



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

LOS CONTRATOS FRENTE A LA PANDEMIA, EXISTEN OTROS REMEDIOS ADEMÁS DE LA EXTINCIÓN POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR Y LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO?

L M R Garrido Cordobera

Sumario

- 1. El contrato como instrumento de previsión y de distribución de riesgos**
- 2. La Pandemia y la emergencia**
- 3. La jerarquía del contenido contractual y el dilema la extinción o la adecuación contractual**
- 4. El incumplimiento, la imprevisión, la frustración fin, la suspensión**
- 5. La exhortación**

1. El contrato como instrumento de previsión y de distribución de riesgos

Podemos decir con Garrido y Zago que celebrado el contrato es razonable entender que el mismo se extinguirá por el cumplimiento de las prestaciones convenidas por las partes al momento de prestar el consentimiento, pero si bien esto sucede en la mayoría de los casos y llevan a lo que estos autores llaman la muerte natural del contrato, hay ciertas situaciones que suelen acarrear la intervención judicial y otras que configuran supuestos especiales.

Pero lo más importante de señalar es que no siempre el contrato se extinguirá, sino que habrá cabida para una revisión contractual, entendiendo por tal actividad ese volver a ver las circunstancias que puedan permitir que no se produzca esa ruptura abrupta no querida por las partes al contratar y el contrato sobreviva frente a estas contingencias.

El contrato, si lo tomamos cuantitativamente, es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, pero su concepto y alcances no han permanecido inmóviles en el tiempo, ha ido receptando las diferentes corrientes filosóficas e históricas y solemos aludir a él como programa ^[1]de prestaciones relacionales

Recordemos a modo de ejemplo que para Mac Neil el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social, ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, y que para Posner sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección.

Desde el siglo pasado se habla en la teoría de los contratos del denominado “contrato

perfecto”; estamos ante él cuando las partes contratantes antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución.

Para Shafer y Ott, el derecho contractual es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión.

2. La Pandemia y la emergencia

La situación particular que analizaremos de contagio o posibilidad de contagio nos enfrenta a una gran crisis sanitaria mundial sino también a sus repercusiones económicas y a las facultades legítimas del Poder de Policía del Estado al requerirse un aislamiento social decretado en virtud de la necesidad de evitar o bajar los niveles de contagio.

Desde el 20 de marzo del 2020 rige en Argentina el Decreto 297 que regula el “aislamiento social preventivo y obligatorio” que en 14 artículos establece las restricciones que implican las de transitar y de acudir a los trabajos salvo las excepciones previstas en diferentes incisos y normativa aplicable.

El COVID 19 es un virus, esto significa que no tiene vida propia sino que debe ingresar a las células que infecta vía mucosas sea ocular, nasal o bucal, fuera del cuerpo tiene una sobrevivencia que varía según el material y la temperatura ambiente sobre el que se deposita y presenta un alto índice de contagio que conlleva en los casos graves a complicaciones pulmonares y muerte y en los leves a ser portador asintomático. De repetirse lo que ocurrió en 1918, con la gripe española, las muertes podrían llegar a los 90 millones.

Con la globalización y entre otras características la de acortar las distancias mediante los vuelos, los cambios la sociedad hemos impactado al ambiente pero no solo a la naturaleza sino a nosotros, se produjo un cambio social, se influyó en la política y hasta en el paradigma sanitario y repercutido en los contratos en ejecución, muchos se vieron afectados en el cumplimiento, otros en la posibilidad de cumplir.

El COVID 19 conocido vulgarmente como coronavirus ha sido declarado finalmente como Pandemia, considerándose de este modo como un flagelo a enfrentar por todos los países y planteado no solo un tema de Derecho Privado sino de Derecho Público de como manejarnos frente a la Emergencia que ocurre y que no será solo sanitaria.

No negamos que exista un derecho de la emergencia, que tiene reconocimiento tanto teórico como jurisprudencial, pero debe entenderse el derecho de la emergencia ubicándolo en el contexto del Estado de Derecho, por lo tanto estará limitado por este último y por las garantías constitucionales establecidas como principios fundamentales.

Para Néstor Sagüés debe encuadrarse el derecho de emergencia dentro del más amplio derecho de necesidad, cuyos caracteres esenciales devienen del derecho romano. Rechaza la postura más extrema condensada en el adagio *“non habet legem”*, que parece indicar que la necesidad escapa del marco del derecho, y se inclina por adoptar la fórmula más acotada aunque igualmente legitimante, que se expresa como

“necitas jus constitui”, “indicando esto que la necesidad genera derecho, (el derecho de necesidad, “jus necessitatis”), que por supuesto está captado por el mundo jurídico”, (Sagúes, Néstor, “Derecho constitucional y derecho de emergencia”).

Ante las sucesivas normativas, dictadas como consecuencia de lo que se ha denominado emergencia por la pandemia, que han originado un, continuo dictado de normas creando una legislación a veces poco clara, con vacíos, y que además complica y dificulta interpretación racional cuando autoridades nacionales y provinciales toman posturas no coincidentes

La situación de crisis en la economía argentina conlleva a que nos planteemos los temas de límites del derecho de la emergencia sanitaria y económica, se presenten con un marcado interés, toda vez que las situaciones por las que el país atravesó a lo largo del pasado no siempre permitió el abordamiento de una manera desapasionada, y hoy todos estamos inmersos, de una u otra manera, bajo la tutela del derecho de la emergencia cuyos efectos perdurarán en el tiempo.

Recordemos con Acuña Anzorena que el dirigismo debe ser un factor de orden y no una escuela de anarquía jurídica y social; un método científico aplicado con espíritu de finalidad y no una experiencia caprichosa, hecha de reacciones bruscas y de peligrosos sobresaltos (en “Anotación al Tratado de derecho civil argentino, Fuentes de las obligaciones”, de Raymundo Salvat).

La inseguridad jurídica ha llevado a autores, como Recasens Siches, a decir que sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo ni de ninguna clase y que la Sala H de la Cámara Nacional Civil manifestara que “en un pretense Estado de Derecho, donde la emergencia es la regla, la inseguridad jurídica es casi una constante... lo que verdaderamente se encuentra en emergencia es el Estado de Derecho”.

Dentro de las situaciones generadas anteriormente por la emergencia económica, y que creemos es hoy aplicable podemos distinguir la extinción de los contratos por diferentes figuras de la necesidad de renegociación o de la adecuación, en que en la primera las partes manifiestan una voluntad común de negociar, de acercar sus posiciones, y por lo tanto se da el principio de colaboración; en la adecuación contractual, en cambio, serían de aplicación en principio los institutos tradicionales que correspondan y la configuración de extremos fácticos serán valorados por un tercero.

Al analizar los efectos que la Pandemia y la normativa de emergencia tendrán se puede aludir al principio de distribución compartida en cuanto a los efectos que se producirán sobre las prestaciones derivadas de un acuerdo contractual anterior a la sanción de dicha normativa y no necesariamente al caso fortuito o Fuerza Mayor o al Hecho del Principe.

Se habla de compartir y cooperar en esto que se ha denominado riesgo contractual, aunque haya sido un riesgo no creado ni querido por las partes, sino le ha sido impuesto por la pandemia y en algunos casos por el poder de policía del Estado.

La Dra. Nicolau sostuvo en el 2002 que ante la situación que atravesaba la Argentina, era innegable que el país se encontraba en estado de necesidad, porque había inminencia de un mal grave, situación límite que admite que se cause un daño para

evitar otro mayor, siempre que no haya posibilidad de evitarlo por otros medios, es decir si se causa un daño a personas individuales para evitar un daño mayor a la sociedad en su conjunto, (Nicolau, Noemí, “Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública”).

No debemos olvidar que la noción de Estado de Derecho se contrapone a la de Estado-policía y se fundamenta en la división de poderes, el principio de legalidad y la responsabilidad del estado, propugnándose como derechos superiores en su ordenamiento la libertad, la justicia y la igualdad, entre otros. Este es el límite del derecho de la emergencia.

Atilio A. Alterini, en su obra “La inseguridad jurídica”, recuerda la situación que se planteó entre Federico II El Grande y el molinero Arnold en Prusia, cuando el Emperador quiso comprar las tierras a un campesino, que no estaba dispuesto a venderlas, amenazándolo con imponérselo en uso de sus poderes reales absolutos y el dueño de las tierras le dio una respuesta memorable “no majestad, no será así mientras en Prusia haya jueces”, creo que la Pandemia pone a las partes y a los Jueces en el compromiso de estar a la altura de su época como sin duda lo habrían estado los Jueces en Prusia

3. La jerarquía del contenido contractual y el dilema la extinción o la adecuación contractual

En la línea del análisis económico del derecho, la tarea de la legislación y de la jurisprudencia ante un contrato alterado en el cual esa alteración no haya sido prevista será la de maximizar racionalmente la utilidad que consistirá en imputar el riesgo a aquel que lo puede reducir o absorberlo al menor gasto.

Hemos dicho en varios trabajos que el derecho vendría a determinar a posteriori cómo sería el contrato perfecto si se hubiera actuado de manera inteligente en la previsión:

Pero que el derecho también actúa cuando se afecta la base o fundamento del negocio y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes, de modo que el derecho contractual tiene la tarea de reconstrucción del contrato perfecto imputando consecuencias a través de normas supletorias al contrato o de los principios generales.

Esa reconstrucción del contrato nos lleva a los institutos correctores que cada derecho recepta; en el caso argentino tenemos al abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, pero sobre todo, también a la buena fe y el orden público como así también las categorías contractuales con sus particularidades según estemos en contratos paritarios de adhesión o de consumo

Es frente a las crisis y a situaciones de cambio y ajuste donde es importantísimo el tema de la interpretación de los contratos o el de su integración y es necesario que recordemos que son las partes las primeras facultadas a través de una interpretación auténtica a arribar a una modificación del primitivo contrato.

También hemos de tener presente la revisión e interpretación realizada por terceros pactados —árbitros o amigables componedores— o por vía judicial; debe haber conciliación y armonía en los fines individuales y los fines sociales, ya que el contrato persigue a ambos.

Si bien no es el núcleo de estas líneas creemos necesario dejar asentada nuestra posición de que la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria de ese acuerdo de voluntades y, por ello, consideramos que el art. 959 CCCA tiene plena vigencia para lograr la modificación del contenido contractual de mutuo acuerdo o bien será recurriendo a la figura de la transacción (art. 1641 CCCA), sosteniendo que nadie mejor que las partes para ajustar el contrato a las realidades cambiantes, respetando los principios de la buena fe y los deberes que de este principio emanan como el de colaboración.

Dado que lo que técnicamente denominamos contrato debe realizar en nuestra concepción no sólo un fin económico sino ético y social, y esto se va a evidenciar en la adecuación contractual del programa de prestaciones en caso de afectación de la base del negocio jurídico, como ocurre en los supuestos que nos aquejan con la pandemia

Generalmente aludimos a la adecuación en estos casos en los que se requiere un pedido, allanamiento u ofrecimiento del reajuste equitativo de una parte para salvar la extinción del contrato, que se producirá si no media esta decisión por estar frente a casos en los que el derecho habilita a dejar sin efecto el contrato por haberse afectado la denominada base del negocio o sinalagma.

Es decir, en todos los supuestos en que se ha producido una situación anormal, que no pudo ser prevista en el momento de la celebración del contrato, o que, como en el supuesto de la lesión, haya generado un desequilibrio potencial en el plano funcional del acuerdo, la ley admite la posibilidad del reacomodamiento que permite la subsistencia del vínculo generado con el consentimiento.

En la excesiva onerosidad la problemática no obedece a la actuación de las partes, sino que, por lo contrario, deriva de situaciones ajenas a las mismas; las diferentes teorías, pues, admiten la posibilidad de que si las partes llegan a un nuevo acuerdo reacomodando las respectivas prestaciones, el contrato sigue teniendo plena vigencia.

Sería el juez, en definitiva, quien, para el supuesto en que las partes no logren ponerse de acuerdo respecto de las nuevas prestaciones, establecerá, mediante una sentencia, cuáles serán las nuevas obligaciones que deben incorporarse al contrato originario.

En consecuencia, las partes podrían acudir a la justicia para requerir la correspondiente resolución judicial que fije las prestaciones para que subsista el vínculo contractual. Sea que lo solicite el actor y se avenga la parte demandada, sea que la parte perjudicada solicite la resolución y la otra pida que el juez fije las prestaciones allanándose a la demanda en cuanto a la viabilidad del reajuste, en ambos casos el contrato seguirá vigente con la lógica modificación en cuanto a las prestaciones.

Es decir que resultaba viable la oferta de modificación del contenido contractual dirigida por una de las partes para que, estableciéndose nuevamente el equilibrio en las prestaciones, siga vigente el acuerdo originario modificando sólo el alcance de las obligaciones contraídas.

4. El incumplimiento, la imprevisión, la frustración fin y la suspensión

4.1. El incumplimiento

El incumplimiento obligacional, es una figura de suma complejidad, uno de cuyos efectos puede ser el nacimiento de la obligación de reparar daños, si es que éstos se han causado, pero además existen otras consecuencias que pueden producirse (por ej., la ejecución forzada, suspender el cumplimiento del contrato, resolución, etc.).

La imputación de responsabilidad implicara.

1.El determinar si existió o no cumplimiento, en tanto hecho objetivamente verificado.

2.Establecer a quién o a qué debe atribuirse el incumplimiento, cuando ése configura: puede ser por "causas imputables" al deudor, o al acreedor, o puede deberse a una causa ajena (hecho del tercero por quien no se debe responder, o caso fortuito o fuerza mayor).

Se trate del hecho de un tercero por quien no se debe responder, o por caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento absoluto extingue la obligación sin responsabilidad de las partes, salvo que alguna de ellas deba asumirla en función de lo dispuesto por el art. 1733 del CCC.

Pero hay que señalar que puede presentarse el caso de cumplimiento parcial por causas no imputables a las partes, por caso fortuito y allí existe la posibilidad de que el acreedor reciba la prestación con los correspondientes reajustes económicos derivados de la situación, o bien que la obligación se extinga sin responsabilidad para las partes. La excesiva onerosidad sobreviniente genera para el perjudicado, si se verifican las condiciones de la ley, la posibilidad de invocar la imprevisión (art. 1091 CCC).

También tendremos el supuesto de incumplimiento temporario de la obligación cuando por causas no imputables a las partes no se puede realizar la prestación y ella no es de plazo esencial, por lo tanto, será susceptible de cumplimiento posterior sin caer en situación de mora conforme al art 956 CCC

Recordemos que sostenemos la plena aplicación de la buena fe y del ejercicio abusivo de los derechos (arts. 9 y 10 del CCC)

A los fines de la resolución contractual, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato (art. 1084, CCC). Se considera que es esencial cuando:

- a) El cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato.
- b) El cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor.
- c) El incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar.
- d) El incumplimiento es intencional.
- e) El incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

La resolución puede ser total o parcial, pues conforme al Código una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercerse luego el otro. Si el deudor ha

ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial (art. 1083, CCC).

En el caso de la Pandemia podremos estar en supuestos de aplicación por caso fortuito, de imposibilidad total o temporal ya que es un hecho externo e inevitable para las partes y deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

4.2. La Imprevisión

Fue Oertman quien puntualizó que por base del negocio jurídico debe entenderse “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del mismo, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”. Si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte por ello perjudicada debe, según su opinión, tener derecho a resolver el contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo. Es, en consecuencia, la base del negocio subjetiva, la de representación de las partes al contratar la que daría el fundamento para la teoría en cuanto se produzca la modificación de estas representaciones.

La teoría seguida en un principio por la jurisprudencia de la posguerra fue criticada por cuanto no señala de modo satisfactorio cuáles son las circunstancias que pueden estimarse como “base” de un contrato perfeccionado, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada. Además, ello posibilitaría que se produjese una muy grande inseguridad jurídica si la modificación dependiese de una cualquiera de las partes, por más que la otra hubiese conocido en el momento de la celebración el motivo determinante de la concreción del mismo para la contraparte. Por ello concretando las posibilidades fácticas que permitan la revisión o anulación del contrato, ha dicho Larenz: “que la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato tan sólo puede considerarse como desaparición de la base del negocio en caso de que: a) ambas partes contratantes hubiesen celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por ellas (base del negocio subjetiva); b) la subsistencia de estas circunstancias es necesaria objetivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambos contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva).

Agrega el mencionado autor que no deberá tenerse en cuenta la transformación de las circunstancias que: a) sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite la “fuerza mayor”); b) repercutieron en el contrato tan sólo porque la parte perjudicada se encontraba, al producirse las mismas, en mora *solvendi* o *accipiendi*; c) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato.

En forma somera las diferentes posiciones que sustentan la denominada teoría de la imprevisión:

1. *Posición iusnaturalista*. El derecho, que instauro en la sociedad un orden justo, no puede permanecer impasible ante la ruina de una persona a quien no se le puede reprochar que no haya previsto lo imprevisto (Llambías), o que en razón de la

alteración extraordinaria de las circunstancias, de imposible previsión, aquel principio de la obligatoriedad de los contratos se muestra de muy difícil justificación frente al sentimiento natural y empírico de la justicia (Orgaz); o, como dice Cardini¹⁶, “...creemos necesario puntualizar que este amparo judicial, para la revisión de los contratos, como lo llama Larenz, no es sino una apelación al derecho natural, como la *ultima ratio* —tal como lo es la revolución frente al gobierno tiránico— para impedir la grosera conculcación de la justicia que podría derivarse del cumplimiento a la letra de un contrato que fue celebrado cuando no se podían prever las circunstancias que terminaron por dislocarlo”. Resumen de la postura sería la formulación de que la actuación del derecho natural como complemento de la positividad no viola la ley dada, sino que la mejora y perfecciona.

2. *Posición positivista*. El contrato se perfecciona sobre determinadas bases, integrantes de la representación mental de las partes, que integran su declaración común de voluntad, de forma tal que la modificación de estas representaciones mentales modifica gravemente la base negocial, y si tornare excesivamente onerosa la obligación del deudor, podría producir la resolución del contrato o su adecuación a la realidad contingente en el momento en que se cuestiona el cumplimiento (Windscheid, Oertman).
3. *Abuso del derecho*. Entre nosotros, Spota afirma que “el contrato, como todo acto o negocio jurídico, debe satisfacer no sólo un objeto-fin individual, sino también un objeto-fin social”
4. *Posición egológica (Cossio)*. Parte del presupuesto de que el derecho es un objeto de realidad y que consiste en una conducta en interferencia intersubjetiva, valiosa —negativa o positivamente— por exigencias de su misma índole, siendo la norma jurídica una componente del derecho, pero en la sola dimensión lógica-formal de la representación conceptual de su esencia.

El contrato, como toda manifestación jurídica, es una realidad vital de conductas compartidas. La misma cláusula *pacta sunt servanda*, por su referencia a la buena fe, hace jugar al propio tiempo la cláusula *rebus sic stantibus*, pero recién la reforma de 1968 introdujo en la parte 2ª del art. 1198 del CC el instituto de la imprevisión y recordemos que la incorporación legislativa del instituto fue promocionada por la 15ª recomendación del “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, que tomó como antecedente el art. 1467 del Código italiano de 1942.

Entendemos por contratos de ejecución diferida a aquellos en que queda aplazado o postergado el momento del vencimiento o momento inicial de la ejecución. Se oponen a los llamados contratos de ejecución inmediata, en los cuales la celebración y la ejecución son simultáneas..

Son contratos de ejecución continuada los que necesariamente perduran en el tiempo, sujetando a las partes a un cumplimiento que no se agota con una prestación, sino que renacen permanentemente para las partes las obligaciones inherentes del acuerdo. Se oponen a los de ejecución instantánea donde la obligación se agota en una prestación única.

Como requisitos de aplicación podemos recordar, conforme el texto del art. 1198 del CC: 1) que ocurran acontecimientos extraordinarios e imprevisibles con posterioridad a la celebración del contrato. Por tales debemos entender aquellos que están fuera del curso normal y estadístico, no habiendo sido posible su previsión por las partes; 2) que esos acontecimientos ajenos a los celebrantes conviertan en excesivamente onerosa la prestación de alguna de ellas, y 3) que quien invoque la aplicación de la teoría no se encuentre en mora ni haya obrado con culpa.

El artículo decía que el perjudicado podría demandar la resolución del contrato, que no se produciría si la contraria, conforme al último párrafo, ofrece mejorar equitativamente los efectos del contrato.

El Código Civil y Comercial Argentino actual va a regular el instituto en el art. 1091 en los siguientes términos: si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.

Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

En el caso de la Pandemia podremos estar en supuestos de aplicación por imprevision ya que es un hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico para las partes y la previsibilidad contractual, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato

4.3. Frustración del fin

Hemos dicho que esta figura afecta el rol de cooperación debida entre las partes en razón de no poder alcanzarse el motivo determinante de la celebración. No existe imposibilidad de cumplimiento sino afectación del interés de una de las partes por una causa que le es ajena, aunque se cumpliera para esa parte ha perdido su utilidad, pues no puede satisfacer el interés que perseguía, da lugar a la resolución por afectar la causa fin del contrato. La doctrina y la jurisprudencia argentinas la habían reconocido y diferenciado de los institutos del caso fortuito y de la imprevisión.

El Código Civil y Comercial lo regula en el art.1090 que dice que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por 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.

En el caso de la Pandemia tendremos muchos supuestos de aplicación de este instituto que si bien fue tan discutido en Doctrina en Argentina cuenta con una norma positiva para su aplicación

La Pandemia y sus despliegue sobre el contrato afecta el interes de la parte en la continuidad del negocio jurídico pero cabe que las partes de común acuerdo decidan continuarlo o reajustar sus prestaciones ya que este hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico para las partes y la previsibilidad contractual, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato

4.4 Suspensión de cumplimiento y Tutela preventiva

El código Argentino a regulado los institutos protectorios del cumplimiento de los contratos bilaterales receptando la mas moderna doctrina del contrato relacional, como decía Nicolau que se reclaman en la actualidad este prevenir el incumplimiento contractual como un auxilio para las partes y para el sistema

Partiendo del concepto de contrato relacional vemos que al ser el contrato un todo común, la suerte de una parte en el cumplimiento interesa a la otra y las medidas de prevención son siempre menos dañosas que el incumplimiento y contribuyen a evitar la litigiosidad que siempre resulta dañosa en costos y tiempo

En los contratos bilaterales, las obligaciones de las partes se entrecruzan y tienen una marcada correlatividad, por cuanto ellas resultan, determinantes del compromiso que se contrae y de la celebración del contrato.

Es decir, que estos institutos que veremos están relacionados con el sinalagma funcional en los contratos con prestaciones recíprocas a los efectos de preservar o asegurar y restablecer la coordinación y simultaneidad de las dos prestaciones contrapuestas.

Hay un principio general que está insito *la buena fe lealtad* que nos hace reconocer que ambas partes tienen obligaciones correlativas directamente relacionadas temporalmente, por lo cual una no pueda reclamar a la contraria el cumplimiento que le es debido, si no ha cumplido por su parte con el compromiso asumido o bien que ha ofrecido cumplirlo, o que su obligación es a plazo y con el CCC iremos aun mas allá diremos que le asiste el derecho de suspender su cumplimiento sin entrar en mora y también de ejercer la Tutela preventiva.

Recordemos que el CC contenía los arts 510 y 2101 y creemos que el actual artículo 1031 CCC produce una reubicación de estos y es mas precisos, pues además podrá invocarse como acción, y también de modo extrajudicial siempre que sea fehaciente

Se ha establecido en el art1031 CCC la denominada Suspensión del cumplimiento, disponiendo que en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir.

Tradicionalmente en derecho romano se reconocía la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*, expresión latina que, significa “excepción de contrato no cumplido” y que es aplicable cuando, en los contratos bilaterales, una de las partes no

cumpla con su prestación o no se allane a cumplirla simultáneamente; y la otra puede abstenerse de cumplir la suya.

Justamente Salas-Trigo Represas expresan que la *exceptio non adimpleti contractus* funciona en los contratos bilaterales en los cuales las prestaciones debidas por ambas partes se hallan en relación de interdependencia y deben ser cumplidas simultáneamente, respondiendo a principios de buena fe contractual.

Como fundamentación a estos institutos de la Suspensión de cumplimiento y de la denominada Tutela preventiva podemos enunciar entre otras

a) Teoría de la correlatividad, reciprocidad o interdependencia de las prestaciones. La excepción encuentra su fundamento en la interdependencia, conexión y simultaneidad en que deben cumplirse las prestaciones. Así, dice Mosset Iturraspe: “el fundamento de la excepción en cualquiera de sus modalidades —incumplimiento total o parcial— se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales,”. Es la ejecución mano a mano, o *trait pour trait* de los franceses.

b) Consecuencia de la buena fe de comportamiento contractual y de la equidad. El fundamento estaría en la buena fe-lealtad que debe regir la relación contractual. Es también durante la etapa del cumplimiento que las partes deben observar los principios generales de la buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Al concepto de *buena fe-lealtad*, la doctrina le ha agregado el aditamento del principio de equidad.

c) Teoría del sinalagma funcional. Masnatta ha sostenido que el verdadero fundamento de la teoría estaría dado por el sinalagma funcional, aclarando la diferencia existencial entre el sinalagma genético y el sinalagma funcional. El sinalagma genético se vincula con la existencia de una relación recíproca de justificación causal, que debe intercurrir entre las obligaciones contrapuestas que nacen del contrato en el momento de su celebración (por ej., si en la venta falta el precio, no existe la obligación de entregar la cosa y el contrato resulta nulo).

Por otra parte, el sinalagma funcional resulta de que la obligación de una parte se encuentra ligada, no sólo a la originaria existencia que dio lugar al contrato, sino con posterioridad a la permanencia de esa obligación correspondiente y por ello al cumplimiento o a la posibilidad de su cumplimiento.

Recordemos, con Mosset Iturraspe que en este tema adquiere relevancia la teoría que separa dos fases en la bilateralidad, hablando de una bilateralidad genética, que tiene su base en el cambio de dos promesas recíprocas que dan lugar a una conexión de obligaciones en el momento en que éstas surgen y a una bilateralidad funcional que tiene relación con la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones y que influye también en el momento de su ejecución a la hora de cumplir con las obligaciones nacidas en nexo de reciprocidad.

El CCC es claro y pone fin a la polémica al decir que la suspensión puede ser deducida judicialmente como acción y no solo como excepción

También debemos tener presente que para algunos, estamos frente una excepción procesal dilatoria que sólo posterga el cumplimiento de la prestación requerida, mientras

que para otros, es una defensa de fondo que permite la exoneración del demandado y hace procedente el rechazo de la acción.

Entre nosotros, Salas afirma que es de naturaleza dilatoria, pero no en sentido procesal, sino sustancial, porque posterga el cumplimiento del contrato no la prosecución del juicio, poniendo de relieve la inexistencia de uno de los requisitos de la acción. Por tanto, como defensa de fondo debe ser claramente opuesta, aunque no se requieren términos sacramentales, bastando que de los hechos expuestos resulte que se la pretende hacer valer”.

Recordemos lo que decían Garrido y Zago de que se trata de una excepción sustancial, resultando ser un derecho contrapuesto al de la otra parte que no resulta negado, pero sí su posible exigencia temporal; aquí solamente se cuestiona la exigibilidad de ese derecho ante el incumplimiento simultáneo u ofrecimiento de la contraprestación

Debemos reconocer que deja subsistentes las pretensiones de la contraparte, pero permite al que la invoca oponer su derecho a no cumplir y a suspender el cumplimiento hasta determinado tiempo o de no cumplir ya para siempre.

Esa correlatividad del cumplimiento de las obligaciones exige que, habiéndose pactado que deben satisfacerse coetáneamente las prestaciones que constituyen el objeto de cada uno de esos vínculos jurídicos, se lesionaría la interdependencia de tales deberes jurídicos y los enriquecimientos conmutativos que han perseguido las partes.

El instituto resulta ser dilatorio: no advenido el cumplimiento en el plazo convenido, se dilata la ejecución del deber jurídico de uno de los contratantes hasta que el otro cumpla, sin resolverse el contrato y si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación conforme lo dispone el mismo Art 1031 CCC.

Por ello entendemos con Masnatta que estamos frente a un derecho subjetivo ínsito en el sinalagma funcional pues si no está estipulada por las partes la prestación anticipada a favor de una de ellas, cada cual puede solamente exigir de la otra la prestación simultánea e igualmente está obligado a ella. Si no la hace así no podrá demandar el cumplimiento.

Los requisitos para su funcionamiento serían: *a)* que estemos frente a un contrato sinalagmático, con prestaciones de cumplimiento simultáneo; es decir, inexistencia de plazos diferidos para el cumplimiento de la obligación de la contraparte; *b)* falta de cumplimiento por parte de una de las partes del contrato; y *c)* que la oposición no resulte abusiva.

Con respecto a la Tutela preventiva la misma esta prevista en el Art 1032 CCC que establece que una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

Esta suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Esta regulación también se deriva de la lógica y del principio de la Buena fe, siendo otro supuesto de suspensión de los efectos del contrato hasta que la otra parte de garantías suficientes o cumpla con su prestación.

El presupuesto para que funcione es que exista un grave peligro de daño si se cumple con la prestación a su cargo pues hay signos de que la contraparte no cumpliría con la suya o no tiene la solvencia para hacerlo en este momento, estamos frente a una presunción que se podrá destruir por el interesado o bien este podrá dar garantías suficientes para asegurar el vínculo

Estamos frente a una medida de autoprotección frente a situaciones sobrevinientes que impiden que el co-contratante pueda cumplir con la prestación a su cargo (perdidas patrimoniales significativas no necesariamente estado de falencia, clausura del establecimiento, dificultades graves en el transporte etc).

La diferencia básica con el otro instituto radica en que aquí no es necesario el cumplimiento simultáneo, no tiene sentido obligar a cumplir cuando es seguro o muy probable que la otra no lo hará. Estamos frente a una suspensión temporaria que deja subsistente el vínculo y es una manifestación del moderno derecho contractual.

En el caso de la Pandemia podremos estar en supuestos de aplicación cualquiera de estos dos institutos suspensivos ya que afecta el sinalagma funcional pero no lo extingue, y no tiene sentido cumplir y quedarse a esperar la otra prestación en un tiempo indeterminado, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto guiados por la buena fe y el ejercicio leal del derecho

5. Exhortación final

Recordemos ciertos dichos que antes se oían a menudo nadie es bueno si no es un buen hijo, un buen padre, un buen hermano, un buen amigo y un buen conyuge a lo que Santos Briz agregaba y un buen contratante

Que tiene en común esto con el contrato pues justamente que el contrato está hecho por y para los hombres, que debe ser un hábil instrumento en sus manos y que puede modificarse sin perder su esencia porque el hombre y la sociedad cambian pero siempre debemos poder responder a su razón de ser de trascendencia, de ir más allá del mero materialismo de adecuarnos frente a las crisis pero conforme a la ética.

Por ello decimos que son las partes las primeras facultadas a través de una interpretación auténtica a arribar a una modificación del primitivo contrato y desentrañar sus alcances y ello será de mucha importancia para ver la dinámica con trascendencia social.

Como hemos dicho existen múltiples soluciones en este caso de los efectos de la Pandemia en materia de contratos y deberá estarse a un análisis de las particularidades para decidir, no solo el tipo contractual sino la herramienta a utilizar pero si algo tengo claro es que ello lleva un alto compromiso y que deberemos intentar estar a la altura del tiempo que nos toque vivir

Entramos en el campo de la modificación, renegociación y la adecuación del contrato y podemos ciertamente decir que es el ámbito más rico donde la autorregulación permitida por los artículos 957 y 959 CCC cubierta por el principio de la Buena Fe (art. 9 CCC) jugará con los límites del Abuso del Derecho (art 10 y 11 CCC) de la Lesión, de la Imprevisión y el Orden Público (art 12 CCC), debiendo y de haber conciliación y armonía en los fines individuales y los fines sociales ya que el contrato persigue ambos.

La revisión e interpretación realizada por terceros pactados- arbitros o amigables componedores- o por via judicial debe hacerse teniendo en mira la supervivencia del contrato, su reacomodamiento buscando a veces el ezfuerzo compartido para lograr el principio de la solidaridad o fraternidad contractual.

El contrato post pandemia no debe convertirse en fuente inagotable de conflictos interminables, ni volvernos tan estrictos y duros en su redaccion pues lo aniquilaremos .