2020.

confirmando la decisión del juez de primera instancia que había rechazado el *hábeas corpus* correctivo, y entre sus fundamentos más trascendentales encontramos: 1) "Como se advierte de la lectura de los motivos considerados por el Poder Ejecutivo, la medida adoptada —aislamiento social— es la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad"; y 2) "Si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa, como podría ser el aquí accionante, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19".

Por nuestra parte, compartimos los fundamentos esgrimidos por el tribunal sentenciante, en tanto la garantía constitucional de libertad ambulatoria y de reunión (art. 14, CN) no es absoluta y puede verse limitada con el fin de resguardar otros derechos de naturaleza colectiva, como es la salud pública.

### III.2.c. Suspensión de traslados

La emergencia sanitaria, en una primera etapa, produjo la suspensión de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las "zonas afectadas", durante el plazo de treinta días [dec. 260/2020, art. 9º (17)], lo que conllevó dificultades para el regreso de los argentinos y residentes que se vieron impedidos de arribar a destino. Sin embargo, una cuestión diversa es aquella de los pasajeros que no pudieron viajar y que deberán renegociar las condiciones con los operadores de medios de transporte (18) —como las

(17) Art. 9º, DNU 260/2020: "Suspensión temporaria de vuelos: Se dispone la suspensión de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las 'zonas afectadas', durante el plazo de treinta [30] días. La autoridad de aplicación podrá prorrogar o abreviar el plazo dispuesto, en atención a la evolución de la situación epidemiológica. También podrá disponer excepciones a fin de facilitar el regreso de las personas residentes en el país, aplicando todas las medidas preventivas correspondientes, y para atender otras circunstancias de necesidad".

(18) Art. 17, DNU 260/2020: "Obligaciones de los operadores de medios de transporte: Los operadores de medios de transporte, internacionales y nacionales, que operan en la República Argentina, estarán obligados a

agencias de viajes y las aerolíneas— ante el caso fortuito que implica esta pandemia.

Todas estas cuestiones son daños colaterales que habrá que solucionar, ya sea a través de vuelos fletados por el propio Estado Nacional, hasta tanto se liberen las estaciones aéreas, ya sea por las empresas privadas, una vez que se autorice el libre tránsito entre los países.

#### IV. El sistema de protección del consumidor en las relaciones de consumo

La protección del consumidor tiene niveles o grados de relevancia normativa, en virtud de que se trata del paradigma de los derechos constitucionalizados y, en tal sentido, lo encontramos en la cúspide del ordenamiento constitucional argentino.

Teniendo en cuenta el objeto restringido del presente trabajo, pasaremos una somera revista a los niveles normativos, en sentido descendente.

##### IV.1. Constitución Nacional

En su art. 42, primera parte, enumera un breve elenco de los derechos de los consumidores, a saber: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”.

##### IV.1.a. Derechos de tercera generación

El primer derecho objeto de protección es, precisamente, el derecho a la salud **(19)**, que posee una profusa reglamentación de naturaleza infralegal, especialmente a partir de la declaración de la pandemia **(20)**. El segundo derecho es a gozar de seguridad, y el tercer derecho, de los intereses económicos.

cumplir las medidas sanitarias y las acciones preventivas que se establezcan y emitir los reportes que les sean requeridos, en tiempo oportuno”.

(19) CNFed. Cont. Adm., sala II, 21/10/2014, “Swiss Medical SA c. DNCI s/ recurso directo de organismo externo”, LA LEY, 2015-A, 264; AR/JUR/61561/2014.

(20) Art. 1º, DNU 297/2020: Ver nota (15).

El cuarto derecho que le corresponde al consumidor es gozar de una información adecuada y veraz. El derecho de información es fundamental, porque irriga toda la relación de consumo, habiendo sido calificado como un derecho-deber, según corresponda al consumidor o al proveedor, respectivamente. En particular, sobre este tópico, el Ministerio de Salud de la Nación, en virtud de la normativa de emergencia y como autoridad de aplicación, tiene dos facultades que nos interesan: 1) la *difusión* en medios de comunicación masiva “y a través de los espacios publicitarios gratuitos asignados a tal fin en los términos del art. 76 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, [de] las medidas sanitarias que se adopten” (dec. PEN 260/2020, art. 2º, inc. 2º); 2) realizar *campanas educativas* y de difusión para brindar información **(21)** a la comunidad (dec. PEN 260/2020, art. 2º, inc. 3º).

El sexto derecho enumerado es el relativo a las condiciones de trato equitativo y digno que posee el consumidor. Nos interesa especialmente el denominado trato digno. Recordemos que la persona humana, en su condición de tal, posee dignidad intrínseca, y el derecho del consumidor recepta notablemente esta cualidad mediante el derecho al trato digno y equitativo citado. Al respecto, las medidas sanitarias que se dispongan “deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables” **(22)** (dec. 260/2020, art. 21). Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: 1) el derecho a estar permanentemente informadas sobre su estado de salud; 2) el derecho

(21) Art. 3º, DNU 260/2020: “Información a la población. El Ministerio de Salud dará información diaria sobre las ‘zonas afectadas’ y la situación epidemiológica, respecto a la propagación, contención, y mitigación de esta enfermedad, debiendo guardar confidencialidad acerca de la identidad de las personas afectadas y dando cumplimiento a la normativa de resguardo de secreto profesional”.

(22) Art. 21, DNU 260/2020: “Trato digno. Vigencia de derechos: Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I. el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II. el derecho a la atención sin discriminación; III. el derecho al trato digno”.

a la atención sin discriminación; 3) el derecho al trato digno.

#### IV.1.b. Defensa de la competencia

La segunda parte del art. 42 expresa: “Las autoridades proveerán a la protección de la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”. Se trata, por lo tanto, de un mandato (23) a todas las autoridades, cualquiera sea su nivel (nacional, provincial o municipal).

Adviértase, en este punto, que la regla constitucional es la protección del “equilibrio”; traducida a los tiempos que corren, es una garantía constitucional que el proveedor de “artículos de limpieza, medicamentos y alimentos” no debe abusar de la emergencia causada por el COVID-19 y continuar ofertando al público en las condiciones en las que lo hacía, y siempre cuidando de no afectar la salud pública.

#### IV.2. Código Civil y Comercial (ley 26.994)

El segundo nivel de protección del consumidor se encuentra en el Código Civil y Comercial, que reconoce como nuevo sujeto de derecho al consumidor (art. 1092) dentro de la relación de consumo.

##### IV.2.a. Principios (art. 1094, Cód. Civ. y Com.)

Tratándose de una situación de emergencia, debemos traer a colación los principios basilares que defienden a los consumidores. Precisamente, dos son los principios que adquieren especial relevancia y que se encuentran consagrados en el art. 1094, Cód. Civ. y Com., que dispone: “*Interpretación y prelación normativa*”. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación

---

(23) SAHIÁN, José H., “Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 212: “no siendo irrazonable deducir que se trata de políticas programáticas, mandatos o principios rectores que deben ser reglamentados por el Estado, pero que no presentan estructura de derechos fundamentales stricto sensu”.

de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

Veamos, brevemente, su configuración jurídica:

##### a) Principio protectorio

Es uno de los pilares del derecho del consumidor y posee su fundamento en la situación de vulnerabilidad y debilidad estructural en la que se sitúa el consumidor o usuario en la *sociedad de consumo*. Posee jerarquía constitucional por su consagración en el art. 42 de nuestra Carta Magna, conforme hemos referido más arriba.

Siguiendo a autorizada doctrina, podemos esquematizar que se proyecta de tres formas o modos:

1) Regla *in dubio pro consumidor*: es aquella que establece que cuando una norma (general o particular) pueda dar lugar a dos o más interpretaciones, siempre deberá estarse por aquella que en el caso concreto sea más favorable al consumidor (24). El principio ya se encontraba reconocido en el art. 3º, LDC, y como pauta de interpretación en el art. 37, LDC.

2) Regla de la *norma más favorable* (25): implica que, si a determinada situación jurídica le resulta aplicable más de una norma, deberá aplicarse aquella que resulte más beneficiosa al consumidor, amén de su jerarquía, generalidad o especialidad, orden temporal o clasificaciones de otro tipo (26). Tanto el art. 3º, LDC, como el art. 1094, 2ª parte, Cód. Civ. y Com., le brindan sustento normativo y su aplicación se extiende retroactivamente a las leyes supleto-

---

(24) BAROCELLI, Sergio S., “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63; AR/DOC/412/2015.

(25) FALCÓN, Enrique M., “El proceso de pequeñas causas en el campo del derecho al consumo”, en WAJN-TRAUB, Javier H., Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2014, p. 28.

(26) BAROCELLI, Sergio S., “Principios y ámbito de aplicación...”, ob. cit.

rias (27), todo ello de conformidad al art. 7º, Cód. Civ. y Com.

3) Regla de la *condición más beneficiosa*: implica que la aplicación de una nueva norma no puede resultar perjudicial para el consumidor, colocándolo en una situación más gravosa que aquella en la que se encontraba.

#### b) Principio de sustentabilidad

Si bien puede ser susceptible de crítica para cierta doctrina, lo cierto es que el Código Civil y Comercial recepta el principio de “acceso al consumo sustentable”. De allí que autores como Barocelli y Sozzo señalan que el principio debe bifurcarse (28). Es decir, por un lado, el “derecho al consumo”, que resulta implícito; y, por otro, el “derecho al consumo sustentable”, que está expreso. En efecto, este último es expresamente consagrado por el Código e implica que “[l]a protección de los más altos intereses de la comunidad determina que sea hoy insoslayable exigir que toda actividad productiva o de comercialización de bienes y servicios respete las exigencias propias de la preservación de un medio ambiente sustentable, lo que exige que en la comercialización de productos de consumo se prevean los mecanismos necesarios para el reciclado o la disposición adecuada de los residuos que puedan generarse” (29).

Por nuestra parte, interpretamos que el “derecho al consumo” *per se* es la base que contiene al principio de sustentabilidad y está consagrado constitucionalmente en la hermenéutica armónica de los arts. 41, 42, 33, 75, inc. 19, y 125 de la CN. En efecto, este principio hace a la dignidad humana y a las necesida-

(27) BAROCELLI, Sergio S., “Principios y ámbito de aplicación...”, *ob. cit.*

(28) SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L. (dirs.), *Revista de Derecho de Daños 2016-1: “Consumidores”*, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2016, ps. 240 y ss.

(29) STIGLITZ, Rubén S., “Relación de consumo”, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. III, p. 495, comentario al art. 1094 del Cód. Civ. y Com.

des básicas que deben tener cubiertas las personas. Corresponde una breve digresión. Aquí denunciamos una *señal de alarma*, porque, como veremos al concluir el presente, el derecho de acceso al consumo adquiere especial relevancia en situaciones emergenciales como las que transitamos, y ello implica que el Estado debe poner en marcha todo el andamiaje jurídico a los fines de que el consumidor y su grupo familiar puedan acceder a aquellos bienes que cubren sus necesidades básicas.

El gobierno nacional debe garantizar el acceso sin restricciones a los bienes básicos, especialmente aquellos tendientes a la protección de la salud individual y colectiva, y para ello decidió suspender, por el plazo que dure la emergencia, la exclusión prevista en el tercer párrafo del art. 1º de la ley 20.680, conocida coloquialmente como “Ley de Abastecimiento”, a fin de que la norma se aplique a todos los procesos económicos, incluidas las micro, pequeñas y medianas empresas [art. 15 bis, dec. 260/2020 (30)].

#### IV.2.b. Derecho de información del consumidor

El art. 1100 del Cód. Civ. y Com. es la única norma específica que consagra de forma general el derecho de información del consumidor. Lo recepta como la obligación del proveedor de “suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato”.

Entendemos que este principio adquirirá especial relevancia en la compraventa de bienes y servicios durante la duración de la cuarentena obligatoria dispuesta por el DNU 297/2020, ya que los consumidores o quienes se acercan a determinado establecimiento a adquirir bienes de extrema necesidad lo hacen atravesando una situación de emergencia sanitaria; por

(30) Art. 2º, dec. 287/2020 (BO del 18/03/2020): “Incorpórase como art. 15 bis al dec. 260/2020, el siguiente: ‘Art. 15 bis: Suspéndese, por el plazo que dure la emergencia, el último párrafo del art. 1º de la ley 20.680 y sus modificaciones’”.

ello, la información que brinde el proveedor debe poseer una certeza y una claridad agravadas, de modo tal que el consumidor no incurra en dudas respecto a la información que se le brinda.

Recalcamos, asimismo, que la *exhibición de los precios* es una derivación del derecho de información (31) del consumidor. En términos claros, la exhibición del precio de un determinado producto es, sin dudas, determinante a la hora de la adquisición de un bien (art. 1123, Cód. Civ. y Com.). Más aún ante una situación de pandemia, en donde el consumidor accede a los establecimientos con la urgencia y el factor psíquico de no saber ante qué se enfrenta al salir de su casa; de allí que la información debe tener una claridad tal que “ayude” a que ese consumidor adquiera los bienes, posea un conocimiento acabado de qué está comprando y a qué precio lo pagará y pueda retornar a su hogar a cumplir el aislamiento obligatorio.

### IV.3. Legislación infraconstitucional

La pandemia genera la necesidad de insumos críticos que tienen una función preventiva, como el alcohol en gel, los barbijos u otros insumos que luego podrán ser definidos como tales; éstos requieren un mayor control de los precios, otorgándose al Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación de la emergencia sanitaria, juntamente con el Ministerio de Desarrollo Productivo (dec. PEN 260/2020), una doble facultad (32): 1) fijar precios máximos para los insumos críticos; 2) adoptar medidas necesarias para evitar el desabastecimiento.

Recordemos, ahora, el régimen legal aplicable a la especie.

(31) Ampliar en ARIAS CÁU, Esteban J. - NASIF, Sofía, “El derecho de información del consumidor y el servicio accesorio de mesa a la luz de un precedente innovador”, *Microjuris*, sección Doctrina, 07/02/2019, MJ-DOC-13826-AR, MJD13826.

(32) Art. 6º, DNU 260/2020: “Insumos críticos: El Ministerio de Salud, juntamente con el Ministerio de Desarrollo Productivo, podrán fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos, u otros insumos críticos, definidos como tales. Asimismo, podrán adoptar las medidas necesarias para prevenir su desabastecimiento”.

### IV.3.a. Ley 20.680 de Abastecimiento

La ley 20.680 (33) fue sancionada en el año 1974 y sufrió diversas modificaciones, siendo la última del año 2014 (34).

El bien tutelado por la ley es la *competencia* dentro del mercado, aspirando a garantizar el interés económico general, concepto jurídico indeterminado y que puede ser susceptible de interpretaciones discrecionales. En esta línea, en principio, el ámbito de la tutela se circunscribe a limitar conductas o actos restrictivos de la competencia y a permitir la realización de operaciones en el mercado de manera competitiva; para que exista una reestructuración concurrencial deben darse los presupuestos previstos en el art. 1º de la ley.

Contiene normas que regirán con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios, quedando exceptuados (35) de ella los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas (mipymes). Establece que la autoridad de aplicación podrá (art. 2º): a) establecer, para cualquier etapa del proceso económico, márgenes de utilidad, precios de referencia, niveles máximos y mínimos de precios, o todas o algunas de estas medidas; b) dictar normas reglamentarias que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción; c) disponer la continuidad en la producción, industrialización, comercialización, transporte, distribución o prestación de servicios, como también en la fabricación de determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciera la autoridad de aplicación; d) acordar subsidios, cuando ello sea necesario para asegurar el abastecimiento y/o la prestación de servicios; e) requerir toda documentación relativa al giro comercial de la empresa o agente económico; f) exigir la presentación o exhibición de todo

(33) Ley 20.680 (BO del 25/06/1974), con las modificaciones parciales de la ley 26.991 (BO del 19/09/2014).

(34) Remitimos a nuestro trabajo ARIAS CÁU, Esteban J. - MOEREMANS, Daniel E., “Análisis preliminar de las leyes sobre relaciones de consumo (nros. 26.991, 26.992 y 26.993)”, *Microjuris*, sección Doctrina, 01/12/2014, MJD6979.

(35) Art. 2º, dec. 287/2020 (BO del 18/03/2020): Ver nota (30).

tipo de libros, documentos, correspondencia, papeles de comercio y todo otro elemento relativo a la administración de los negocios; g) realizar pericias técnicas.

Asimismo, enumera las *conductas* que serán pasibles de sanciones (art. 4º), a saber: a) elevación injustificada de precios u obtención de ganancias abusivas; b) revaluación de existencias; c) acaparamiento de materias primas o productos; d) destrucción de mercaderías o bienes; e) negación o restricción injustificada de venta de bienes o prestación de servicios; f) desviación o discontinuación del abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada.

Todas estas conductas son prácticas ilícitas que pueden ser llevadas a cabo por los proveedores, especialmente en situaciones de emergencia. La autoridad de aplicación podrá imponer sanciones (art. 5º), a saber: a) multa de pesos quinientos (\$ 500) a pesos diez millones (\$ 10.000.000). Este último límite podrá aumentarse hasta alcanzar el triple de la ganancia obtenida en infracción; b) clausura del establecimiento por un plazo de hasta noventa [90] días. Durante la clausura, y por otro período igual, no podrá transferirse el fondo de comercio ni los bienes afectados; c) inhabilitación de hasta dos [2] años para el uso o renovación de créditos que otorguen las entidades públicas sujetas a la ley 21.526 de Entidades Financieras, y sus modificatorias; d) comiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; e) inhabilitación especial de hasta cinco [5] años para ejercer el comercio y la función pública; f) suspensión de hasta cinco [5] años en los registros de proveedores del Estado; g) pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

Las sanciones previstas en esta norma podrán imponerse en forma *independiente o conjunta*, según las circunstancias del caso.

#### IV.3.b. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor

El régimen legal de la ley 24.240, en sus diferentes versiones, constituye el arma principal que protege a los consumidores por su uso diario, y que por razones de espacio declinamos desarrollar.

Sin perjuicio de ello, todas las normas son relevantes en esta etapa de emergencia en virtud de su regulación infraconstitucional de la relación de consumo (arts. 1º, 2º y 3º), en sintonía con las Leyes de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial, que forman el sistema de defensa.

Por último, corresponde destacar que todo el régimen protectorio tiene el carácter de orden público (art. 65), es decir que “los derechos de los consumidores son irrenunciables y las normas de protección a los consumidores deben ser aplicadas por las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales, aun de oficio” (36). Lo que nos permite concluir que la norma en cuestión adquiere especial relevancia aun en situaciones de emergencia. En efecto, toda la legislación de emergencia se apoya en la Constitución Nacional (art. 76); sin embargo, ciertas normas infralegales han considerado necesario reforzar su indisponibilidad jurídica mediante su caracterización como de orden público (37).

#### IV.3.c. Ley 27.545 de Góndolas

La denominada “Ley de Góndolas” fue aprobada recientemente, el 28/02/2020, y publicada en el Boletín Oficial con fecha 17/03/2020.

Entre sus objetivos, pretende: a) contribuir a que el *precio de los productos* alimenticios, bebidas, de higiene y limpieza del hogar sea transparente y competitivo, en beneficio de los consumidores; b) mantener la *armonía y el equilibrio entre los operadores económicos* alcanzados por la ley, con la finalidad de evitar que realicen prácticas comerciales que perjudiquen o impliquen un riesgo para la competencia u ocasionen distorsiones en el mercado; c) ampliar la *oferta de productos artesanales y/o regionales* nacionales producidos por las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) y proteger su actuación; d) fomentar, a través de un régimen especial, la *oferta de productos del sector de la agricultura familiar, campesina e indígena*, definido por el art. 5º de la ley 27.118, y

(36) Argumento sostenido por la CS, 09/03/2010, in re “Uriarte Martínez, Héctor V. y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros”, Fallos 333:203, AR/JUR/503/2010.

(37) Así, p. ej., el DNU 260/2020 (art. 24).

de la economía popular, definido por el art. 2º del anexo del dec. 159/2017, y los productos generados a partir de cooperativas y/o asociaciones mutuales en los términos de la ley 20.337 y la ley 20.321.

Entre sus disposiciones principales y que nos interesan encontramos las siguientes:

1. La exhibición de productos de un proveedor o grupo empresario no podrá superar el treinta por ciento (30%) del espacio disponible que comparte con productos de similares características. La participación deberá involucrar a no menos de cinco [5] proveedores o grupos empresarios [art. 7º, inc. a)].

2. En góndolas y locaciones virtuales deberá reservarse un veinticinco por ciento (25%) del espacio disponible para productos elaborados por micro y pequeñas empresas nacionales [art. 7º, inc. b)].

3. En góndolas, los productos de menor precio conforme a la unidad de medida deberán encontrarse a una altura equidistante entre el primero y último estante. En locaciones virtuales, deberá garantizarse que los productos de menor precio conforme a la unidad de medida se publiquen en la primera visualización de productos de la categoría en cuestión [art. 7º, inc. c)].

4. En las islas de exhibición y exhibidores contiguos a las cajas se deberán presentar en un cincuenta por ciento (50%) del espacio productos elaborados por micro y pequeñas empresas nacionales inscriptas en el Registro de Mipymes y/o en el RENA [art. 7º, inc. d)].

5. En góndolas y locaciones virtuales, la exhibición de productos importados no podrá superar el porcentaje que determine la autoridad de aplicación del espacio disponible para cada categoría de productos [art. 7º, inc. e)].

6. Consagra límites a los abusos de posición dominante (art. 8º).

#### *IV.4. Reglamentación*

Ante el surgimiento de la pandemia, el Ministerio de Desarrollo Productivo, mediante sus Secretarías y Subsecretarías, dictó una serie de resoluciones, que mencionaremos brevemente.

En primer término, la Secretaría de Comercio Interior dictó el 11/03/2020 la res. 86/2020. Con posterioridad al dictado del DNU 297/2020, la Secretaría de Comercio Interior emitió las res. 98/2020 y 100/2020. Asimismo, lo hizo la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores mediante la disp. 3/2020. Finalmente, se dicta la res. 102/2020.

#### *IV.4.a. Resoluciones del Ministerio de Desarrollo Productivo*

##### *IV.4.a.1. Res. 86/2020*

Ante las primeras alarmas del surgimiento del COVID-19, y gracias a la difusión masiva en medios de comunicación y redes sociales, se informó a la sociedad que el “alcohol en gel” mataba al virus si tenía contacto con las manos. De allí que su consumo fue masivo, y así comenzó a escasear y a venderse a precios exorbitantes.

En este sentido, en fecha 11/03/2020, la Secretaría de Comercio Interior emite la res. 98/2020, mediante la cual dispone:

1) Retrotraer el precio de venta del alcohol en gel a los valores vigentes al 15/02/2020 (art. 1º).

2) Los precios de venta no podrán ser alterados durante un período de noventa [90] días.

3) Intima a las empresas que forman parte integrante de la cadena de producción, distribución y comercialización del alcohol en gel y sus insumos a incrementar la producción de tales bienes hasta el máximo de su capacidad instalada durante el período de vigencia de la medida.

##### *IV.4.a.2. Res. 98/2020 y 100/2020*

Conforme al art. 43 de la LDC, la Secretaría de Comercio Interior es su autoridad de aplicación. En este marco, emitió en primer término la res. 98/2020, en la que resuelve la suspensión de todos los plazos procedimentales y/o procesales en todos los expedientes en trámite por las leyes 19.511, 22.802, 24.240, 25.156, 26.993 y 27.442, sus normas modificatorias y complementarias.

Con posterioridad, el 19 de marzo del corriente emite la res. 100/2020, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley de Abastecimiento y conforme a las facultades que ésta le otorga.

El objeto de la resolución es la fijación de precios máximos vigentes durante la vigencia del aislamiento social obligatorio y preventivo (DNU 297/2020).

En este marco, establece que todos los sujetos que se encuentran alcanzados por el deber de información previsto en el art. 4º de la res. 12/2016 de la ex Secretaría de Comercio deberán fijar para todos los productos incluidos en el anexo I de la disp. 55/2016 de la ex Subsecretaría de Comercio Interior como precios máximos de venta al consumidor final aquellos precios efectivamente informados por cada comercializadora al Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos vigentes al día 06/03/2020, para cada producto descripto en su reglamentación y por cada punto de venta (art. 1º).

La res. 12/2016 de la ex Secretaría de Comercio creó el Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos (SEPA), y entre sus disposiciones principales encontramos el art. 4º, que establece: “Quedan comprendidos dentro de los comercios obligados al cumplimiento de la resolución, en los términos del art. 1º de la misma, todos los almacenes, mercados, autoservicios, supermercados e hipermercados, a excepción de las micro, pequeñas y medianas empresas, conforme a los términos de la ley 25.300 y sus modificatorias y complementarias, siendo optativo por parte de las mismas su incorporación al ‘Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos’ (SEPA)”.

En su art. 2º establece la misma obligación individualizada en el art. 1º, pero para todos los sujetos que se encuentran alcanzados por el deber de información previsto en el art. 2º de la res. 448/2016 de la ex Secretaría de Comercio, y estos últimos son “todos los establecimientos comerciales mayoristas de venta de productos de consumo masivo, que cuenten con salón de ventas, a excepción de las micro, pequeñas y medianas empresas, conforme lo establecido en la ley 25.300 y su modificatoria, siendo optativo por parte de las mismas su incorporación al ‘Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos’ (SEPA)”.

En tercer término, dispone que los distribuidores, productores y comercializadores al-

canzados por la ley 20.680 deberán, a su vez, mantener el precio de venta al 06/03/2020 a los consumidores, hipermercados, supermercados, almacenes, mercados, autoservicios, minimercados minoristas y/o supermercados mayoristas. Lógicamente, al ser la comercialización una cadena, si el precio de venta al último eslabón previo al consumidor final se eleva, a éste se le haría imposible sostener el costo.

En cuarto lugar, intima a las empresas que forman parte integrante de la cadena de producción, distribución y comercialización de los productos incluidos en los arts. 1º y 2º de la presente resolución a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y a arbitrar las medidas conducentes para asegurar su transporte y provisión durante el período de vigencia.

Entendemos que tal medida apunta a combatir la falta de producción, que podría producirse por la congelación en los precios. Si quienes producen merman en su trabajo, se produciría una crisis social.

Por último, la res. 100/2020 intima a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores a tomar medidas en igual sentido.

IV.4.a.3. Disp. 3/2020 de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores

Conforme a la intimación efectuada, en fecha 19/03/2020, la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores emite la disp. 3/2020, mediante la cual crea el “régimen informativo exclusivo de publicación de precios máximos de referencia para una canasta básica de productos de consumo discriminada para cada provincia”, y que estará disponible en la página web [www.preciosmaximos.produccion.gob.ar](http://www.preciosmaximos.produccion.gob.ar) (art. 1º).

Asimismo, dota al régimen de consulta pública y gratuita para todas y todos los consumidores (art. 2º).

Por último, y en lo que resulta de gran significancia, se establece un mecanismo público y gratuito de reclamos y denuncias en la misma

página web individualizada en el primer párrafo (art. 3°).

#### IV.4.a.4. Res. 102/2020

Con posterioridad a las medidas referidas, el 27/03/2020, la Secretaría de Comercio Interior emite la res. 102/2020, mediante la cual resuelve que en los comercios deberá existir un listado de precios vigentes para cada comercio en particular, y no tratarse de un listado genérico.

Quienes deben cumplir son:

1) Los sujetos obligados por la res. 100/2020 deberán poseer, en cada uno de sus puntos de venta, los listados de los precios vigentes al día 06/03/2020 para cada producto, de todos los productos alcanzados por la mencionada norma (art. 1°).

2) Los sujetos obligados por la res. 86/2020 deberán poseer en sus puntos de venta los listados con los precios del alcohol en gel, en todas sus presentaciones de comercialización, al día 15/02/2020 (art. 2°).

3) En caso de incumplimiento, los obligados serán sancionados conforme a lo previsto en la ley 20.680 y sus modificaciones y por el dec. 274/2019, de fecha 22/04/2019.

### V. Conclusiones preliminares

Al comenzar el presente trabajo describimos *brevitatis modo* el estado de emergencia que atravesamos quienes habitamos este tiempo.

Se ha comparado a la enfermedad causada por el COVID-19 con una “guerra contra un enemigo invisible”. Sin embargo, a diferencia de

otras guerras que atravesó la humanidad, la del presente nos encuentra con un masivo acceso a los medios de comunicación e información, lo que juzgamos como provechoso en el caso particular de los consumidores.

Pese a encontrarnos transitando un “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, corresponde recordar que la Constitución Nacional y las leyes nacionales que en su consecuencia se dicten —comprensivas de toda la normativa infraconstitucional emitida a tales efectos— deben reglamentar los derechos de los habitantes de modo razonable y con medios proporcionados a los fines buscados, aun en la emergencia.

Por ello, hemos descrito someramente el sistema de relaciones de consumo que protege al consumidor, que parte del art. 42 de la CN, pasa por el Código Civil y Comercial (ley 26.994) y finaliza en la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240). Sin embargo, estos niveles de protección constituyen el núcleo duro, pero no se detienen allí, porque también resulta aplicable, en armonía lógica y axiológica, toda ley o reglamentación nacional y local que regule de modo expreso o implícito los principios protectorios y de sustentabilidad, que refuerzan a la parte débil del vínculo consumeril.

Cerramos estas líneas con el fuerte deseo de que nuestros representantes, elegidos democráticamente, y los operadores del mercado puedan estar a la altura de las circunstancias, y ello implica que cuando volvamos a escribir un artículo lo hagamos a sabiendas de que en esta pandemia no existió escasez de bienes y de que, si algún consumidor sufrió alguna alteración a sus derechos, obtuvo una respuesta a tiempo de las autoridades, tanto administrativas como judiciales.

# El consumidor en época de aislamiento

Problemática actual. Servicios en general, de medicina y bancarios. Medios de pago

Gerardo M. Gullelmotti (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Las telecomunicaciones.— III. Los servicios bancarios.— IV. Los servicios médicos.— V. De los servicios en general.— VI. Conclusión.

## I. Introducción

En el presente trabajo trataremos de abordar diversos temas que hoy en día afectan al consumidor de un modo nunca antes previsto y para los que la normativa no estaba, en principio, preparada. Debido al aislamiento obligatorio decretado por el presidente de la Nación, que comenzó el día viernes 20 de marzo, se modificaron muchos hábitos de consumo, principalmente por la imposibilidad de moverse de los domicilios, y surgieron inconvenientes que en ningún momento se creyó que podrían ser tales; inclusive, situaciones que probablemente no considerábamos como una relación de consumo podrían encontrarse resguardadas por la normativa del consumidor. A su vez, comenzaron a surgir nuevas situaciones, donde se evidencia la vulnerabilidad del sector frente a los prestadores y donde, como también veremos, puede darse la situación de que su reclamo los enfrente a otro sector vulnerable y paradójicamente a ellos mismos, por existir de algún modo un choque con el derecho laboral. También veremos que los inconvenientes que este aislamiento trajo aparejados afectaron de distintas

maneras según la edad de las personas y el sector que ocupan en la sociedad.

Otro punto que observaremos en el desarrollo del artículo es que deberemos ser laxos en la consideración de quién es consumidor y quién no en los términos de la LDC y del Cód. Civ. y Com., ya que, en el caso de las telecomunicaciones, un servicio contratado originalmente para entretenimiento se convierte en una herramienta de trabajo fundamental. En este supuesto, deberemos analizar la motivación original que tuvo la contratación del servicio y no el uso que se le esté dando, ocasionalmente, dada la situación de emergencia.

Algunos de los temas que abordaremos son el de las telecomunicaciones, por caso el rubro junto con el bancario más denunciado históricamente, según las propias autoridades de defensa del consumidor y las ONG de la materia. Justamente el rubro bancos merecerá una especial atención en el desarrollo de este trabajo; el del sector de la salud, más precisamente con las empresas de medicina prepaga, empresas a las que generalmente se las observa con recelo y se las acusa de ganar siempre mucho más dinero del que efectivamente reconocen. Asimismo, detallaremos cómo inconvenientes que existían previo a la situación generada por la pandemia se vieron empeorados a raíz de situaciones particulares que detallaremos. El tema que abordaremos finalmente es el de los servicios en general y su obligación de pago, cuando en rea-

---

(\*) Abogado, especialista en Derecho del Consumo y diplomado de la especialidad (UCES); profesor de la materia Defensa del Consumidor (Universidad de Belgrano); coordinador operativo de la Coordinación Operativa de Consumidores y Administrados de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

lidad ellos no pueden ser utilizados o al menos no con la normalidad o del modo en el que originalmente los contratamos.

## II. Las telecomunicaciones

Es un rubro siempre cuestionado, con infinidad de reclamos. Ciertamente es que, por ejemplo, en la telefonía celular, la Argentina tiene habilitadas aproximadamente dos líneas por habitante activo (nos referimos en edad de utilizar telefonía celular); el permanente avance de la tecnología con la permanente incorporación de nuevos servicios, sumados a la falta de inversión por parte de las prestadoras, más la velocidad con que los equipos se vuelven obsoletos, por lo que no pueden prestar adecuadamente todos los servicios que pasan por la red, son un caudal inagotable de denuncias y reclamos. La eterna intención de las empresas de telefonía pública, por caso el primer servicio público que podemos decir que se encuentra en peligro de extinción, de no invertir en fibra óptica y que todo el servicio telefónico se preste por tecnología IP o bien con los servicios de “telefonía celular en casa”, abre otro universo de reclamos variados, donde principalmente la gente mayor se niega al cambio tecnológico y pretende mantenerse con el sistema tradicional. Por último, la televisión por cable o satelital, mucho menos reclamados que los servicios anteriores, pero no por eso de mejor funcionamiento, completan el campo de las TICs (tecnologías de la información y comunicación).

Respecto a estas, lo primero que vamos a abordar es el DNU 311/2020. A mi entender, es un acierto la medida adoptada, que establece: “Art. 1º.— Las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias indicados en el art. 3º, en caso de mora o falta de pago de hasta tres [3] facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1º de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso”. Es sabido que la medida de aislamiento generó una merma importante en los ingresos de gran parte de la población (monotributistas, cuentapropis-

tas, trabajo informal). Esta baja en los ingresos, como veremos en todos los temas que abordaremos, genera la imposibilidad de pagar absolutamente todos los servicios que uno posee; por ende, lo que se pretende proteger mediante este DNU son servicios esenciales, y el de las telecomunicaciones lo es principalmente —como veremos— porque los deberes diarios deberemos desarrollarlos desde nuestro domicilio, como trabajar, proveernos de alimentos en algunos casos o hasta incluso las consultas médicas.

Hay que resaltar que las medidas del decreto alcanzan solo un sector de la población, el que se detalla en el art. 3º y son:

“1. Las medidas dispuestas en los arts. 1º y 2º serán de aplicación respecto de los siguientes usuarios y usuarias residenciales:

“a. Beneficiarios y beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación por Embarazo.

“b. Beneficiarios y beneficiarias de Pensiones no Contributivas que perciban ingresos mensuales brutos no superiores a dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil.

“c. Usuarios inscriptos y usuarias inscriptas en el Régimen de Monotributo Social.

“d. Jubilados y jubiladas; pensionadas y pensionados; y trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos [2] Salarios Mínimos Vitales y Móviles.

“e. Trabajadores monotributistas inscriptos y trabajadoras monotributistas inscriptas en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil.

“f. Usuarios y usuarias que perciben seguro de desempleo.

“g. Electrodependientes, beneficiarios de la Ley 27.351.

“h. Usuarios incorporados y usuarias incorporadas en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (Ley 26.844).

“i. Exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza”.

Si bien se entiende que lo que se pretende es proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad, seguramente haya muchos trabajadores en relación de dependencia que dependan del teletrabajo para mantener a su familia y estos también pueden llegar a encontrarse en la situación de no poder afrontar el pago de todos sus servicios. No obstante, comprendo que no siempre puede abarcarse todos los sujetos, y fijar inclusive que la medida abarque los vencimientos desde el 1° de marzo y que se extienda hasta 180 días después de la entrada en vigencia del DNU, es reconocer la situación actual que enfrenta el consumidor.

Ahora bien, ante este DNU, que busca asegurar la prestación de servicios a los consumidores ante la difícil situación que se atraviesa a nivel mundial, es inentendible la posición adoptada por la Enacom (Ente Nacional de las Comunicaciones), organismo de control del reglamento de las TICs, cuando emite una resolución (res. 3032/2020) dispensando en el cumplimiento de sus deberes legales, reglamentarios y contractuales a las empresas de telecomunicaciones, en cuanto a la prestación efectiva de los servicios frente a clientes y usuarios, siempre que estos signifiquen desatender las recomendación para los trabajadores del sector.

Así, lejos de respetar las disposiciones del Gobierno Nacional emanadas del DNU 297/2020, que dispusiera que se garantice a la ciudadanía el contar con los servicios indispensables para transitar desde dentro de los hogares la cuarentena obligatoria, la Enacom libera de toda obligación o deber legal, reglamentario y contractual a las empresas que giran bajo su órbita de control. Liberar a las empresas de las obligaciones contractuales (tanto legal como reglamentariamente) importa, además e indirectamente, otorgarles absoluta discrecionalidad para modificar unilateralmente las condiciones de las prestaciones, limitarlas, suspenderlas, condicionarlas, en claro perjuicio de los consumidores.

Incluso podríamos afirmar que la mencionada resolución contradice preceptos constitucionales, dispuestos por el art. 42 de la CN, el que reconoce en cabeza de los consumidores y

usuarios un derecho supremo y por ende a todo el espectro normativo en materia de consumo, más si tenemos en cuenta que ninguna disposición o resolución de autoridad competente podría fijar estándares por debajo de los que establecen las leyes 24.240 (LDC), 26.994 (Cód. Civ. y Com.) y sus normas complementarias. Es por ello, que no se podrá pretender que, por medio de una norma de rango inferior, se exima a las prestadoras de los servicios de telecomunicaciones de los servicios que tienen a su cargo.

Si bien, en principio, podría resultar lógico y razonable autorizar a las empresas a la no atención personalizada en sus locales a la calle, eso no significa que estas deban directamente suprimir la atención a sus usuarios por canales alternativos, que serían los que forzosamente quieren ellas mismas imponer (reclamos por correo electrónico o telefónico, anulando la atención presencial), y mucho menos dispensarlas de prestar servicio técnico cuando medie un reclamo por interrupción o deficiencias del servicio. Resulta sumamente lógico prohibir el ingreso de personal técnico al domicilio de los consumidores, pero las empresas deberán asegurar la prestación adecuada de los servicios que luego pretenderán cobrar y solo podría eximirse de esto en el supuesto que la reparación deba ser realizada indefectiblemente dentro del domicilio del consumidor o usuario.

### III. Los servicios bancarios

En cuanto a la situación bancaria, podríamos decir que fue una de las que más comprometida está y sobre la cual se ha tratado de fijar pautas y medidas para atenuar un poco el impacto del aislamiento. A partir del dec. 297/2020, que fijó la cuarentena obligatoria desde las 0 horas de viernes 20 de marzo, el BCRA dispuso, a través de la com. A 6942, que las entidades financieras y cambiarias no podrán durante ese período abrir sus sucursales para la atención al público y deberán seguir prestando servicios a los usuarios en forma remota. Al mismo tiempo, los bancos deberán adoptar todas las medidas necesarias, incluyendo los recursos humanos, para asegurar la suficiente provisión de fondos en cajeros automáticos y la continuidad de la operatoria relacionada con la extracción de efectivo en puntos de extracción extrabancarios. En este lapso de días, no habrá compensación

electrónica de cheques, por lo que las sesiones de compensación se reanudarán el 01/04/2020. Tampoco se computará para el vencimiento de plazo de 30 días para la presentación de los mismos los días 25 y 26 de mayo. No obstante, y ante las dificultades que esto último significaba, principalmente para los pagos de sueldos, por la com. A 6944, el BCRA decidió que se restablecen las sesiones de compensación electrónica de cheques que habían sido suspendidas desde el 20 de marzo, pero aclara que los días que no hubo *clearing* no computarán para el vencimiento del plazo de 30 días para la presentación de los cheques. Asimismo, por esta misma comunicación, se dispuso que los vencimientos del sistema financiero, que operaren entre los días 20 y 31 de marzo, quedarán automáticamente prorrogados hasta el 1 de abril.

Como podremos imaginarnos, este cierre de sucursales con el consecuente traslado a la operatoria remota generó un gran inconveniente para muchas personas y principalmente para muchos adultos mayores que no están acostumbrados a utilizar herramientas informáticas. Y el primer gran problema que se detectó abarcaba a todas aquellas personas que, por diversas razones (robo, hurto, destrucción, pérdida o vencimiento) no podían utilizar su tarjeta de débito para retirar fondos o bien realizar compras. La velocidad con la que se decretó el aislamiento impidió a mucha gente tomar el recaudo de asegurarse de efectivo o bien del funcionamiento de su tarjeta. En otros casos, donde se había solicitado la reimpresión de tarjetas, sucedió que estas quedarán atrapadas en el circuito interno del banco de distribución, porque si bien el mentado decreto, en su art. 6º, inc. 21, indica que “quedan exceptuados del cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ y de la prohibición de circular, los servicios postales y de distribución de paquetería,” si la tarjeta de débito a entregar no la poseía ya el correo, ella nunca sería entregada.

Esta situación puede seguir dándose mientras dure el aislamiento, lo que dificulta o directamente impide disponer de los fondos de cada cuenta y, en particular, percibir el cobro de haberes, pensiones, jubilaciones, asignaciones, beneficios, etc., siempre que las entidades no ofrezcan medios de reclamos electrónicos eficaces y se fijen pautas para la reimpresión de tar-

jetas de débito y su distribución. Atento a esta situación, el Ministerio de Economía de la Nación publicó un instructivo informando a la población los métodos para generar “órdenes de extracción” para todas aquellas personas que posean fondos en sus cuentas y necesiten extraerlos. Tomando nota de esto, se hizo saber a través de un comunicado del Ministerio de Economía de la Nación la opción de generar órdenes de extracción para todas aquellas personas que no puedan utilizar su tarjeta de débito y necesiten realizar el retiro de fondos. No obstante, la única solución viable es que se permita a los bancos, con un cronograma organizado y con la entrega de turnos al efecto, la apertura de sucursales para la entrega de las tarjetas que tenga en su poder o bien se le permita, sin atención de público, organizar un sistema rápido de reparto de aquellas.

En otra de las medidas tendientes a evitar la circulación de personas y principalmente en los cajeros, el BCRA, por medio de la com. A 6945 estableció la suspensión de cargos y comisiones por operaciones (depósitos, extracciones, consultas, etc.) efectuadas mediante todos los cajeros automáticos, disposición que regirá hasta el 30/06/2020 inclusive. La intención es evitar que la gente tenga que circular para buscar un cajero de su propio banco y así evitar el cobro de comisiones, y a su vez no habrá límites de importe —salvo los que expresamente se convengan por razones de seguridad o resulten de restricciones operativas— ni de cantidad de extracciones para que la gente pueda hacerse del efectivo que considere necesario.

En el ámbito de los servicios financieros, especial análisis merecen las tarjetas de crédito. Como mencionamos anteriormente, una de las disposiciones de la com. A 6942 era que los vencimientos de los servicios financieros, que operaban entre el 20 y el 31/03 quedaban automáticamente aplazados para el 01/04. Si bien la redacción no es del todo clara, por cuanto no hace mención expresa de las tarjetas de crédito, fueron muchas las entidades bancarias que informaron que todos los vencimientos se aplazaban. Ahora bien, la pregunta que surge es si esta es una medida suficiente. ¿A qué nos referimos? Sabido es que gran parte de la población vio sus ingresos disminuidos con motivo del aislamiento, lo que automáticamente genera que se co-

mience a administrar el dinero que se posee y los gastos que se realizan, y es muy probable que el pago del resumen pueda ser uno de esos gastos que se evalúe como abonar, por ejemplo, dejando de abonar la totalidad y abonando solo el mínimo. Es sabido que esta operatoria tiene dos consecuencias inmediatas en la economía del consumidor. Por un lado, la generación de intereses de financiación elevados y por el otro el acotamiento del límite disponible para realizar compras por parte del consumidor. Una consecuencia mediata sería, ante el supuesto que no se abone el resumen de la tarjeta de crédito, al menos no llegando a abonarse el mínimo, es la información a las centrales de información crediticia. En virtud de ello, oportuno sería que el BCRA adopte medidas tales como prohibir el cobro de intereses moratorios, compensatorios y/o punitivos, para los casos de mora, prohibir la suspensión, la baja o cualquier medida que implique la imposibilidad de uso de las TC, fijar toques al interés financiero que apliquen las entidades por la financiación total o parcial de los resúmenes y prohibir informar a la central de deudores del BCRA la mora de las TC dentro del período mencionado (recordemos que la deuda de tarjeta no se informa directo a las entidades de información comercial, sino que se informa al BCRA). De más está decir que se debería tomar todas las tarjetas que tengan como fecha de mora la comprendida por el aislamiento obligatorio. Respecto de la información de deudores que realizan las entidades financieras, a través de la com. A 6938, el BCRA determinó que desde el 20/03/2020 y hasta septiembre de 2020 a la clasificación de cada deudor se le añadirán 60 días de plazo para los niveles de clasificación 1, 2 y 3 (hasta antes de la mencionada comunicación, los plazos de mora para cada situación eran: situación 1: Atraso en el pago que no supere los 31 días; situación 2: Atraso en el pago de más de 31 y hasta 90 días desde el vencimiento y situación 3: atraso en el pago de más de 90 y hasta 180 días).

La tarjeta de crédito, dada la situación actual, adquiere gran importancia para muchos hogares porque les facilita, por un lado, el realizar compras online y evitar salir de su domicilio y, a su vez, para aquellos casos donde el efectivo disponible no es demasiado, ya sea por la merma de los ingresos o por la desaparición de ellos, financiar sus compras, especialmente de alimen-

tos y medicamentos. Es por ello que resulta vital que por un plazo prudencial se permita el uso de las TC sin que estas sean bloqueadas o dadas de baja por falta de pago y se limite el cobro de intereses, para evitar que *a posteriori* se generen deudas que resulten imposibles de ser canceladas.

#### IV. Los servicios médicos

El sistema de salud actualmente se encuentra funcionando y seguramente lo esté haciendo al límite de sus posibilidades. No obstante, hay un algo que genera discusión y ese es si ¿corresponde el pago total de la cuota de afiliación? Y ¿de qué manera podríamos determinar qué es lo que nos corresponde abonar?

Lo primero que hay que aclarar al respecto es que tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia no dudan en considerar que el vínculo que se entabla entre el prestador de un servicio de medicina prepaga y el afiliado o adherente es una relación de consumo: “El contrato que regula una prestación de servicio de asistencia médica está comprendido en el ámbito de aplicación de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (Adla, LIII-D, 4125), pues se trata de una relación de consumo entre un prestador y un consumidor final o usuario que adquiere prestaciones a título oneroso y en beneficio propio y del grupo familiar” (1). Relación instrumentada a través de típicos contratos de adhesión (o contratos formularios), que son aquellos en los cuales el consumidor, como “parte débil” del contrato, solo cuenta con la posibilidad de aceptar o no el texto que ya le viene predispuerto sin poder rediscutir sus cláusulas; así se ha dicho que “el manejo del mercado por las empresas les confiere un poder negocial de imposición que resulta de hecho difícil de equilibrar para el usuario. De allí entonces que este sienta una minusvalía al enfrentar la conformación del negocio jurídico, pues su falta de poder negociador lo convierte en presa fácil de la empresa que le impone sus condiciones” (2).

(1) CCiv. y Com. Rosario, sala II, 09/11/1999, “M. de M., M. del C. c. Medycin y/o Friaza SA”, cita online AR/JUR/4457/1999.

(2) WEINGARTEN, Celia — LOVECE, Graciela, “Protección del usuario de los servicios médicos prepagos. Alcance de la cobertura”, LA LEY, 1997-C, 548.

De esto se desprende el planteo respecto del valor de la cuota. Es sabido que, debido a la situación de emergencia, muchos servicios se vieron interrumpidos y no pueden ser desarrollados con total normalidad. Cualquier tratamiento que no sea “esencial” indefectiblemente fue suspendido a raíz del aislamiento. Por caso, si se poseía en curso un tratamiento odontológico, kinésico, o psicológico por citar algunos, estos se vieron interrumpidos y no podrá continuarse hasta tanto finalice la cuarentena obligatoria. Y ¿qué sucede con los profesionales en estos casos?

Obviamente los profesionales no cobrarán por las sesiones que no presten, pero al consumidor, el valor de la cuota de afiliación se le cobrará en su totalidad, cuando, en realidad, no podrá hacer uso de todos los servicios que ella implica. Está de más decir que todos aquellos tratamientos que signifiquen riesgo de vida se mantienen inalterados. Analizando esto, es entendible que el profesional liberal, si no presta el servicio, lamentablemente no cobre su honorario, pero aquí encontramos una situación no prevista y no por ello menos relevante. Esta situación se da particularmente con los psicólogos. En este tiempo de teletrabajo, los tratamientos psicológicos pueden seguir adelante y ser desarrollados a través de distintas plataformas de videoconferencia, pero ¿qué sucede aquí?

Las prestadoras médicas, utilizando el posicionamiento que poseen en el manejo del mercado, se niegan a pagar sesiones realizadas por este medio por entender que no hay forma de acreditar la realización de estas, pero los pacientes poseen los tratamientos autorizados y en curso y, en caso de necesitar la asistencia, la solicitan a sus prestadores y estos las derivan con los profesionales a los que, a su vez, si no llevan a delante el tratamiento, podría acusárselos de abandonar a sus pacientes, pero si la realizan no la cobran. Como vemos, estamos ante una situación que no se encuentra regulada, con un vacío inclusive normativo, que debería inmediatamente ser llenado, más allá del tiempo que dure la pandemia. No son pocas las grandes empresas prestadoras de servicios médicos que contemplan las herramientas online para una consulta médica de guardia, dar turnos, retirar estudios y análisis, pero que sin

motivo aparente se niegan a reconocerlas para prestaciones o tratamientos. Así como hemos visto que el BCRA ha emitido gran cantidad de comunicaciones, sería imperioso que la Superintendencia de Servicios de Salud emita urgentemente una resolución preliminar al respecto, para asegurar el derecho del consumidor de acceder a las prestaciones por las que abona y obviamente asegurar el derecho del prestador que las brinda.

## V. De los servicios en general

La medida de aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesta por el Gobierno provocó que muchos servicios —como clubes, gimnasios o cursos— no puedan ofrecerse en forma presencial o a domicilio. Un primer punto a tener en cuenta, y conforme surge de la propia LDC, en su art. 19 (“Modalidades de Prestación de Servicios. Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”), el consumidor no deberá abonar por aquellos servicios que le sean prestados bajo estas modalidades. No obstante ello, aquí entra en juego la excepcionalidad de la situación y que la imposibilidad radica en medidas del propio Estado, y no por voluntad de los proveedores, entonces estaremos obligados a analizar caso por caso, y si los consumidores ya pagaron la cuota mensual, la duda que se genera es si pueden reclamar algún tipo de compensación por los días en que el servicio no fue prestado. En cada caso puntual puede llegar a tener diferente modalidad de resolución. Por ejemplo, las instituciones educativas se encuentran dando clases virtuales a los alumnos, cumpliéndose de tal modo con el programa de enseñanza. Lo mismo sucede con algunas cadenas de gimnasio que brindan diversas clases de ejercicios por distintas plataformas online, es decir algunos profesionales están modificando su operatoria según las alternativas que les presentan su actividad y las formas de teletrabajo, puesto que es una situación inédita y de emergencia que requiere un “esfuerzo compartido” entre ambas partes, consumidor y prestador del servicio.

Estamos ante una situación de fuerza mayor, donde no solo el consumidor se ve afectado,

sino que también los proveedores, por eso la forma más justa de solucionarlo sería buscar una forma donde todas las partes resulten lo menos perjudicadas posible. Como sabemos, cuando una empresa no ofrece un servicio por causa de fuerza mayor, puede evitar el pago de los daños, ya que no está en su mano poder evitarlos. La existencia de una fuerza mayor normalmente libera a una o ambas partes de un contrato de sus obligaciones contractuales. En torno a esto es que el esfuerzo debería ser compartido entre las partes, tanto consumidor como proveedor.

En el caso de las escuelas privadas, el servicio dejó de brindarse en forma presencial, pero como brevemente acotamos, las clases —en la mayoría de los casos— se continúan ofreciendo a través de entornos virtuales o canales digitales. Ahora bien, si es cierto que siguen con sus proyectos pedagógicos con el mecanismo de *home schooling*, estas de ningún modo podrían exigir el pago de servicios que se incluyen en la facturación que se les abona y que de ningún modo están prestando, tal es el caso del comedor, materiales, seguridad, transporte. Así entonces vemos cómo debemos discriminar todos los conceptos que se detallan en las facturas para poder analizar los que se deben y los que no se deben abonar. Por el momento, no hay resolución o normativa respecto de los aranceles de las cuotas de los colegios, pero lo cierto es que la falta del pago total de ellas, como hemos mencionado en el desarrollo de este trabajo, imposibilitaría el pago de haberes, confrontándose así con el derecho laboral en cierto modo.

Uno de los servicios que tuvo un cambio importante a raíz de las medidas adoptadas por el Estado fue el que ofrecen las grandes cadenas de supermercados en cuanto a sus plataformas de venta online. Antes del aislamiento, social, preventivo y obligatorio, las ventas por *e-commerce* se triplicaron (3), produciéndose el colapso del sistema. Ahora bien, esta situación sería entendible por la gran cantidad de consumidores que se volcaron a esa metodología de compra. Al utilizarse la metodología del *e-commerce*, uno

luego debe elegir o bien la fecha en la que retirará los productos comprados, o bien la fecha en la que se realizará la entrega en su domicilio, y es aquí donde se producen los incumplimientos de las cadenas. Al realizar la compra y seleccionar la fecha de entrega de la mercadería estamos celebrando un contrato, el que se encontrará al amparo del ya mencionado art. 19 de la LDC, por tanto una vez perfeccionado el contrato el proveedor no podrá, por cuestiones propias, modificar la fecha de entrega de la mercadería y, en el supuesto de hacerlo, deberá aceptar la cancelación de la operación y reintegrar inmediatamente el dinero al consumidor, caso contrario no solo estaría llevando adelante una práctica abusiva, sino que, dada la situación de emergencia que se vive, estaría dispensando un trato indigno al consumidor.

En líneas generales podemos afirmar que será el contrato que hemos suscripto el que debemos analizar. Si hemos firmado un contrato de prestación anual, la cuota deberá abonarse; no obstante, se deberán buscar métodos de compensación, con quitas proporcionales o bien bonificaciones futuras, si hablamos de valores de cuota, o bien con el recupero de clases o actividades cuando lo que hayamos contratado sean por ejemplo curso o actividades.

Por último, y no hablando estrictamente de la prestación de un servicio, debemos referirnos a la cuestión del abastecimiento y de los precios de los productos. Ya comenzado el mes de marzo, y con el avance que se evidenciaba del COVID-19 a nivel mundial, los proveedores de alcohol en gel comenzaron a acopiar mercadería y se evidenció una suba en el precio desproporcionada y abusiva para el momento que se avecinaba. En virtud de ello, el Estado, a través de la Secretaría de Comercio Interior, ordenó retrotraer el precio del alcohol en gel al 15 de febrero de este año y a su vez ordenó incrementar la producción del mismo al máximo de la capacidad de los productores, todo mediante el dictado de la res. 80/2020. Asimismo, dicha resolución establece que el precio no podrá ser modificado por un período de 90 días.

A su vez, y en el mismo sentido, se dictaron las res. 86/2020 y 100/2020, por la que el Ministerio de Desarrollo Productivo obligó a retrotraer el precio de productos de una canasta básica ali-

(3) “Cámara Argentina de Supermercados (CAS) y Federación Argentina de Supermercados y Autoservicios (FASA)”, <https://www.ambito.com/informacion-general/ventas/colapso-el-sistema-ventas-online-los-supermercados-n5092010>.

mentos, bebidas, higiene personal y limpieza al 6 de marzo del corriente año y por el plazo de 30 días. Vale destacar al respecto que no son precios máximos, sino que se fijan como precios de referencia.

Estas medidas fueron adoptadas en el marco de lo dispuesto por el art. 2º de la ley 26.991 de Abastecimiento, la que le permite al Poder Ejecutivo “establecer, para cualquier etapa del proceso económico, márgenes de utilidad, *precios de referencia*, niveles máximos y mínimos de precios, o todas o algunas de estas medidas”.

## VI. Conclusión

El aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Gobierno para combatir la propagación y el avance del COVID-19 modificó muchas costumbres y hábitos de consumo. Asimismo, modificó la finalidad de muchos servicios que se tenían contratados, como por ejemplo internet, puesto que pasaron de ser servicios de esparcimiento a servicios esenciales para el desarrollo de la actividad profesional; no por eso —a mi entender y con una interpretación claramente a favor del consumidor— sin quitarle a este su rol de parte débil de la contratación y merecedor de especial protección.

Así vimos cómo el consumidor se vio en la obligación de volcarse hacia la compra de bienes de manera remota por plataformas de *e-commerce*, a efectos de no salir de su domicilio, lo que lo obligó indefectiblemente a la utilización de servicios bancarios en mayor medida de la que probablemente los utilizaba. Asimismo, los servicios bancarios se convirtieron en servicios prácticamente esenciales, puesto que todo aquel que no poseía, por ejemplo, su tarjeta de débito activa se veía imposibilitado de hacerse

con dinero en efectivo, por cuanto no tenía posibilidad de hacer “retiros por ventanilla”.

En cuanto a los servicios de telecomunicaciones, su demanda se incrementó exponencialmente dada la presencia de las familias en sus hogares, ya sea por su uso para realizar teletrabajo, como para esparcimiento, lo que automáticamente comenzó a disminuir la calidad con la que se prestaba el servicio. Esto, sumado a la imposibilidad de que personal técnico ingrese a los domicilios para realizar tareas de mantenimiento, atentó contra la correcta prestación del servicio.

Ahora bien, no obstante las circunstancias especiales, la normativa del consumidor se mantuvo inalterada y bajo ningún concepto podemos considerar que las empresas proveedoras de bienes y servicios se encontraran exceptuadas de sus obligaciones, tanto legales, contractuales como reglamentarias. Afortunadamente, el Estado, con un claro rol protectorio, fue dictando distintas normas, por ejemplo, las ya mencionadas del BCRA, lista de precios máximos de referencia, la imposibilidad de corte del suministro de servicios básicos esenciales por falta de pago, por citar algunas, todas medidas tendientes a reforzar el conjunto de normas que protegen a los consumidores y usuarios.

No obstante, ellas no resultan suficientes, por cuanto hemos visto que muchos servicios (gimnasios, escuelas, cursos, medicina) no han sido alcanzados por medida alguna; sin embargo, se necesitará, oportunamente, una participación activa por parte del Estado para poder aclararlas y solucionar la gran cantidad de reclamos que seguramente surjan, más que nada para evitar así una proliferación de demandas que lo único que logrará es saturar más a un ya saturado Poder Judicial argentino.

# El art. 4º bis de la ley nacional 24.240

Matías A. Italiano (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El consumidor 2021: del historial de precios.— III. La ecuación consumeril. *De lege ferenda:* art. 4º bis de la ley nacional 24.240.— IV. Colofón.

## I. Introducción

La pandemia del coronavirus sin dudas ha marcado un antes y un después en nuestra era; un virus que nos sorprendió de la noche a la mañana, y al cual nos costó tomarle la seriedad necesaria. Sin vacilar, en más o en menos, varios Estados dictaron normas (leyes, decretos, resoluciones) ante la emergencia, algunas dirigidas exclusivamente al área de la salud, otras al área laboral, y muchas de ellas a regular la relación de consumo en vista de evitar situaciones de abuso frente a la propagación de la pandemia.

En este trabajo abordaremos la importancia del deber constitucional de la información; y la necesidad de una nueva prerrogativa, a la que hemos dado en llamar, el art. 4º bis de la Ley Nacional 24.240. Esta necesidad ha vuelto a tomar fuerte impulso con las distintas normas emitidas por el Gobierno Nacional y los Gobiernos provinciales, con el objeto de regular aún más el proceder de los proveedores en las relaciones de consumo durante la emergencia sanitaria del COVID-19.

Sin lugar a dudas, en este contexto se está gestando el nacimiento de un nuevo perfil de consumidor; por ello, de ahora en más el desafío, de quienes integramos la comunidad jurídica consumeril, de pensar en la legislación que se viene

para proteger efectivamente a lo que he dado en llamar el “Consumidor 2021”.

Y si hablamos de un nuevo perfil que se está gestando, no podemos obviar a otro sujeto de la relación de consumo, por ello, nos encontraremos con un “Proveedor 2021”, al cual, frente al cambio de paradigma, la legislación le impondrá mayores cargas a la hora de relacionarse con los consumidores y usuarios.

## II. El consumidor 2021: del historial de precios

Al iniciar el año 2020 nos hallamos con una pandemia que se propagaba rápidamente, independientemente de su origen, y cuyo efecto fue a nivel mundial. Un día tras otro nos encontramos expectantes frente a anuncios del sector político a través de los medios de comunicación y redes sociales. En esta coyuntura de emergencia las distintas áreas de gobierno decidieron dictar decretos y resoluciones, con el objeto principal de resguardar la seguridad alimentaria y condiciones de salud e higiene, decretando el aislamiento social, preventivo y obligatorio (1); sin prestar mayor atención, justificable, claro está, a que dichas normativas comenzaron a gestar un nuevo perfil de consumidor, que tendrá su nacimiento en el año 2021.

El *consumidor 2021* a la hora de relacionarse con sus proveedores tendrá mayor conciencia en el cuidado de su salud e higiene; tendrá mayor conciencia sobre la variación en los precios

(\*) Abogado recibido de la Universidad Nacional del Sur (UNS). Profesor universitario (titular de la cátedra Derecho Privado IV de la carrera Abogacía de la Universidad Salesiana). Director del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogado de Bahía Blanca; diplomado en Derecho del Consumidor realizada en la UNS.

(1) ITALIANO, Matias Adolfo, “De la constitucionalidad del aislamiento social, preventivo y obligatorio”, LA LEY del 02/04/2020, p. 7 y ss.

y sobre el proceder especulativo de algunos proveedores; tendrá mayor conciencia de las ventajas de realizar pagos electrónicos; tendrá mayor conciencia sobre la intervención del Estado a la hora de regular precios y, por ende, será más exigente con la clase gobernante; como así también tendrá mayor conciencia de un consumo sustentable, entre otros temas. Frente a este cambio de paradigma, resulta menester contar con un efectivo deber constitucional de informar.

Nuestra propia Carta Magna, en su art. 42, establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz. En este orden de ideas, el art. 4º de la ley nacional 24.240, prescribe que: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

Por su parte, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, su art. 1100 indica que “El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

La obligación de informar impuesta al proveedor está destinada a morigerar o suprimir la asimetría existente entre las partes en una relación de consumo, precisamente basada en gran medida por la distinta posibilidad de acceder a

información real, certera, sobre las características del producto o servicio del que se trate (2).

A los efectos de resaltar la importancia del deber constitucional de informar, podemos indicar que si se analizan las resoluciones emitidas por órganos administrativos de defensa del consumidor, tanto nacionales, provinciales y municipales; como así también las resoluciones del Poder Judicial, en la mayoría encontraremos un pasaje sobre la obligación de informar.

En este sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sentenció que la “información debe tener aptitud para colocar al otro contratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado del negocio. La información debe cubrir la etapa genética y funcional, ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados. La información debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor, en cuanto a su extensión y receptividad. El deber constitucional de brindar una información adecuada y veraz se relaciona directamente con la certeza, autenticidad y comprobabilidad de la misma, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra —claramente más débil en la relación jurídica— carece” (3).

Asimismo, la información se relaciona con aquellos contenidos que deben estar al alcance de los consumidores y usuarios para la toma de la decisión, de manera correcta, objetiva, cierta, eficaz, comprensible y suficiente. Por tal razón, el precio y el historial del producto o servicio resultan de relevancia para la relación de consumo, y brindan mayores posibilidades al consumidor o usuario a la hora de tomar una decisión.

En cuanto al precio, es pacífica la doctrina en relación a los requisitos que lo componen: este

---

(2) HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 1ra. Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INFOJUS, 2015, Buenos Aires, 1ª edición, t. III, p. 496.

(3) SCBuenos Aires AC B 65834 del 07/03/2007 “Defensa de Usuario y Consumidores Asoc. Civil c/ Org. Regulador de Aguas Bonaerenses y Aguas del Gran Buenos Aires”. Voto del Dr. Roncoroni.

debe ser en dinero, serio y cierto. Es así que encontramos que habrá compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero (conforme art. 1.123 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por su parte, la ley nacional 24.240 en su art. 10 prescribe que en el documento que se extienda para su venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar el precio y condiciones de pago [inc. h)], y los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente [inc. g)]. Sumado a que el art. 21 establece que los presupuestos que se realicen de forma previa también deben contener obligatoriamente el precio y de forma clara.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos con la ley nacional 20.680 y sus modificaciones, donde se faculta al Estado a través de la Autoridad de Aplicación a establecer precios de referencia y niveles máximos y mínimos de precios.

No obstante lo expuesto, la iniciativa que se propone, *de lege ferenda*, no está relacionada directamente al precio exhibido, sino al historial del precio, el informar al consumidor 2021 sobre los antecedentes del precios del producto o servicio, qué variación han tenido en el tiempo; de tal forma, la parte débil de la relación de consumo va a contar con mayor información y podrá conocer efectivamente si el proveedor con el que se está relacionando ha variado los precios acorde a los índices inflacionarios o se debió a una especulación comercial.

En esta línea jurídica, y en el marco de la pandemia COVID-19, el Gobierno Nacional dictó el decreto 100/2020, entre otras disposiciones tendientes a regular un eventual proceder especulativo de parte de los proveedores a la hora de fijar los precios al consumidor.

### **III. La ecuación consumeril. *De lege ferenda*: art. 4º bis de la ley nacional 24.240**

El contexto sanitario y social que a nivel mundial comenzó a transitarse a pocos días de iniciarse el año 2020, trajo en agenda un tema recurrente: la necesidad de regular el proceder

de ciertos proveedores. Proceder vinculado, entre otras cuestiones, a la especulación del precio de los productos o servicio que se provee.

En este sentido, y acorde se indicara precedentemente, se dictó en nuestro país el decreto 100/2020, que estableció una política de precios máximos de venta para aquellos efectivamente informados por cada comercializadora al “Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos”, y vigentes al día 6 de marzo del año 2020 (art. 2).

Cabe resaltar que, oportunamente, la resolución 12/2016 de la ex Secretaría de Comercio de la Nación, creó el “Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos”, a través del cual todos los comercios minoristas de productos de consumo masivo deben informar, por un sistema informático, en forma diaria para su difusión, los precios de venta al público vigentes en cada punto de venta. La información suministrada es difundida y de público acceso para el consumidor.

Dentro de los fundamentos de la mencionada resolución encontramos “... Que con el propósito de facilitar a los consumidores el acceso a una información relevante de precios de determinados productos, resulta idóneo contar con una plataforma electrónica por medio de la cual puedan tener acceso directo e inmediato a una información amplia, cierta, clara, veraz y detallada de los precios vigentes, en especial, aquellos referidos a los productos de primera necesidad...”

En este sentido, vengo a plantear la siguiente ecuación consumeril: a mayor conocimiento del consumidor sobre los alcances de la relación de consumo, menor es el margen de acción del proveedor; y por ende mayor es la probabilidad de cumplimiento de la norma y menor la probabilidad de vulneración de derechos; dicho en otras palabras: a mayor conocimiento del derecho en la persona del consumidor, menor es el margen de transgresión que posee el proveedor.

Si trasladamos la ecuación consumeril al tema en estudio, podemos decir que a mayor información en el consumidor, menor es el margen de especulación que posee el proveedor; y, por tal razón, aumenta la probabilidad de cum-

plimiento de la normativa y disminuye la probabilidad de vulneración del deber de informar.

Podemos graficar la ecuación de la siguiente manera:

*conocimiento + consumidor > acción + proveedor < cumplimiento de la norma > vulneración de derechos*

Por ello, podemos afirmar que:

*información + consumidor > especulación + proveedor < cumplimiento de la norma > vulneración del deber de informar*

En esta línea de pensamiento proponemos la incorporación de un artículo en nuestra ley consumeril *madre*, en el cual imponga al proveedor *el deber de suministrar todo lo relacionado al historial de precios de los bienes y servicios que provee. La información que aporte el proveedor debe permitir al consumidor realizar la selección y elección final que considere oportuna, basándose en criterios de racionalidad, seguridad, conservación y protección al medio ambiente.*

Se entiende por “historial” a la reseña de los antecedentes de algo o de alguien (4); y por “precio” al valor que se asigna para la obtención de una mercancía. Por tal razón, podemos decir que el proveedor tendrá el deber de informar la reseña de los antecedentes del valor que se le asignó a los bienes y servicios que provee.

*El historial de precios siempre debe ser proporcionado durante la relación de consumo, abarcando la etapa precontractual y las tratativas encaminadas a la contratación de consumo. La mencionada información tiene que realizarse de forma cierta y objetiva, con la claridad necesaria que permita la efectiva comprensión en el consumidor.*

*La reglamentación del artículo que se propone deberá velar por el efectivo cumplimiento; garantizar que la información se encuentre disponible en lugar visible; y que el consumidor tome pleno conocimiento de que el proveedor está obligado a suministrar el historial de precios. Además, se*

(4) Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: “historial”. Diccionario de la lengua española. Espasa, Madrid, 2014, 23ª edición.

*tendrá que disponer de la utilización de la tecnología, siempre que resulte fácilmente comprensible.*

*El proveedor va a cumplir debidamente con su deber si la información del historial de precios resulta correcta, objetiva, cierta, eficaz, comprensible y suficiente para el consumidor; su incumplimiento será sancionado legalmente por la Autoridad de Aplicación correspondiente. De lo expuesto se propone, de lege ferenda, la incorporación en la ley nacional 24.240 del siguiente artículo:*

*Art. 4 bis — Historial de precios: “El proveedor tiene el deber de suministrar al consumidor todo lo relacionado al historial de precios de los bienes y servicios que provee. La información siempre debe ser proporcionada durante la relación de consumo de forma cierta y objetiva, con la claridad necesaria que permita su efectiva comprensión”.*

#### IV. Colofón

En pocos meses veremos nacer un consumidor distinto al que estamos acostumbrados, al que en este trabajo lo bautizamos como el “consumidor 2021”, aquel que tendrá mayor conciencia en el cuidado de su salud e higiene; mayor conciencia en las ventajitas de la utilización del dinero digital; mayor conciencia de la intervención del Estado a la hora de regular precios y, por ende, será más exigente con la clase gobernante; con mayor conciencia en un consumo sustentable; etc.

Actualizar ciertos institutos resulta un desafío, atento a que paulatinamente surgirán situaciones donde la interpretación jurisprudencial terminará siendo muy forzada; y tendremos que adecuar la legislación consumeril a dar respuestas al cambio de paradigma generado por el COVID-19.

Este cambio de paradigma repercute directamente en el deber de información, por ello, *de lege ferenda*, proponemos la incorporación del art. 4º bis de la ley nacional 24.240, imponiendo al proveedor *el deber de suministrar todo lo relacionado al historial de precios de los bienes y servicios que provee; con el objeto de resguardar el deber constitucional de informar.*

# El derecho del consumidor en la pandemia: aportes para la crisis y para el después

Walter F. Krieger<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Los principios rectores del derecho del consumidor en la crisis.— III. El derecho del consumidor durante la vigencia de la crisis.— IV. El derecho del consumidor luego de la crisis.— V. Las resoluciones alternativas de conflictos. El riesgo judicial.— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

Sin duda alguna la pandemia mundial desatada por el virus COVID-19 ha sorprendido a la sociedad. Es seguro que nadie imaginó el 1 de enero cuando empezaba el año 2020 que a los tres meses debería quedarse encerrado en su casa por un tiempo hasta ahora indefinido por causa de un virus que, a pesar del estado de avance de la medicina, no tiene otra herramienta para su prevención más eficaz que el aislamiento.

Tampoco quedan dudas ya de que el impacto del aislamiento hará estragos en la economía del mundo, tal como lo han reconocido el propio FMI y el Banco Mundial, ello en cuanto el receso económico ha destrozado las economías de empresas y particulares que han visto caer la cadena de pagos e incrementarse las obligaciones.

Surge entonces en evidencia que el bajón de la economía se resentirá fuertemente en las relaciones de consumo, dado que, sin duda alguna, al final de esta crisis encontraremos más consumidores sobreendeudados; enorme cantidad de reclamos por prestaciones no brindadas o brindadas parcialmente; y una sustancial cantidad de denuncias administrativas y demandas civiles derivadas de los deleznable intentos de al-

gunos de sacar un mayor provecho de la crisis para obtener un rédito económico, apoyándose en las necesidades de la población general.

Frente a este escenario, el derecho del consumidor, apoyado en sus principios rectores de raigambre constitucional y convencional, se constituye en una herramienta jurídica sustancial para ordenar las relaciones durante la crisis, así como también para aportar a la reconstrucción del mercado, una vez finalizado el estado de excepción actual.

En este sentido, podemos adelantar una conclusión frente al escenario que impera; dada la particularidad de cada relación de consumo, tanto desde el punto de vista subjetivo (realidades de las partes) como objetivos (particularidades del bien o servicio, no es lo mismo el caso de una línea aérea que el de un gimnasio, por ejemplo, o una deuda de tarjeta de crédito impaga); será imposible construir soluciones universales sin caer en arbitrariedades o injusticias.

Es por ello que deberemos ahondar en la búsqueda de herramientas jurídicas que puedan ser utilizadas en cada caso particular, inclusive con matices, de manera de procurar la solución más justa para el caso concreto.

En consecuencia, y a la luz de lo referido, encajaremos el presente trabajo repensando los principios del derecho del consumidor que mayor trascendencia tendrán en este estado de situación, para luego ahondar en sus aportes

---

(\*) Abogado (UBA). Doctor en Derecho con orientación en Derecho Privado (UCES). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

durante la crisis y en el escenario posterior. Por último, se insinuarán algunas sugerencias que entendemos sustanciales para evitar mayores conflictos cuando se retome la vida social normal.

## II. Los principios rectores del derecho del consumidor en la crisis

Sin perjuicio de reconocer que son varios los principios rectores del derecho del consumidor (1), entendemos que en este contexto debemos principalmente focalizarnos en dos de ellos, en tanto serán los que permitan fijar un norte claro hacia el cual avanzar a la hora de pensar las soluciones a la conflictiva existente y a la futura.

La elección de estos principios que veremos a renglón seguido, si bien es arbitraria como toda elección, se sustenta en el mandato impuesto en el art. 42 de la CN a todos los operadores jurídicos y al propio Estado de atender a la búsqueda de soluciones que garanticen la protección de los consumidores y usuarios en el mercado.

Es entonces, desde esta mirada, que sostenemos que los dos principios principales a considerar son: a) El principio protectorio; b) El principio de sustentabilidad.

A su vez, sostendremos que las construcciones jurídicas que se realicen deben apoyarse en el diálogo de las fuentes, recurriendo a las normas del derecho civil, del derecho administrativo, a los principios del derecho del trabajo y del derecho penal de ser necesario; ello con el fin de construir soluciones que procuren la adecuada tutela de consumidores y usuarios.

Veamos entonces las aplicaciones de los principios referidos en este escenario:

### II.1. El principio protectorio

Tal como refiere Barocelli (2), el principio protectorio “Tiene su razón de ser en la situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en la cual

---

(1) Conf. BAROCELLI, Sebastián, en KRIEGER, Walter F. — BAROCELLI, Sebastián, *Derechos del consumidor*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, 2ª ed.

(2) *Ibid.*

se encuentran situados los consumidores en la ‘sociedad de consumo’ a la que nos venimos refiriendo. Encuentra su anclaje constitucional en el art. 42 de la Ley Fundamental que, entre otras importantes cuestiones, establece como deber de las autoridades, entendidas como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno (federal, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal), proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores. El principio protectorio, por tanto, trasciende, por tanto, lo estrictamente jurídico, erigiéndose también como faro para el diseño e implementación de políticas públicas. En este orden de ideas, el Código Civil y Comercial lo ha recepcionado expresamente, en su art. 1094, al erigir al principio protectorio, no solo como un criterio de interpretación de las normas del derecho del consumidor, sino también como una norma de aplicación del derecho del consumidor, por lo que de esta manera se ve fortalecido y consolidado” (3).

Surge en claro de lo expuesto que el primer mandato constitucional en relación con la aplicación del derecho del consumidor es el de la protección de los consumidores y usuarios, protección que incluye principalmente su derecho a la integridad psicofísica, a la protección de su patrimonio y a la de sus intereses económicos.

Respecto de la protección de la integridad del consumidor, es mucho lo que ya se ha dicho y escrito, no solo por la existencia de un deber de seguridad en el art. 5º de la LDC, sino también por la protección que el art. 1096 del Cód. Civ. y Com. otorga frente al despliegue de prácticas abusivas e ilícitas de los proveedores en el mercado.

Así, la protección del consumidor no se obtiene solamente con la reparación de daños o eventualmente imponiendo sanciones punitivas, sino también mediante la ejecución de medidas que se anticipen al daño y lo eviten, morigeren sus efectos o los hagan cesar tal como lo indican los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com.

Por otro lado, la tutela de los intereses económicos de los consumidores no es algo novedoso, aunque sí uno de los temas casi olvidados en

(3) *Ibid.*

la materia. Ya en el famoso discurso del expresidente Kennedy del 15/03/1962, hito fundacional en la historia del derecho del consumidor, se mencionaba la necesidad de atender a los intereses “económicos” de los consumidores.

La protección de estos “intereses económicos”, siguiendo a Cao (4), se constituye por garantizar el acceso al consumo en condiciones dignas, con libertad de elección e información adecuada, de manera que puedan decidir conscientemente la forma en la que utilizarán sus recursos.

Así, el principio protectorio deberá garantizar el resguardo de los consumidores en todos los aspectos, en tanto, y tal como veremos más adelante, serán el motor decisivo de la reconstrucción de la economía luego de pasada la pandemia.

## II.2. El principio de sustentabilidad

Siguiendo los lineamientos dados por Hernández y Frustagli (5) el principio de “sustentabilidad” o de “acceso al consumo sustentable” se erige en el estrecho vínculo entre el derecho del consumidor y el derecho ambiental, por un lado, pero, además, en el desarrollo de un consumo en sintonía con las capacidades económicas de los consumidores y usuarios, de manera tal de no fomentar relaciones que promuevan el sobreendeudamiento y otras consecuencias de los excesos de mercado.

Este principio importará entonces que en la reconstrucción de la economía tendremos que mirar las relaciones de consumo que sean ambientalmente sostenibles para promoverlas, tanto en la relación proveedor-consumidor como en toda la elaboración de los productos o prestaciones de servicio, por un lado; como así también prestar atención a la readecuación de las relaciones contractuales, cuando ello fuera

(4) CAO, Christian, “Las acciones judiciales en la nueva ley de Defensa de la Competencia. La protección de los derechos económicos ante la distorsión de la competencia en los mercados”, AR/DOC/3419/2018.

(5) HERNÁNDEZ, Carlos — FRUSTAGLI, Sandra, “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”, AR/DOC/4017/2017.

posible, a la realidad económica que se impondrá luego de la pandemia.

## II.3. El diálogo de las fuentes

Hemos señalado también que la construcción de las soluciones jurídicas, pensadas desde los principios de protección y sustentabilidad mencionados, debe realizarse recurriendo a la noción de diálogo de las fuentes que impera en el derecho del consumidor.

Señala Gabriel Stiglitz (6) que el diálogo de las fuentes se constituye por la construcción de soluciones para los problemas particulares mediante la interrelación de distintas normas por parte del operador jurídico, de manera tal que el resultado de dicha elaboración tenga como norte la protección del sujeto más débil.

Es entonces a partir de este diálogo de fuentes que es posible arribar a soluciones particulares orientadas a la efectiva tutela de los consumidores y usuarios, recurriendo a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, a la Ley de Defensa de la Competencia y demás regulaciones que constituyen al derecho del consumidor como una verdadera disciplina transversal del derecho.

## III. El derecho del consumidor durante la vigencia de la crisis

Resulta evidente que la excepcionalidad de los tiempos que corren impone la necesidad de atender a la protección inmediata de los consumidores y los usuarios.

Ello implica, en este estadio de las cosas, procurar garantizar el acceso al consumo de los elementos básicos y esenciales, constituidos ellos por el acceso a la salud (sobre todo en este tiempo), la alimentación y los servicios públicos esenciales, tales como luz, gas, etc., pero también los servicios domiciliarios como telefonía celular, televisión por cable, internet, etcétera.

Va de suyo que el cumplimiento de estas metas, atento al estado de excepción que rige, está principalmente a cargo del Estado, que cuenta no solo con el poder de policía que le otorga la

(6) STIGLITZ, Gabriel, “Diálogo de fuentes y principio de protección”, IJ-CCXVIII-919.

Ley de Defensa del Consumidor, sino que, además, puede recurrir a la Ley de Abastecimiento para garantizar la provisión de los bienes esenciales, así como también a la Ley de Defensa de la Competencia, que otorga amplias facultades sancionatorias administrativas y judiciales.

Por ello, y hasta tanto vayan cediendo las restricciones sanitarias, lo principal será atender a las necesidades básicas que veníamos mencionando.

#### **IV. El derecho del consumidor luego de la crisis**

Tal como venimos señalando, el escenario económico mundial, luego de superada la crisis, asoma como complejo. Esta complejidad, sin duda alguna, impactará sobre todo en las relaciones de consumo, particularmente en aquellas donde el consumidor tiene menos recursos económicos para afrontar un cese de actividades durante un mes.

En este punto entendemos que la forma que se impone para la reconstrucción de la economía es la del restablecimiento del consumo, de modo que la determinación de la supremacía de los intereses de los consumidores por encima de los de los proveedores no solo tiene un profundo basamento legal, sino que, además, tiene un marcado beneficio macroeconómico.

El basamento legal de esta afirmación se sostiene en primera medida en el mandato del art. 42 de la CN, pero también en los preceptos que se desprenden del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que tiene rango constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la Carta Magna (7).

Por su lado, el fundamento económico es claramente visible si consideramos que el capitalismo moderno, luego de la década de 1960, se transformó en un “capitalismo de consumo” donde la generación de la riqueza no se sostiene por la producción, sino por el incentivo a las masas para que consuman, inclusive bienes y servicios que no necesitan.

---

(7) STIGLITZ, Gabriel — HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 260.

En consecuencia, si el motor de la economía mundial es el consumo, se impone que la reconstrucción de aquella se apoye en los consumidores y en su protección, de modo que ello redunde en una reactivación del mercado por el lado de la demanda. Quedará como desafío pendiente —desde hace muchos años— resolver el problema de la oferta en nuestro mercado, cuya escasez en rubros clave explica en buena medida las recurrentes crisis inflacionarias que padecemos.

Por otro lado, y tal como veremos a continuación, encontraremos que las soluciones que se plantean en el presente trabajo ya existen en nuestro sistema normativo, de modo que —a nuestro criterio— no resulta necesario a los fines de la tutela de consumidores y usuarios el dictado de leyes de emergencia de fondo; sino que con educar y concientizar sobre el derecho vigente y su ejercicio se protegerá con mayor eficacia.

Sentado lo expuesto, veamos los posibles escenarios que de seguro encontraremos una vez terminada la crisis, las herramientas existentes y las posibles soluciones.

##### *IV.1. Sobreendeudamientos y contratos cuyas prestaciones se han desequilibrado*

Hemos dicho al principio que el final de esta crisis, sin dudas, encontrará consumidores con mayores niveles de endeudamiento, más allá de lo elevado que era este número con anterioridad a la pandemia.

Muchos de aquellos que han visto cerradas sus fuentes de ingresos (cuentapropistas, comerciantes, etc.) han tenido que recurrir a la toma de deuda mediante tarjetas de crédito, préstamos personales para poder subsistir.

Por otro lado, también se verá incrementada la morosidad en los contratos de mutuo, planes de ahorro, etcétera.

Cierto es que en la Argentina es materia pendiente de debate legislativo los proyectos de Ley sobre Sobreendeudamiento de los Consumidores, área a la que hacen muy buenos aportes autores como Japaze y Chamatropulos entre otros.

Ahora bien, ante la inexistencia de un procedimiento judicial o administrativo que permita a los consumidores reorganizar su economía para volver a insertarse en el mercado, sostenemos que las situaciones que aquí se enuncian pueden ser resueltas a través del instituto de la teoría de la imprevisión que regula el art. 1091, Cód. Civ. y Com.

En este punto, cabe señalar que la circunstancia de la pandemia sin dudas reviste con el carácter de situación objetiva ajena a las partes que permite invocar la norma referida. Sin embargo, hemos de recordar que se necesita, además, acreditar que la consecuencia de este hecho es la ruptura del equilibrio contractual tornando la prestación excesivamente onerosa. Esta “excesiva onerosidad” no necesariamente, entendemos, se puede dar por el aumento de precios de bienes y servicios, sino que también pueda darse por las consecuencias que el incumplimiento forzoso del acuerdo puede causar al deudor.

Por otro lado, resulta interesante recordar que el texto del art. 1091 del Cód. Civ. y Com. rescató la verdadera finalidad que tenía el instituto de la imprevisión cuando fue reintroducido en el derecho moderno a partir del fallo del Consejo de Estado francés “Compañía de Gas de Burdeos” del año 1916, que no era precisamente la de resolver el contrato, sino la de perseguir su continuidad, restableciendo el equilibrio contractual.

En efecto, en aquella oportunidad el Consejo de Estado francés impuso como condición a la Compañía de Gas de Burdeos, que requería un aumento de tarifas por aumento de las materias primas en plena Primera Guerra Mundial, que solo podría hacerlo en forma “razonable” y en la medida en que garantizara la prestación del servicio.

Más aún el propio *arrêt* del 30/05/1916 invita a las partes a una “renegociación del contrato” para fijar el nuevo precio que el municipio debía pagar por el gas que en ese entonces se utilizaba para el alumbrado público de la ciudad, o fijar una indemnización por las pérdidas.

Así, el texto del art. 1091 del Cód. Civ. y Com., aumentó la función revitalizadora del contra-

to de la imprevisión frente a la función extintiva que tenía en la anterior legislación, dado que amplía las posibilidades de pedir la renegociación del contrato a todas las partes del contrato (no solo al acreedor, frente al pedido de resolución del deudor).

A su vez, recordemos que luego de la crisis del 2001 y el nacimiento de la teoría del esfuerzo compartido, la jurisprudencia ha reconocido que es posible inclusive que los magistrados, acudiendo al principio de equidad, impongan una solución al conflicto reconfigurando el contrato, entendiendo que dicha potestad en esta circunstancia puede surgir del art. 960 del Cód. Civ. y Com. cuando sostiene que si se violare el orden público el juez puede de oficio modificar lo pactado en el contrario. Ciertamente, si se intenta imponer una ejecución abusiva del contrato o una resolución intempestiva del mismo en este contexto, entendemos que se vulneran principios que hacen al orden público tales como la buena fe, el abuso del derecho, etc., y por lo tanto el magistrado, ante la falta de acuerdo de las partes, podrá imponer una solución que reestablezca el equilibrio contractual.

Es que estamos convencidos de que en los supuestos que tratamos en este punto no será de interés del consumidor la resolución del contrato; seguramente que no pretenderá que le rematen su propiedad o perder el financiamiento de la tarjeta de crédito o lo ya invertido en un plan de ahorro en razón de la circunstancia excepcional que estamos atravesando y, por lo tanto, la herramienta de la imprevisión como instrumento de renegociación de los términos, o de restablecimiento del equilibrio contractual por el juez, asoma como la herramienta apropiada para enmendar esta situación.

*IV.2. Incumplimientos de contratos totales y parciales. Imposibilidad de cumplimiento. Frustración del fin. Cumplimiento*

El segundo de los escenarios que se avizoran es el de la enorme cantidad de contratos que han quedado sin ejecutarse o que se han ejecutado parcialmente. Podemos incluir en esta categoría el transporte en cualquiera de sus formas, la hotelería, los servicios de gimnasios, eventos (cascamientos, etc.), entre muchísimos otros.

Algunos proveedores podrán señalar que la prestación prometida ya no es pasible de ser cumplida, en tanto se acredite la relación de causalidad entre la imposibilidad de cumplir y la pandemia, y que se impondrán los textos de los arts. 955 y 956 del Cód. Civ. y Com., que señalarán la extinción del contrato “sin responsabilidad” del deudor.

Ahora bien, 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.

Por otro lado, también el consumidor podrá optar por la resolución contractual si la finalidad perseguida con la relación del contrato se ha frustrado, conforme a los términos del art. 1090 del Cód. Civ. y Com.

Cabe recordar que, según esta norma, si “la frustración es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

Así, para los supuestos en los que la prestación pueda ser cumplida luego de pasada la crisis, el consumidor podrá resolver el contrato en la medida que pueda acreditar que el tiempo en el que se debía prestar el servicio u obtener el bien era esencial (p. ej., para un alojamiento en una playa, no puede ser impuesto el cumplimiento de ir en invierno, ni tampoco se podrán imponer dilaciones importantes en el tiempo). Si la temporalidad es esencial, no tendrá acción resolutoria, pero sí tendrá la acción de cumplimiento.

En este sentido, entendemos que el consumidor siempre conserva el derecho a que le sea cumplido el contrato tal como le fue ofrecido, en la medida en que esto fuera posible materialmente. Así, por ejemplo, las aerolíneas que aprovechando la crisis ofertaron pasajes a muy bajo costo a destinos donde había focos de infección y a donde luego quienes adquirieron el pasaje no pudieron viajar estarán obligadas al cumplimiento del contrato en las condiciones

pactadas, sin poder requerir mayores costos ni penalidades de ningún tipo.

De igual modo, si el cumplimiento de las prestaciones fuere diferido para el momento en que cesare la imposibilidad o la frustración (arts. 956 y 1090, Cód. Civ. y Com.), es evidente que se debe hacer en las mismas condiciones en las que fue pactado.

Va de suyo que las soluciones que mencionamos están orientadas a las resoluciones de conflictos por la vía legal, nada impide que las partes puedan acordar soluciones diferentes que convengan a cada una de ellas, las cuales, en la medida en que no vulneren el orden público ni se constituyan en condiciones abusivas o perjudiciales al consumidor, serán válidas.

Ahora bien, la cuestión de la extinción por imposibilidad de cumplimiento o frustración del fin conlleva otro debate.

Hemos dicho, y lo sostenemos, que, si la relación de consumo se extingue por alguna de estas causas, el proveedor está exento de la responsabilidad por daños, aunque debe restituir lo percibido en tanto; caso contrario, habría un enriquecimiento sin causa.

Frente a esta cuestión, la pregunta que se impone es, ¿qué es lo que debe restituir? ¿El total de lo percibido o podrá descontar los gastos fijos que hubiera realizado en miras de la ejecución del contrato?

La respuesta al interrogante no se encuentra en el art. 1796 del Cód. Civ. y Com., dado que esta es una norma de reenvío a los arts. 759 a 761, ni tampoco en esos artículos, sino que la solución está en la exégesis del art. 1794 del Cód. Civ. y Com.

En este sentido, enseñan Azar y Ossola **(8)** que la función “compensatoria” de la responsabilidad civil no se encuentra alcanzada por el principio de reparación plena del art. 1740 del Cód. Civ. y Com., en tanto la “compensación” que se impone al que se ha enriquecido sin cau-

---

(8) AZAR, Aldo — OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, A. (dir.), Tratado de Derecho Civil y Comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III.

sa es la devolver lo que ha percibido, en la medida del beneficio obtenido.

Por su lado, recuerda Garzino (9) que la limitación de la restitución, históricamente estaba dada por mirar ambos patrimonios, el del empobrecido y el del enriquecido, siendo el límite el monto menor.

Siendo ello así, el proveedor podrá eximirse de restituir aquella parte del precio que hubiere sido utilizada para el pago de gastos realizados en mira de la ejecución del contrato, en la medida en que acredite, además, fehacientemente, haber realizado dicho pago. Así, si una parte del precio se constituye por los impuestos que gravan una actividad o bien, el proveedor se exime de restituir dicho gravamen acreditando el efectivo pago del mismo.

Surge entonces de lo expuesto que la restitución puede no ser del total, en la medida en que efectivamente se acredite la realización de los gastos que se invoquen y que ellos estén relacionados con la ejecución del contrato extinguido.

#### *IV.3. Daños derivados de prácticas abusivas durante el tiempo de crisis*

Una tercera situación será la de aquellos casos en los que los proveedores, aprovechando el tiempo de crisis, han impuesto condiciones abusivas a los consumidores, tanto en los precios del bien o servicio, como en las condiciones de prestación.

Ante esta situación, entendemos que el Derecho debe ser implacable, debiendo recurrir a todas las herramientas que tiene a su disposición, no solo para eliminar los efectos del abuso, sino además, para punir dichas conductas.

Así, se podrá declarar la abusividad de las cláusulas conforme al régimen del art. 37 de la LDC y pedir la nulidad de los contratos por el instituto de la lesión si hubiera habido de aprovechamiento del estado de necesidad, y en todos los supuestos se deberán reparar los daños y

perjuicios causados, así como también afrontar las sanciones punitivas que se impongan tanto en los términos del art. 52 bis de la LDC, como del art. 64 de la Ley de Defensa de la Competencia si la conducta atacada fue pasible de sanción por la autoridad competente.

#### **V. Las resoluciones alternativas de conflictos. El riesgo judicial**

Sin perjuicio de todo lo que hemos dicho hasta aquí, existe un riesgo cierto de que todo lo expuesto en el punto anterior quede en “letra muerta” si no se instrumentan formas judiciales y extrajudiciales de solución alternativa de conflictos.

En efecto, si al día siguiente de que se restituya el funcionamiento de los tribunales los inundamos de reclamos y demandas, el estado de infraestructura ya deficiente de nuestro servicio de justicia no podrá dar respuestas adecuadas, de la misma manera que el sistema de salud no podría atender simultáneamente a todos los ciudadanos si nos infectáramos a la vez del COVID-19.

Por lo tanto, la única manera de que las respuestas a los consumidores y usuarios sean eficaces en el tiempo es idear sistemas que amplíen y fortalezcan los mecanismos ya existentes, o eventualmente generar nuevos, para que las partes con razonabilidad, flexibilidad y creatividad puedan obtener la satisfacción de sus intereses.

#### **VI. Conclusiones**

Hemos visto a lo largo de este trabajo descripciones actuales y propuestas futuras para el tiempo por venir, que sin dudas será conflictivo y exigente para todos. Será hora de la reconstrucción de una economía que ya venía en picada, pero también la oportunidad —como toda crisis— de cambiar hacia algo mejor.

Este cambio, sin dudas, no puede hacerse a espaldas de quienes motorizan la economía, ni mucho menos vulnerando sus derechos para proteger los intereses económicos de los que por imperio del funcionamiento del mercado se encuentran en una situación de fortaleza estructural.

(9) GARZINO, Constanza, en GARRIDO CORDOBE-RA, Lidia M. — BORDA, Alejandro — ALFERILLO, P. (dir.) — KRIEGER, Walter (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 1130.

# Reclamamos ante las autoridades de defensa del consumidor

María Agustina Nager<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Algunas de las medidas adoptadas por el gobierno ante la pandemia de coronavirus y los reclamos ante las autoridades de defensa del consumidor.— III. Reflexiones finales.

## I. Introducción<sup>(\*\*)</sup>

La elección del tema: “Reclamamos ante las autoridades de defensa del consumidor” no es caprichosa, sino que se debe a que hace muchos años —y en tiempos normales— escribí sobre el procedimiento administrativo en la Ley de Defensa del Consumidor (1) (en adelante: LDC), y seguramente el abordaje del presente artículo —en los tiempos excepcionales que corren— difiera en gran parte de aquél.

Como es de público conocimiento, con fecha 12/03/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el coronavirus era ya una pandemia (2).

Ese mismo día, el Poder Ejecutivo Nacional declaró la emergencia pública en materia sanitaria por un año, mediante el decreto de ne-

cesidad y urgencia (DNU) 260/2020 (3), que también reguló una serie de medidas para evitar y mitigar el riesgo de contagio y propagación del COVID-19 (v.gr., suspensión por 30 días de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de los países afectados; cuarentena obligatoria de 14 días para los argentinos y extranjeros que arriben al país desde las zonas de riesgo; el gobierno podrá fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos u otros insumos críticos y/o adoptar las medidas necesarias para prevenir su desabastecimiento, etc.).

Sin embargo, recién el 19/03/2020 el gobierno decretó la cuarentena total en la Argentina para intentar frenar la propagación del coronavirus (4) (dec. 297/2020).

---

(\*) Abogada (Universidad de Belgrano). Abogada de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Secretaria del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de San Isidro. Diplomada en Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (ESEADE).

(\*\*) “Nos sorprendió una tormenta inesperada y furiosa. La tempestad desenmascara nuestra vulnerabilidad. No podemos seguir cada uno por su cuenta. Nadie se salva solo. Que todos sean uno” (Papa Francisco).

(1) NAGER, María Agustina, “Procedimiento en las infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor”, LLCABA 2012 (diciembre), 602, AR/DOC/5999/2012.

(2) “Pandemia”: “Del gr. παῖδιμία, pandemia: ‘reunión del pueblo’. 1. f. Med. Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

---

(3) “El presidente de la Nación Argentina en acuerdo general de ministros decreta: Art. 1º.— Emergencia sanitaria: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”. DNU 260/2020, del 12/03/2020.

(4) “El presidente de la Nación Argentina en acuerdo general de ministros decreta: Art. 1º.— A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado Nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la emergencia sanitaria ampliada por el dec. 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situa-

Asimismo, con fecha 29 de marzo del corriente, el presidente Alberto Fernández extendió la cuarentena obligatoria para enfrentar la pandemia del coronavirus hasta el próximo 26 de abril inclusive (5).

Por todo lo expuesto, la situación se presenta como dinámica y cambiante.

## II. Algunas de las medidas adoptadas por el gobierno ante la pandemia de coronavirus y los reclamos ante las autoridades de defensa del consumidor

No está de más decir que las medidas adoptadas en un comienzo distan de la entidad de las que siguieron a medida que la situación se complejizaba.

En un primer momento se planteó, por ejemplo, el tema de los pasajes aéreos y la hotelería (6), debido a que, en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la ley 27.541 y el DNU 260/2020, y en virtud

ción epidemiológica, con relación al coronavirus - COVID-19. Art. 2º.— Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20/03/2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el art. 1º, sólo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos...” DNU 297/2020, sobre aislamiento social preventivo y obligatorio, del 19/03/2020.

(5) DNU 325/2020, del BO 31/03/2020.

(6) “El ministro de Turismo y Deportes, resuelve: Art. 1º.— Establécese que los agentes de viaje y los establecimientos hoteleros de la República Argentina deberán devolver a los turistas usuarios toda suma de dinero que hubieren percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser usufructuados durante el período comprendido entre la fecha de entrada en vigencia de la presente medida y el 31 de marzo del año en curso [...]. Art. 3º.— La presente medida comenzará a regir a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial”. Res. MTyD 131/2020, del 17/03/2020, publicada en el BO del 18/03/2020.

de la pandemia declarada por la OMS en relación con el coronavirus COVID-19, se entendió imperioso adoptar medidas tendientes a desalentar el movimiento de la ciudadanía con fines turísticos en el territorio de la Nación.

En la necesidad de minimizar el contacto entre las personas dentro del contexto de emergencia sanitaria por el COVID-19, a fin de evitar su propagación masiva, y de las medidas preventivas adoptadas por el gobierno, se procedió también a la suspensión de las audiencias de conciliación —en un principio, del 16/03/2020 al 31/03/2020— y a promover la atención de consultas, el inicio de reclamos y la prosecución de los trámites de los consumidores y usuarios a través de medios a distancia (no presenciales), como ser el correo postal (7), telefónicamente, el correo electrónico y la utilización de la “Ven-

(7) “El presidente del Ente Nacional de Comunicaciones resuelve: Art. 1º.— Establécese que, durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, dispuesto por el decreto de necesidad y urgencia 297 de fecha 19/03/2020, los servicios postales de cartas control, con firma en planilla, carta control con aviso de retorno, carta express, carta con acuse, carta con frente, paquete, encomienda, tarjetas de crédito, servicios puerta a puerta, telegrama y carta documento podrán tenerse por entregados sin firma ológrafa del destinatario o persona que se encuentre en el domicilio de destino, debiendo los prestadores de servicios postales dar cumplimiento a los siguientes requisitos: a) Cartas control, con firma en planilla, carta control con aviso de retorno, carta express, carta con acuse: El distribuidor o cartero deberá consignar en planilla o en dispositivo informático móvil el nombre y apellido completo del receptor. b) Carta con frente, paquete, encomienda, tarjetas de crédito, servicios puerta a puerta: El distribuidor o cartero previo a consignar debidamente los datos del receptor, deberá constatar la identidad del mismo con exhibición de documento de identidad a una distancia prudencial. El receptor deberá ser el destinatario o persona mayor de 18 años que se encuentre en el domicilio. c) Carta documento y telegrama, además de los requisitos de constatación de identidad y consignación completa de los datos en planilla física o dispositivo informático móvil fijados en el punto anterior, deberá incorporar información adicional, descripción y/o imagen del lugar de entrega, código de entrega especial, y/o otro método que permita la correcta identificación del receptor. d) En los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal (edificios y/o countries) la entrega podrá realizarse al encargado del edificio y/o personal responsable que se encuentre en el acceso a los mismos [...]. Art. 5º.— La presente medida entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial”. Res. ENACOM 304/2020, del 25/03/2020, publicada en el BO del 26/03/2020.

tanilla Única Federal de Defensa del Consumidor” del portal [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar), etc. Estas medidas fueron adoptadas tanto a nivel nacional (8) como provincial (OMIC).

Con posterioridad, el 19/03/2020 —ya adentrados todos en la cuarentena obligatoria—, el gobierno nacional, mediante la res. 100/2020 (9)

(8) “La Secretaría de Comercio Interior, resuelve: Art. 1º.— Suspéndense todos los plazos procedimentales y/o procesales en todos los expedientes en trámite por las leyes. 19.511, 22.802, 24.240, 25.156, 26.993, y 27.442, sus normas modificatorias y complementarias, y el dec. 274 de fecha 17/04/2019, por el período comprendido desde el día 16/03/2020 y hasta el día 31/03/2020, ambas fechas inclusive. Art. 2º.— Establécese que el período citado en el artículo precedente, se efectuará con la asistencia y prestación mínima del servicio del personal relacionado a sus lugares de trabajo, que se limitará únicamente a la atención de los asuntos de urgente despacho [...]. Art. 4º.— Suspéndese la celebración de audiencias en el ámbito de la Dirección de Servicio de Conciliaciones Previas en las Relaciones de Consumo, dependiente de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, sin perjuicio de la validez de los actos que se celebren, sean en forma presencial, a distancia o por medios electrónicos, por el período comprendido desde el día 16/03/2020 y hasta el día 31/03/2020, ambas fechas inclusive. Art. 5º.— Establécese que la Mesa de Entradas de la Dirección de Servicio de Conciliaciones Previas en las Relaciones de Consumo, dependiente de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores de la Secretaría de Comercio Interior, tendrá una guardia mínima de emergencia por el período referido en el art. 1º de la presente resolución, en el horario de 11:00 a 15:00 horas, a los efectos de proveer asuntos de urgente despacho [...]. Art. 7º.— Hágase saber que se podrá prorrogar o abreviar el plazo dispuesto en los arts. 1º y 4º de la presente medida, en atención a la evolución de la situación epidemiológica del coronavirus COVID-19 [...]. Art. 9º.— La presente medida se aplicará con carácter retroactivo a partir del día 16/03/2020” Res. SCI 98/2020, del 18/03/2020, publicada en el BO del 19/03/2020.

(9) “La Secretaría de Comercio Interior, resuelve: Art. 1º.— Establécese que todos los sujetos que se encuentran alcanzados por el deber de información previsto en el art. 4º de la res. 12/2016 de la ex Secretaría de Comercio, deberán fijar para todos los productos incluidos en el anexo I de la disp. 55/2016 de la ex Subsecretaría de Comercio Interior como precios máximos de venta al consumidor final aquellos precios efectivamente informados por cada comercializadora al SEPA vigentes al día 06/03/2020, para cada producto descripto en su reglamentación y por cada punto de venta. Art. 2º.— Establé-

de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, retrotrajo los precios de los productos que integran la canasta básica al 06 de marzo y fijó una lista con precios máximos de referencia (10), en el marco de las medidas implementadas para garantizar el abastecimiento y controlar el abuso de precios frente al impacto de la pandemia.

Asimismo, dispuso que las empresas que forman parte integrante de la cadena de producción, distribución y comercialización de dichos

cese que todos los sujetos que se encuentran alcanzados por el deber de información previsto en el art. 2º de la res. 448/2016 de la ex Secretaría de Comercio, deberán fijar para todos los productos incluidos en el anexo I de la mencionada resolución como precios máximos de venta aquellos precios efectivamente informados por cada comercializadora al SEPA y vigentes al día 06/03/2020 para cada producto descripto en su reglamentación y por cada punto de venta. Art. 3º.— Establécese para todos los distribuidores, productores y comercializadores alcanzados por la ley 20.680, como precios máximos de venta de cada producto incluido en los arts. 1º y 2º de la presente resolución, los precios de venta a: consumidores, hipermercados, supermercados, almacenes, mercados, autoservicios, minimercados minoristas y/o supermercados mayoristas, según corresponda, vigentes al día 06/03/2020. Art. 4º.— Intímase a las empresas que forman parte integrante de la cadena de producción, distribución y comercialización de los productos incluidos en los arts. 1º y 2º de la presente resolución, a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y a arbitrar las medidas conducentes para asegurar su transporte y provisión durante el período de vigencia de la presente medida. Art. 5º.— La Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores publicará en su página web de forma destacada los precios informados en el SEPA vigentes al 06/03/2020 para cada uno de los productos establecidos en los arts. 1º y 2º de la presente resolución por cada punto de venta. Art. 6º.— Encomiéndase a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores la publicación en su página web de precios máximos de referencia para la canasta básica alimentaria por cada provincia. Art. 7º.— Encomiéndase a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores la implementación de las medidas y mecanismos eficaces para la implementación de la presente y la recepción de denuncias por incumplimiento...” Res. SCI 100/2020, del 19/03/2020.

(10) El listado de precios máximos es de referencia: sirve para informar a los consumidores los precios tope de los productos de consumo familiar y facilita las tareas de fiscalización. Los sujetos obligados por la norma en comentario son: 1) las cadenas de supermercados; 2) los mayoristas; y 3) los negocios de proximidad (como ser: almacenes, supermercados chinos, despensas, etc.).

productos debían incrementar su producción al máximo de su capacidad para satisfacer la demanda y asegurar el acceso de todos los ciudadanos a aquéllos.

Complementó la última norma mencionada la disp. 3/2020 (11) de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, ya que, cumplida la exigencia por parte de los comercializadores de informar y retrotraer los precios al 06/03/2020, se procedió a publicar el listado de precios máximos de referencia en <https://preciosmaximos.argentina.gob.ar/#/>, con variantes por cada provincia, información útil como herramienta para controlar, denunciar, inspeccionar, infraccionar —en caso de corresponder— y aplicar la Ley de Abastecimiento.

En su art. 3º, se establece “un mecanismo público y gratuito de recepción de reclamos y denuncias para las y los consumidores y para todos los agentes económicos que integran la cadena de producción, distribución y comercialización de los productos alcanzados por la fijación de precios máximos dispuesta en res. 100 de fecha 19/03/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, el cual estará habilitado a través de la página web [www.preciosmaximos.produccion.gob.ar](http://www.preciosmaximos.produccion.gob.ar)”.

(11) “La Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores, dispone: Art. 1º.— Créase un régimen informativo exclusivo de publicación de precios máximos de referencia para una canasta básica de productos de consumo discriminada para cada provincia, el cual estará disponible en la página web [www.preciosmaximos.produccion.gob.ar](http://www.preciosmaximos.produccion.gob.ar). Art. 2º.— El presente régimen informativo será de consulta pública y gratuita para todas y todos los consumidores. Art. 3º.— Establécese un mecanismo público y gratuito de recepción de reclamos y denuncias para las y los consumidores y para todos los agentes económicos que integran la cadena de producción, distribución y comercialización de los productos alcanzados por la fijación de precios máximos dispuesta en res. 100 de fecha 19/03/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, el cual estará habilitado a través de la página web [www.preciosmaximos.produccion.gob.ar](http://www.preciosmaximos.produccion.gob.ar). Art. 4º.— La presente resolución entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial”. Disp. SSADC 3/2020, del 19/03/2020, publicada en el BO del 20/03/2020.

En síntesis, en la página web [preciosmaximos.argentina.gob.ar](http://preciosmaximos.argentina.gob.ar) encontramos el listado de precios máximos de referencia por provincia y los *links* que habilitan los reclamos y/o denuncias tanto de los consumidores como de las empresas (por incumplimiento de retrotracción de precios de proveedores).

Basta con estar atentos a las noticias cotidianas para advertir los incumplimientos a dichos precios máximos (hay sobreprecios en carne, verduras, frutas, alcohol en gel, alcohol, etc.) y a la Ley de Abastecimiento (faltan insumos esenciales, como artículos de limpieza, lácteos, etc.). Hablamos de productos esenciales y de necesidad para la vida de las personas.

Al inicio, se expresó que se puede iniciar un reclamo ante Defensa del Consumidor, utilizando la Ventanilla Federal (<https://www.argentina.gob.ar/iniciar-un-reclamo-ante-defensa-del-consumidor>). Asimismo, los consumidores pueden denunciar incumplimientos en Defensa del Consumidor comunicándose telefónicamente a través de la línea de atención gratuita: 0800-666-1518, o por correo electrónico a [consultas@consumidor.gob.ar](mailto:consultas@consumidor.gob.ar), o por Twitter a @DNDCconsumidor.

La herramienta virtual de “Ventanilla Federal”, como su nombre lo indica, funciona en todo el país mediante un sistema electrónico que permite a la Dirección Nacional de Defensa de las y los Consumidores de la República Argentina (DNDC), actualmente a cargo del Dr. Sergio S. Barocelli, hacer luego las derivaciones que estime corresponder a las provincias y las OMIC. Si los consumidores hicieran su reclamo por redes, teléfono o *e-mail*, también se los derivaría de idéntica manera.

Estas últimas actúan “en el marco de su competencia para verificar las infracciones respecto de la ley nacional 24.240 de Consumidor en todo con el resguardo del derecho de los usuarios y consumidores consagrados constitucionalmente en los arts. 38 —de la Constitución provincial— y 42 —de la CN—, quien facultó a las provincias a concurrir en su competencia, para lo cual a través del dictado de la ley provincial 13.133 reglamentó la jurisdicción de la delegación del poder de policía y policía admi-

nistrativa en el marco de la función administrativa” (12).

Si bien no se encuentran bajo la órbita de la DNDC ni la fiscalización en general ni la materia de abastecimiento, se ha dispuesto la actuación conjunta y cooperativa interministerial.

Se han efectuado numerosísimas denuncias —a riesgo de colapsar el sistema—, instrumentándose las actuaciones administrativas del caso para establecer las sanciones pertinentes, de corresponder. Los inspectores de la AFIP y de Defensa del Consumidor realizan a diario inspecciones en varios comercios... Sin embargo, cabe preguntarse si serán necesarias medidas adicionales para garantizar el abastecimiento y sobre todo para mantener los precios (tope de productos por persona, precios subsidiados, mejor sintonía entre el gobierno y los empresarios, etc.).

### III. Reflexiones finales

La cuestión de los reclamos ante las autoridades de Defensa del Consumidor puede abordarse sea en su situación actual o futura, atento a la infinidad de situaciones que sin duda se presentarán una vez que la pandemia pase: sobreendeudamiento, hoteles, agencias, paquetes, eventos, etcétera.

Atento a la premura con que realicé este trabajo, me concentré en las situaciones de emergencia actual, que muestran un rol primordial del derecho del consumidor como un derecho humano de existencia.

“En nuestro ordenamiento, un argumento indudable en el sentido expresado lo constituye la enunciación de derechos fundamentales contenida en el art. 42 de la CN; texto que, a la vez que da anclaje al derecho del consumidor en el plano constitucional, instrumenta también un nivel de tutela que trasciende los aspectos meramente económicos de la relación de consumo para extenderse a la protección de la salud, la

---

(12) JCont. Adm. N° 1 San Martín, 24/09/2019, “Banco Itaú Argentina SA c. Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad - otros juicios” (expte. 37.135). Se establece que los acuerdos homologados por la autoridad de aplicación y no cumplidos son causales de sanción (art. 46 de la ley nacional 24.240).

seguridad (comprensiva de la integridad física) y el trato digno” (13).

El art. 42 de la CN, el art. 38 de la Constitución provincial, la ley nacional 24.240 de Defensa del Consumidor y la ley provincial 13.133 han puesto en cabeza del Estado la obligación de una tutela efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios.

El derecho a la tutela de la salud, a una información adecuada y veraz y a la protección de los intereses económicos de los consumidores son derechos fundamentales, por lo que el Estado debe velar.

Es en situaciones de crisis como la presente donde adquiere mayor relevancia la función protectora del derecho del consumidor; recordemos que una característica distintiva del consumidor es su vulnerabilidad (14), frente al otro polo de la relación de consumo: el proveedor de bienes y servicios.

En este sentido, como expresa Chamatropulos: “Si bien la relación de consumo suele exhibir diversos tipos de asimetrías, la de carácter informativo es quizás la que mejor justifica la protección del Estado” (15).

Por ello, el listado de precios máximos de referencia es una herramienta fundamental, así como la “Ventanilla Única Federal de Defensa del Consumidor” virtual, pues con ellas se podrá controlar, denunciar y aplicar la Ley de Abastecimiento. Una sería ineficaz sin la otra.

Se trata de proteger al consumidor tanto en su salud como en sus intereses económicos frente

---

(13) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, SJA del 13/09/2017, p. 32.

(14) Entiéndase como debilidad o hiposuficiencia de aquél, que puede ser económica, técnica, jurídica, informativa o material, e implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo que merece ser atendido (favor debilis).

(15) CHAMATROPULOS, D. Alejandro, “Impacto del Código Civil y Comercial en la regulación del deber de información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales...)”, RCCyC 2016 (diciembre), 16/12/2016, 18, AR/DOC/3860/2016.

a prácticas abusivas de sobrepuestos en los productos, desabastecimiento, etcétera.

En la crisis, el derecho del consumidor, en la búsqueda de esta protección a la integridad del consumidor, se focalizará en garantizarle el acceso a los bienes y servicios básicos **(16)**.

El Estado cuenta con el marco constitucional mencionado —y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, v.gr., Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc. **(17)**—. Asimismo, con un marco infracons-

(16) ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO, “El derecho privado ante la pandemia”, conferencia del 27/03/2020 a cargo del expositor KRIEGER, Walter, “La imprevisión en el derecho del consumidor. Pasajes aéreos y hotelería”, [https://youtu.be/BJVEt\\_xPvo](https://youtu.be/BJVEt_xPvo), Argentina.

(17) “A mayor abundamiento de argumentos para considerar a los derechos del consumidor como derecho humano, prestigiosa doctrina entiende que pese a no existir una referencia directa a ellos dentro de los tratados internacionales de derechos humanos, no se duda que integran los derechos económicos y sociales a que refiere el cap. III de la Convención Interamericana sobre Derechos

titucional, compuesto por las Leyes de Defensa del Consumidor, de Defensa de la Competencia, de Lealtad Comercial —conocido como Estatuto del Consumidor— y otras normas legales, como las Leyes de Góndolas y de Abastecimiento, y ahora también con diversa normativa de emergencia.

Todas ellas deberán integrarse en un diálogo de fuentes a fin de abordar las cuestiones que se planteen frente a esta pandemia (y con posterioridad) **(18)**.

“Flexibilidad, creatividad, tolerancia y razonabilidad... Principios para los tiempos en que vivimos” **(19)**.

Humanos en su art. 26, pudiendo entonces derivarse de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA” (en ese sentido se expresa COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, en Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio, p. 389, cit. por FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “La protección al consumidor...”, ob. cit., p. 32).

(18) ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO, “El derecho privado ante la pandemia”, ob. cit.

(19) BAROCELLI, Sergio S.

# Una nueva categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada

Roberto A. Vázquez Ferreyra (\*)

La Secretaría de Comercio Interior, en fecha 27/05/2020, dictó la res. 139/2020, que tengo el gusto de comentar en algunos aspectos puntuales, en la creencia de que otras plumas destacadas harán un análisis minucioso y detallado de la nueva normativa en su totalidad.

Como puede apreciarse, la resolución aborda el tema de la hipervulnerabilidad de ciertos consumidores y usuarios o, como se los ha denominado en el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, “consumidores en situación de vulnerabilidad agravada”.

La categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada tiene su historia en los llamados subconsumidores de los primeros tiempos del derecho del consumo. Hace décadas solíamos dar el ejemplo de cómo el deber de seguridad se ve agravado cuando va dirigido a posibles subconsumidores, como pueden ser los niños o ancianos. No es lo mismo un juguete a pilas que una herramienta profesional. En el caso de la herramienta —que es lógico pensar que será usada por un especialista—, no es necesaria mayor precaución para acceder al compartimiento de las baterías. Pero, tratándose de un juguete, el deber de seguridad se acentúa, ya que es lógico pensar que un niño quiera extraer las pilas y llevárselas a la boca. De ahí que el compartimiento de las pilas debe ser de muy difícil acceso (asegurado por tornillos) cuando es dable suponer que el producto será utilizado por niños. Vemos, en consecuencia, cómo se

juzgará el cumplimiento de determinado deber con mayor o menor rigor según a quién sea razonable esperar que esté dirigido el producto.

De lo que hablamos es de consumidores que por diversas razones se encuentran en situación de marcada inferioridad, inferioridad que puede obedecer a diversas razones, como la edad, el idioma, los recursos económicos, etcétera.

Todo esto llevó a que en la actualidad quede fuera de discusión en la doctrina la existencia de la categoría de consumidores hipervulnerables o, con mejor expresión, consumidores en situación de vulnerabilidad agravada (1).

Es cierto que todo el régimen tuitivo de defensa de los consumidores tiene como principal fundamento la situación de inferioridad y debilidad en que se encuentra este sector social —integrado por todos—, pero de lo que aquí hablamos es de una situación de especial inferioridad, o inferioridad agravada; de ahí lo de situación de extrema vulnerabilidad.

El concepto de consumidores hipervulnerables es amplio, abierto y movable. En este sentido, se ha dicho: “consideramos que esa hipervulnerabilidad no se trata de una categoría *per se* o permanente, sino de la existencia de condiciones específicas que se manifiestan en un determinado tiempo y lugar, y amplían la vulnerabilidad de ciertos grupos en su rol como consumidores. En este sentido, advertimos que esa asimetría que profundiza las relaciones de

---

(\*) Doctor en Derecho por la UBA con Premio Facultad. Profesor titular de Obligaciones y de Derecho de Daños, Facultad de Derecho, UNR. Exjuez de Distrito Civil y Comercial de Rosario. Miembro de la Comisión redactora del proyecto de Código de Defensa del Consumidor con trámite legislativo actual.

---

(1) Entre muchos otros trabajos puede consultarse BAROCELLI, Sergio S. (ed. y dir.), “La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumo argentino”, Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, UBA, 2020.

consumo se sostiene a partir de las circunstancias sociales y culturales señaladas, por lo que la categoría de hipervulnerabilidad se edifica y resignifica a través de determinados aspectos dinámicos, relacionales y contextuales”. Este concepto, como veremos, resulta de suma importancia a la luz de lo que expondremos más adelante sobre los “nuevos consumidores en situación de vulnerabilidad agravada” (2).

El Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, que actualmente se encuentra en trámite legislativo en el Senado de la Nación, bajo el expte. S-2576/19, dedica varias normas, generales y específicas, a la tutela de los consumidores en situación de vulnerabilidad agravada. Así, se ha expuesto respecto del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor que, “aunque existe consenso en que la figura del consumidor con vulnerabilidad agravada resulta del diálogo de fuentes al que invita el Código Civil y Comercial, en especial con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, el ALDC/PLDC lo ha tipificado de modo especial —art. 5º, inc. 6º—, y de modo transversal —v.gr., arts. 24; 37; etc.—; se afirma por esta vía la jurisprudencia iniciada hace más de una década y media, encaminada a atender a las especiales circunstancias que tornan más frágil la posición de ciertos consumidores, a fin de establecer su protección conforme al grado concreto de vulnerabilidad” (3).

La cuestión de los consumidores hipervulnerables encuentra en el proyecto de ley una referencia expresa en una norma general y en varias normas particulares directas e indirectas, conforme veremos a continuación, bajo la fórmula “vulnerabilidad agravada”, en concordancia con la reciente regulación en el ámbito del Mercosur (res. GMC 38/2019).

El art. 3º establece: “*Consumidores con vulnerabilidad agravada*. El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales con vulnerabilidad agravada. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la informa-

ción, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”.

“Creemos que una de las grandes ventajas es no haber circunscripto la categoría de consumidores a un *numerus clausus*. Como sostuvimos en otras oportunidades, consideramos que no se trata de una categoría *per se* o permanente, sino de condiciones de vulnerabilidad que se fundamentan en las circunstancias sociales y culturales en que en un tiempo y lugar determinado las personas pertenecientes a determinado grupo reciben por pertenecer a este determinado trato, consideración o prejuicio. Así, no cobran relevancia solo los criterios psíquico-biológicos o ‘factores internos,’ sino también factores sociales y culturales o ‘factores externos.’ Son esas condiciones, y no un carácter intrínseco, las que los sitúan en desigualdad de oportunidades frente a los demás y limitan o impiden el pleno ejercicio de sus derechos. Esta situación de vulnerabilidad es, por tanto, un aspecto dinámico, relacional y contextual” (4).

Si bien la res. 139/2020 hace una enumeración de los hipervulnerables, dicha enumeración es meramente enunciativa. Ello surge del propio art. 1º, que considera hipervulnerables, entre otros, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad por *circunstancias sociales y económicas* que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

Si bien la resolución, en su art. 2º, brinda un listado de consumidores presuntamente hipervulnerables, tal mención es meramente enunciativa y no impide que otras personas entren en la categorización.

Pues bien, estamos convencidos de que la pandemia y muy particularmente la cuarentena *sine die* que estamos viviendo han generado una nueva categoría de hipervulnerables o consumidores en situación de vulnerabilidad agravada.

Históricamente, los sectores de vulnerabilidad económica estaban compuestos por los

(2) *Ibidem*.

(3) HERNÁNDEZ, Carlos et al., “Antecedentes y estado actual del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, LA LEY del 27/02/2020, AR/DOC/257/2020.

(4) BAROCELLI, Sergio S. (ed. y dir.), “La problemática de los consumidores hipervulnerables...”, *ob. cit.*

más postergados; a mero título de ejemplo menciono, entre otros, a los jubilados, que cobran míseras jubilaciones, y a los que reciben ayuda del Estado para su subsistencia, todos ellos enumerados expresamente en la resolución que comentamos.

Respecto de estos grupos sociales, la protección especial continúa y debe continuar. Pero ahora quiero referirme a un nuevo sector social que a partir de la cuarentena obligatoria se encuentra en situación de *extrema vulnerabilidad económica*, sector mayormente compuesto por la clase media cuentapropista. Se trata, y a mero título de ejemplo, de los cuentapropistas que tenían asegurados sus ingresos a costa de su trabajo diario, tales como el peluquero, el taxista, el dueño del pequeño fondo de comercio, los profesionales liberales y tantos otros —enumeración meramente ejemplificativa—, que de un día para el otro han perdido toda capacidad de generar ingresos y que, no obstante, deben seguir haciendo frente a sus compromisos habituales (cuotas del colegio, servicios públicos, impuestos, telefonía e internet, sueldos, TV por cable, alquileres, expensas, etc.).

Ese es el nuevo sector de consumidores y usuarios en situación de extrema vulnerabilidad generado por el COVID-19, pues están expuestos a un brutal sobreendeudamiento para sobrevivir o mantener para un futuro su fuente de trabajo. Este sector necesita acceso a servicios públicos y tecnológicos para llevar adelante una vida lo más digna posible durante la cuarentena; sin embargo, se ven privados de obtener sus ingresos habituales y son olvidados a la hora de buscar soluciones justas para los consumidores. Si se los priva del acceso a ciertos servicios, será muy difícil que el día de mañana puedan reincorporarse a lo que era su fuente de ganancias habitual. De hecho, están hasta privados de un acceso libre y amplio a la justicia, que permanece con sus puertas entornadas desde hace meses.

El jubilado y quien recibe ayuda social del Estado siguen cobrando su jubilación y recibiendo su ayuda, por más mísera que sea. No se ha producido un cambio en sus ingresos, por más reducidos que puedan ser. No ha habido mayor cambio en su situación patrimonial. Por el contrario, quienes hemos nombrado anteriormente

a título de ejemplo, de un día para el otro han visto transformadas sus vidas de manera casi trágica desde el punto de vista económico, y muchos están a punto de perder todo lo conseguido tras años de trabajo. De ese sector pareciera que nadie se acuerda, o nadie lo tiene en cuenta, pese a que la realidad indica que encuadrarían perfectamente en la categoría de consumidores en situación de extrema vulnerabilidad, conforme a la res. 139/2020 que comentamos.

Pues bien, esta nueva realidad debe ser vista por el Estado y por el intérprete jurídico. En esta situación que vivimos, todos pierden, y todos debemos perder un poco. Hoy como nunca cobra valor la teoría del esfuerzo compartido, y llega la hora de sentarse a negociar. El locatario (peluquero que alquila el local donde funciona la peluquería) pierde todos sus ingresos. Es justo, pues, que el locador también resigne algo de sus ingresos y se sienta a negociar nuevos valores durante la emergencia (ver art. 1203, Cód. Civ. y Com.). En caso contrario, deberán ser los jueces quienes den las soluciones de equidad que cada caso requiera.

El Estado también debe tener presente esta nueva situación, aunque parece que por el momento la desconoce. Buena prueba de ese desconocimiento es el decreto de necesidad y urgencia 311/2020, por el cual se prohíbe a las empresas prestadoras de servicios públicos (agua, gas, electricidad, telefonía, internet, TV, etc.) la suspensión o el corte de los servicios a determinados usuarios, mencionados en el art. 3º de la norma de urgencia. Pues bien, de acuerdo con dicho art. 3º, los beneficiarios de la medida son aquellos que, si bien se encuentran en una mayor situación de debilidad, no han visto reducidos sus ingresos habituales. Así, por ejemplo, los beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo, los inscriptos en el monotributo social, los jubilados y pensionados y los trabajadores en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos SMVM, y situaciones semejantes.

Desde ya, no juzgamos mal y aplaudimos que estas personas gocen del beneficio establecido en el decreto de necesidad y urgencia citado. Lo que juzgamos como un error es que aquel no alcance a quienes efectivamente han visto alterados sus ingresos de manera notable a partir de

la pandemia y la cuarentena, y que son ahora los mayores vulnerables de esta situación.

De ahí que la prohibición debió ser genérica, o al menos contemplar soluciones generales tendientes a evitar abusos por parte de los prestadores de servicios. Quiero pensar que ningún prestador de estos servicios cortará el suministro, pero por ahora bien pueden hacerlo, no obstante tratarse de bienes que hoy en día son de primerísima necesidad. Se requerirá una activa intervención del Poder Judicial para evitar abusos. De actuar abusivamente, bien puede encontrarse la solución en la promoción de una acción preventiva y con apoyo en la res. 139/2020.

La res. 139/2020, luego de brindar el concepto amplio de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada, establece directrices para la especial tutela de este sector social. Entre ellas, manda promover acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditivos para la adecuada resolución de los conflictos en que intervengan consumidores hipervulnerables, e implementar medidas en pos de la eliminación de obstáculos en el acceso a la justicia de estos consumidores. Pues bien, estando en general inoperantes las autoridades de aplicación en virtud de la cuarentena, una opción es recurrir al auxilio judicial a través de acciones preventivas. Y en apoyo de esta tesis aparece la resolución que anotamos, ya que ordena “implementar medidas en pos de la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables” [art. 3º, inc. b)].

En la cuarentena se ha dado una generalidad de consumidores hipervulnerables debido a la imposibilidad de desplazamiento y, en muchos casos, a la imposibilidad de generar ingresos, sin que se reciba ayuda alguna del sector público. Frente a ellos, los abusos de los proveedores se han puesto a la orden del día. Así, por ejemplo, en ciertas ventas a través de plataformas de internet no se cumple en cuanto a los plazos de entrega e incluso en cuanto a la entrega del producto convenido. Los consumidores no tendrán muchas posibilidades para ejercer sus

derechos, siendo la función preventiva una herramienta importante.

Entendemos que la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior debe considerarse como una herramienta tuitiva para este nuevo sector de consumidores en situación de extrema vulnerabilidad que ha generado la cuarentena *sine die*. De ahí que el Estado, en cumplimiento de dicha norma, debe arbitrar todos los medios para que los derechos de estos consumidores en situación de mayor vulnerabilidad gocen de la suficiente y efectiva protección administrativa y judicial. En este sentido, por ejemplo, la Ventanilla Federal Única de Reclamos de Defensa del Consumidor deberá tener muy en cuenta esta nueva clase de consumidores hipervulnerables.

En este camino, las normas del Código Civil y Comercial que regulan la función preventiva del derecho de daños pueden ser una herramienta eficaz para el acceso a la justicia en estos tiempos de limitaciones a garantías constitucionales, como la libertad de circulación y el acceso a la justicia.

Como síntesis de lo expuesto, estamos ante una nueva realidad, impensada y que no registra antecedentes. Ha surgido un nuevo sector de consumidores y usuarios en situación de extrema vulnerabilidad, que no son aquellos a los que la sobreprotección solía dirigir su mirada. Quienes dicten normas deben tener presente esta nueva realidad, al igual que quienes aplican el derecho, a la hora de interpretar las leyes materiales.

Serán los jueces, en definitiva, quienes sabrán y deberán aplicar correctamente las normas constitucionales protectorias, dándole al art. 42 de la CN su valor supremo, evitando abusos, propiciando el esfuerzo compartido y, en definitiva, dando a cada uno lo suyo. Y en ese camino la función preventiva de la responsabilidad por daños puede ser una herramienta más que útil en la tutela de los consumidores en situación de vulnerabilidad agravada, con apoyo en la resolución comentada. Mientras tanto, esperamos una pronta aprobación del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor que tramita ante el Senado de la Nación.

# Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa

Javier H. Wajtraub (\*)

**Sumario:** I. El consumidor como eje del sistema protectorio.— II. Consumidores con vulnerabilidad agravada.— III. La resolución SCI 139/2020.— IV. Conclusión.

## I. El consumidor como eje del sistema protectorio

El concepto de consumidor se construye sobre la descripción que realiza el legislador de un modelo de sujeto vulnerable, objetivando tal situación y plasmándola en una definición, por lo que la identificación del beneficiario de la tutela brindada por el sistema protectorio será consecuencia del encuadramiento en la norma y no del reconocimiento de una situación de debilidad (aunque se encuentre ínsita), ya que esa es la tarea que precisamente realizó la legislación al identificar los supuestos que habrán de protegerse.

Seguramente existirán situaciones excluidas aun en la convicción de que el derecho de los consumidores pueda ser la herramienta apropiada de tutela, pero no será posible forzar las normas para que abarquen situaciones no contempladas; agreguemos a ello que el sistema argentino resulta ser de los más contemplativos en el ámbito del derecho comparado. En cualquier caso, el consumidor no constituye “un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusivamente a esa cuestión” (1), de forma que podemos afir-

mar que nadie ostenta una carnet de consumidor, sino que su calificación dependerá del caso particular, debiendo agregarse que no necesariamente la faz material coincidirá con la jurídica, siendo consumidor cualquier sujeto al cual el ordenamiento considere como tal.

Nuestro ordenamiento establece la equiparación de la noción material y jurídica a los fines de su tratamiento, toda vez que “queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (2). El establecimiento

---

del Posgrado en Derecho de los Contratos de la UBA. Director de los Diplomados en Derechos de los Usuarios y Consumidores de la UCASAL (Salta), UCSF (sede Posadas) y de la UCES (Buenos Aires). Profesor visitante de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de la provincia de Salta, de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños de la UBA y del Posgrado de Derecho Ambiental de la UBA. Ex director nacional de Modernización Judicial en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(1) BOTANA GARCÍA, Gema — LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), “Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la ley, veinte años después”, Ed. La Ley, Madrid, 2005, ps. 60-61. Con ello coincide Rivera, quien sostiene que “la condición de consumidor debe analizarse con relación al contrato concreto” (RIVERA, Julio C., “Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo”, LA LEY, 1998-C, 518).

(2) Art. 1º, ley 24.240.

---

(\*) Abogado (UBA). Posgrado en las Universidades de Buenos Aires (Argentina) y de Salamanca (España). Doctorando de la Facultad de Derecho (UBA). Consultor legal del Gobierno de la provincia de Salta y de la Secretaría de Atención Ciudadana (Defensa del Consumidor) del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Árbitro del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. Subdirector

de situaciones equiparables se relaciona con la finalidad del sistema protectorio de no limitarse únicamente a quienes resultan ser consumidores específicos, ya que en gran cantidad de situaciones estos no resultan ser los necesitados de la tutela legal (3), además de que la realidad demuestra que usualmente las consecuencias dañosas que se producen en el mercado no encuadran en el “vínculo material” entre proveedor y consumidor, sino más bien parten del mismo y “rebotan” en otros sujetos, por lo que el legislador pone el énfasis en que las derivaciones resulten “como consecuencia o en ocasión” de la relación de consumo, no pudiendo invocarse el sistema protectorio sin tal fundamento.

La definición del sujeto tutelado refiere a una persona que, en el contexto del mercado, adquiere bienes o utiliza servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus necesidades personales o familiares, buscando hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios, por lo que participa de la última fase del proceso económico. En cambio, el empresario adquiere el bien por su valor de cambio para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución (4).

La determinación de a quiénes debe proteger la normativa consumerista ha ido presentando permanentemente inconvenientes ya que se ha ido ampliando cada vez más el círculo de personas que se consideran necesitadas de una especial protección en su ámbito de incumbencia (5), razón por la que “la definición legal de consumidor no es, al fin y al cabo, más que una decisión de política legislativa —según la óptica con que se la aprecie— más o menos justa. Es evidente que sus límites imponen dejar sin cobertura a muchos sujetos que probablesmen-

te se encuentren en una situación de debilidad estructural merecedora de tutela, como así también, aunque en contados casos, determinan la protección de ciertas personas que bien podrían arreglárselas solos en el mercado”.

Este fenómeno expansivo relativo a la idea que define al consumidor se extiende también a los alcances de lo que denominamos “consumidor expuesto” o bystander, resultando que la reforma integral del régimen protectorio del año 2008 (ley 26.361) asignó a esta figura contornos por momentos difíciles de establecer, razón por la cual la ley 26.994, sancionatoria del Código Civil y Comercial de la Nación, eliminó del primer artículo de la Ley de Defensa del Consumidor la noción de que también se considerara consumidor o usuario a quien de “cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Esta modificación ha significado cierto debate en el marco de la doctrina especializada, debiendo destacarse la existencia de voces críticas en sentido desaprobatorio del cambio introducido en la normativa (6), aunque nosotros entendemos que el cambio fue positivo toda vez que el texto del Código Civil y Comercial vino a aportar claridad al ámbito de aplicación del sistema, al establecer una definición de consumidor comprensible para cualquier intérprete, alejando ambigüedades que distraigan de la finalidad perseguida por el régimen tuitivo.

Creemos que la redacción anterior “provocaba enormes incertidumbres acerca del verdadero alcance del estatuto consumerista, desvirtuando muchas veces el objeto que este tiene en miras. A ello debe agregarse la necesidad de atender situaciones que no justifican la aplicación de una normativa que tiene como fundamento la asimetría de las partes que integran las relaciones de consumo. De esta manera, la definición de consumidor ajustada a quienes integran relaciones de consumo junto con la extensión de las prerrogativas del sistema protectorio a quienes utilicen o adquieran bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de ellas, constituye un aporte de la reforma que

(3) ROSCOE BESSA, Leonardo, “Aplicação do Código de Defesa do Consumidor”, *Brasilia Juridica*, Brasilia, 2007, ps. 61-62.

(4) BOTANA GARCÍA, Gema A. - RUIZ MUÑOZ, Miguel (coord.), “Curso sobre protección jurídica de los consumidores”, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 28.

(5) WAJNTRAUB, Javier H., “Protección jurídica del consumidor”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 22-24.

(6) TAMBUSI, Carlos E., “Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos de Consumo”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 44.

posibilita direccionar el régimen a sus verdaderos objetivos” (7).

En todo caso, no compartimos la idea de que la definición de consumidor surgida de la ley 26.994 haya eliminado el bystander, sino que en todo caso redefinió sus contornos, ya que por un lado la norma establece —como hemos señalado— que es consumidor equiparado todo aquel que “sin ser parte de una relación de consumo”, pero “como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios”, lo que denota la aplicación del régimen consumerista a casos de sujetos ajenos al vínculo con el proveedor. Además, funcionando el régimen de protección del consumidor como un mecanismo de integración normativa, también existirán situaciones de tutela cuando corresponda por aplicación de reglas que resulten compatibles con las relaciones de consumo.

Igualmente, las situaciones críticas que podrían haber quedado excluidas con la eliminación de la noción amplia de bystander quedan suficientemente cubiertas con el establecimiento de un estándar de protección basado en los tratados de derechos humanos (art. 1097, Cód. Civ. y Com.), el que determina con claridad los criterios que deben orientar las nociones de trato digno del consumidor, quien se ve expuesto de manera cotidiana a situaciones que no encuentran sustento ni justificación alguna. Precisamente los consumidores, como personas amparadas por las garantías constitucionales, tienen derecho a ser tratados de manera equivalente, por primar el principio de igualdad, no importando que el proveedor cumpla con las obligaciones a su cargo de manera fiel, sino que será necesario además que se relacione con los destinatarios de los bienes y servicios que coloca en el mercado, de forma de no producir diferencias entre ellos. El propio cuerpo legal complementa las pautas que deben orientar el desempeño del proveedor exigiendo el tratamiento “equitativo y no discriminatorio” (art. 1098, Cód. Civ. y Com.).

(7) WAJNTRAUB, Javier H., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Máximos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, ps. 1204-1206.

También podemos afirmar que “antes de la vigencia del Código Civil y Comercial la noción de consumidor ya había superado con creces el ámbito contractual que preveía la ley 24.240 en su redacción original, para incorporar definitivamente al usuario y al expuesto a una relación de consumo, en una extensión del concepto originario con la consecuente ampliación de los legitimados activos a requerir la tutela del plexo consumeril” (8), habiendo sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha resuelto en ese sentido, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.361, al incorporar de manera expresa la noción de consumidor expuesto (9).

El derecho de los consumidores constituye finalmente un esquema protectorio de un modelo de debilidad jurídica sintetizado en la figura del consumidor, lo que nos obliga a perseguir una gran precisión al momento de su descripción sin perder de vista que el ordenamiento jurídico contiene cantidad de sistemas de tutela de situaciones de vulnerabilidad (minoridad, género, discapacidad) y que por ello es fundamental definir adecuadamente los contornos y las herramientas de cada uno, ya que podríamos alcanzar resultados adversos si pretendiésemos extrapolar conceptos y/o soluciones de un régimen a otro.

La vulnerabilidad debe ser entendida “como un estado de la persona, un estado inherente de riesgo; una situación permanente o provisoria, individual o colectiva, que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de derecho, desequilibrando a la relación. En el caso de las relaciones de consumo, el desequilibrio en el vínculo entre consumidores y proveedores es ‘estructural’, en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, que busca traspasar de la idea ‘igualdad formal’ a la de ‘igualdad de trata en igualdad de circunstancias’, con miras a los grupos sometidos, excluidos o sojuzgados. Todos

(8) JUNYENT BAS, Francisco A. — GARZINO, María Constanza, “El consumidor en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-E, 711.

(9) La Corte puso de manifiesto, entre otras cuestiones, la amplitud de las relaciones de consumo, dejando en claro que ellas exceden la existencia de un contrato (CS, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, LA LEY, 2007-B, 261).

los consumidores, por los embates de la sociedad de consumo y las fallas del mercado, son, por lo tanto, vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Dicha vulnerabilidad al ser estructural implica una presunción *iuris et de iure* y no acepta declinación o prueba en contrario, en hipótesis alguna. No podrá argumentarse el conocimiento técnico superior a un consumidor medio, ya que la finalidad de protección de los consumidores no consiste analizar caso por caso si revisten estas características. La vulnerabilidad como factor determinante de la protección ha sido vista también como elemento constitutivo de la categoría en el Derecho argentino. Huelga decir entonces que la vulnerabilidad es un ‘presupuesto’ que el derecho reconoce como merecedor de la tutela in abstracto, sin atender a ninguna situación particular a la hora de su configuración” (10).

En respaldo de las ideas que venimos desarrollando puede verificarse que la jurisprudencia no indaga sobre la vulnerabilidad concreta de la persona que pretende la tutela del sistema protectorio, sino sobre la adecuación de la definición que brinda el legislador a las características del sujeto (11).

## II. Consumidores con vulnerabilidad agravada

El principio protectorio “se acentúa en situaciones donde es factible detectar una vulnerabilidad acentuada (o hipervulnerabilidad), como en el caso de las personas que se encuentran —ya sea por razones físicas, intelectuales o culturales, estructurales, transitorias u ocasionales— en una mayor situación de fragilidad e inferioridad con relación a la media, donde se alude no ya a consumidor sino a subconsumidor o bystander, categoría para la cual la protección que pueda aparecer *prima facie* adecuada

(10) BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables, hacia una acentuación del principio protectorio”, LA LEY, 2018-B, 783.

(11) Tal afirmación puede validarse a partir de precedentes europeos y nacionales como: Trib. Just. Unión Europea, sala I, 26/01/2017, “Banco Primus SA c. Gutiérrez García, Jesús”, TJCE/2017/31; id., sala IV, 03/09/2015, “Ovidiu Costea, Horace c. SC Volksbank Rumania SA”, TJCE/2015/330; CCiv. y Com., sala D, 03/04/2018, “P. F. P. y otro c. Banco Supervielle SA s/ ordinario”, LA LEY, 2018-B, 628.

para los consumidores medios (también denominados ‘racionales’) es en realidad una subprotección para estos especiales grupos que son, en definitiva, ‘frágiles entre los frágiles’ en la relación de consumo y que merecerán una protección aún más reforzada y medidas especiales de promoción de sus derechos para que puedan tener acceso pleno al mercado y en similares circunstancias a las del resto de la población” (12), aunque no es menos cierto que de la misma manera que la figura del consumidor debe ser reconocida dentro de los contornos que brinda la legislación sin poder extender sus límites, el establecimiento de nuevas categorías de sujeto tutelado que a su vez tengan acceso a otras prerrogativas implicará identificar su existencia en la legislación, aunque sea de manera implícita, mediante la apelación a sólidos fundamentos dogmáticos.

Estas bases podrían partir de la noción de que “el derecho a un trato equitativo se solapa con el principio antidiscriminatorio y con la garantía de igualdad, insertándose en una dimensión superior de la equidad y la dignidad humana. En la órbita del consumo, por la natural divergencia de poderío y posibilidad de aprovechamiento de los proveedores a los consumidores, y por la vulnerabilidad estructural económica e informativa que pesa sobre estos últimos, la garantía de igualdad exige un estándar más riguroso, que solo se satisface si media una ‘isonomía real’, donde ‘las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezca[n] en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales’. El derecho a un trato equitativo comprende, entonces, la prohibición de discriminación negativa y la promoción de discriminación positiva. Su significado originario es peyorativo, esto es, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera (...). En el otro sentido, en cambio, se les otorga determinados beneficios a ciertos grupos, para restablecer la igualdad de oportunidades, en la lucha contra las desigualdades de naturaleza racial, sexual, religiosa, etaria, por discapac-

(12) PUCCINELLI, Oscar R., “Consumo, subconsumo, hipervulnerabilidad y perspectiva de género. A propósito del Anteproyecto de Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, SJA del 18/09/2019, cita online: AR/DOC/2636/2019.

cidad, social, entre otras. Esta arista positiva de dicho principio constituye una tecnología particularmente útil para dar satisfacción a las situaciones de hipervulnerabilidad. Las causas de discriminación negativa son análogas a las categorías que justificarán la sobreprotección de los hipervulnerables: menores, mujeres personas con discapacidad, personas con necesidades alimenticias especiales, adultos mayores, pueblos indígenas, turista, consumidor electrónico, minorías religiosas, etc.” (13).

El problema principal radica en que el derecho del consumidor argentino no ha contemplado “previsiones específicas que refiriesen a la hipervulnerabilidad de ciertos grupos de consumidores, a excepción de una referencia tangencial en la parte final del art. 60, cuando en oportunidad de disponer sobre la educación de los consumidores manda a prestar especial atención en la implementación de programas de educación a aquellos consumidores que se encuentren en situación desventajosa” (14), lo que profundiza la necesidad de acentuar la indagación acerca de la existencia de los pilares dogmáticos a los que referíamos, aunque, “empero, en ausencia de reglas expresas, la intensificación del principio favor consumidor deberá proyectarse en el funcionamiento concreto de las normas generales y especiales que rigen las relaciones de consumo para asegurar la efectiva tutela de los derechos reconocidos. Esto requiere que el encargado de su aplicación atienda a las condiciones o situaciones que, en un determinado caso, pueden converger y tornar a un consumidor más débil que el resto” (15).

Para abonar una línea argumental direccionada a encontrar los fundamentos que expliquen la consideración en concreto de estos colectivos a la hora de resolver sus conflictos en el marco de las relaciones de consumo, el “escollo puede superarse a través del diálogo de fuentes, el cual permite conceder una protección refor-

zada a determinados sujetos que ostenten el carácter de consumidores especialmente vulnerables. En otras palabras, el orden jurídico concurre para nivelar las desigualdades y consagrar, sobre todo en los casos dudosos, normas de protección del débil o del vulnerable a fin de conferir operatividad al mandato constitucional de la igualdad ante la ley” (16). Este diálogo de fuentes está establecido por el Código Civil y Comercial “con especial referencia a los derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN, arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.), y a los principios protectorio (art. 42 CN y art. 1094 del Cód. Civ. y Com.) y de interpretación más favorable al consumidor (arts. 3º, 25 y 37 de la LDC, arts. 7º, 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com.). Esta es la protección integral que debe realizar el intérprete del derecho en la actualidad, exigiendo a los proveedores un cumplimiento más estricto de los deberes a su cargo en caso de relacionarse con consumidores hipervulnerables” (17).

En el plano de la doctrina judicial también se ha intentado encontrar sustento al reconocimiento de la figura del sujeto con vulnerabilidad agravada al expresarse que “el consumidor en sí mismo se encuentra en una situación de vulnerabilidad estructural frente al proveedor. Sin embargo, hay ciertas situaciones en que, además de esta vulnerabilidad propia de la desigualdad existente entre consumidor y proveedor, se incrementa su fragilidad por factores en principio ajenos a tal relación: edad (niños, niñas, adolescentes y adultos mayores); salud o limitaciones físicas o psíquicas (personas con capacidades especiales, personas con capacidad restringida o incapacidad); nivel de formación (analfabetos o personas con una escolaridad incompleta); situación económica (indigentes, personas en situación de pobreza, desocupados); territoriales (refugiados, desplazados, migrantes); personas miembros de pueblos originales. Se trata en estos casos de los “consumidores vulnerables o

(13) SAHLIÁN, José H., “El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo”, SJA del 18/09/2019, cita online: AR/DOC/2635/2019.

(14) FRUSTAGLI, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino”, Revista de Derecho del Consumidor, 1, 2016, cita online: IJ-CCLI-396.

(15) Ibid.

(16) ARIAS, María Paula, “Lineamientos hermenéuticos sobre prácticas y cláusulas abusivas, con especial referencia a los sujetos hipervulnerables”, SJA del 06/12/2017, cita online: AR/DOC/4253/2017.

(17) GARZINO, M. Constanza, “La protección del consumidor hipervulnerable a través del ‘diálogo de fuentes’ y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor.

hipervulnerables”. Esta vulnerabilidad incrementada, la que puede ser transitoria o permanente, permite presumir que, a la disparidad ya existente entre proveedor y consumidor, se suman otros factores que afectan el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Una de las consecuencias de esta fragilidad está dada por una mayor dificultad en el acceso a la justicia que no puede ni debe ser desconocido. Dentro del concepto de consumidor vulnerable es menester distinguir dos situaciones: el consumidor que conforma un grupo cuya vulnerabilidad puede presumirse (que integra alguno de los grupos anteriormente mencionados) y el caso de los consumidores que normalmente no lo son pero que pueden serlo en ciertas situaciones específicas” (18).

Toda esta situación explica la conveniencia, sobre la base de la existencia de un enorme acuerdo doctrinario, de incorporar la categoría en la legislación, por lo que el proyecto de Código de Defensa del Consumidor, que actualmente se encuentra con trámite legislativo en el Senado de la Nación bajo expediente S-2576/19, dedica varias normas a la especial tutela de los consumidores en situación de vulnerabilidad agravada. Así se ha expuesto respecto del proyecto de Código de Defensa del Consumidor que “aunque existe consenso en que la figura del consumidor con vulnerabilidad agravada resulta del diálogo de fuentes al que invita el Código Civil y Comercial, en especial con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos, el ALDC/PLDC lo ha tipificado de modo especial —art. 5º, inc. 6º—, y de modo transversal —v.gr., arts. 24; 37; etc.— se afirma por esta vía la jurisprudencia iniciada hace más de una década y media, encaminada a atender a las especiales circunstancias que tornan más frágil la posición de ciertos consumidores, a fin de establecer su protección conforme al grado concreto de vulnerabi-

(18) CCiv. y Com. 5ª Nom., Córdoba, 02/10/2019, “Quiroga Crespo, Carlos G. J. c. Banco Itaú Argentina SA s/ ordinario - daños y perjuicios - Otras formas de responsabilidad extracontractual”, Boletín Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, AR/JUR/28965/2019.

lidad” (19). Dicha iniciativa parlamentaria (20) goza de un enorme respaldo de la comunidad científica y espera un rápido tratamiento legislativo.

Dentro de la labor tendiente a la consagración normativa de la temática, también cobra un especial relieve la flamante res. Mercosur/GMC/RES 36/19 (21), en la que se resuelve (art. 1º, inc. 6º) que “el sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud, o con discapacidad, entre otras”.

### III. La resolución SCI 139/2020

El reciente dictado de la res. SCI 139/2020 (22) incorporó novedades importantes con relación a la temática que venimos tratando, siendo que se estableció (art. 1º) que “a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro

(19) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La pandemia y los nuevos vulnerables”, LA LEY del 19/05/2020, cita online: AR/DOC/1358/2020.

(20) Proyecto de Código de Defensa del Consumidor para la República Argentina (S-2576/19) presentado por los senadores nacionales Olga I. Brizuela y Doria, Dalmacio Mera, María B. Tapia, Pamela Verasay, Julio C. Martínez, Julio C., Cobos, Mario C. Fiad, Silvia B. Elías de Pérez, Laura E. Rodríguez Machado, Alfredo L. de Angeli y Gladys E. González, redactado por la comisión ad hoc integrada por los profesores Carlos A. Hernández —en calidad de integrante y coordinador—, Gabriel A. Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D’Archivio, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico A. Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo G. Sozzo, Carlos E. Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier H. Wajntraub.

(21) Ver <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>.

(22) BO del 28/05/2020, AR/LCON/8PCD.

que orienten sus objetos sociales a los colectivos” descriptos.

Es probable que una apresurada aproximación a la norma nos genere cierta preocupación, ya que la misma, haciendo referencia a la definición normativa de consumidor (“a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 24.240”), desarrolla una nueva categoría de sujeto tutelado (“consumidores hipervulnerables”), la que se integraría con la suma de requisitos procedentes de la norma legal y de aquellos que establece el reglamento dictado. Si bien esto podría llevarnos a suponer cierto exceso en las facultades reglamentarias de la autoridad de aplicación (y seguramente no se corresponde con la mejor técnica) no es menos cierto que a lo largo del desarrollo del reglamento se explicita con claridad las implicancias concretas de la incorporación de esta categoría de sujetos, circunscribiéndose a aquellos ámbitos o “territorios” en los que la autoridad administrativa puede perfectamente obrar.

La normativa no solo pretende establecer los colectivos que integran la categoría, sino que se adentra en determinar supuestos que lleven ínsita la problemática que pretende abarcarse, de manera de brindar mayor certeza y operatividad al tratamiento del tema. Por esta razón se entienden por “causas de hipervulnerabilidad” (art. 2º): a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad, conforme a certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares, conforme a la ley 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socioeconómica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) ser jubilado/a o pensionado/a o trabajador/a en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos salarios mínimos vitales y móviles; 2) ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos veces el salario mínimo vital y móvil; 3) ser beneficiario/a de una pensión no contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos veces el salario mínimo vital y

móvil; 4) ser beneficiario/a de la asignación por embarazo para protección social o la asignación universal por hijo para protección social; 5) estar inscripto/a en el régimen de monotributo social; 6) estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (ley 26.844); 7) estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) ser titular de una pensión vitalicia a veteranos de guerra del Atlántico Sur (ley 23.848).

Estos supuestos contemplan situaciones permanentes con relación a los sujetos involucrados (p. ej., mayores de 70 años), pero también otras que colocan a las personas en una desventaja estructural en la relación de consumo en circunstancias que podrían ser coyunturales (p. ej., percibir cierto nivel de ingresos), lo que reconoce el carácter objetivo de la debilidad, ya que solo será necesario acreditar integrar alguna de los contextos para integrar el grupo tutelado.

En el plano práctico, se determinan las implicancias concretas de la descripción de la categoría tutelada, para lo que se ordena considerar ciertos objetivos y funciones, a saber (art. 3º): a) promover acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables; b) implementar medidas en pos de la eliminación y la mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables; c) orientar, asesorar, brindar asistencia y acompañar a las y los consumidores hipervulnerables en la interposición de reclamos en el marco de las relaciones de consumo; d) identificar oficialmente los reclamos de las y los consumidores hipervulnerables presentados en la Ventanilla Única Federal de Defensa del Consumidor, el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (Coprec) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC); e) facilitar los ajustes razonables para el pleno ejercicio de derechos de las y los consumidores hipervulnerables en los procedimientos administrativos; f) articular la intervención del Servicio de Patronio Jurídico Gratuito creado por res. 50/2015 de la ex SC; g) realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables; h) pro-

poner el dictado de medidas preventivas, en los términos del art. 45, párr. 8º, de la ley 24.240; i) proponer acciones de educación, divulgación, información y protección diferenciada a las y los consumidores hipervulnerables a través de la Escuela Argentina de Educación para el Consumo; j) articular acciones con el Consejo Federal de Consumo (Cofedec), asociaciones de consumidores, entidades empresarias, organizaciones no gubernamentales, universidades, colegios y asociaciones de abogadas y abogados y otros organismos públicos o privados a los fines de promover estrategias para garantizar una protección reforzada a las y los consumidores hipervulnerables; k) relevar la información necesaria para evaluar, analizar, diseñar y desarrollar herramientas de relevamiento y análisis de información que identifiquen las barreras de acceso de las y los consumidores hipervulnerables; l) promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables; m) colaborar en la implementación en los sistemas estadísticos y de control de gestión de indicadores relativos a las y los consumidores hipervulnerables.

Finalmente se dispone observar determinados aspectos en el marco del procedimiento administrativo de la legislación consumerista, como: a) lenguaje accesible: toda comunicación deberá utilizar lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de las y los con-

sumidores hipervulnerables y; b) deber reforzado de colaboración: los proveedores deberán desplegar un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto prestando para ello toda su colaboración posible.

#### **IV. Conclusión**

La normativa que se incorpora al derecho del consumidor importa un avance importante en el reconocimiento formal de una categoría de sujetos que requiere un tratamiento distinto del que recibe el consumidor en el marco del régimen protectorio, toda vez que se trata de colectivos en los que la asimetría estructural típica de las relaciones de consumo se encuentra profundizada, ya sea por circunstancias permanentes o transitorias.

Es de esperar que en aquellos ámbitos en los que la flamante res. SCI 139/2020 resulte operativa puedan apreciarse transformaciones concretas en el tratamiento de la figura del hipervulnerable, ya que ese debe ser el norte de cualquier cambio normativo. Pero también será necesario continuar en este camino de reconocimientos para lo que deberemos seguir impulsando las reformas legislativas necesarias que posibiliten que los consumidores con vulnerabilidad agravada se encuentren en la legislación y de esa manera obtener el reconocimiento pleno que necesitan. En ese sentido somos muchos los que esperamos que el proyecto de Código de Defensa del Consumidor que trata el Congreso Nacional vea pronto la luz.

www.thomsonreuters.com.ar



**info!**  
**TR**

En todo  
momento  
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/  
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/  
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee  
el código  
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:  
0810-266-4444